EXPOSICIÓN Y COMENTARIO

DEL

CÓDIGO CIVIL

ARGENTINO

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

Donación
Dr. Enrique Petracchi

188

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO

DEL

CÓDIGO CIVIL

ARGENTINO

CONTENIENDO:

LA EDICIÓN OFICIAL Y LAS NOTAS DEL DR. VELEZ-SARSFIELD;
LA APLICACIÓN DE LOS FALLOS DE LA SUPREMA CORTE NACIONAL, LOS DE LAS CÁMARAS DE APELACIÓN DE LA CAPITAL
Y UN ESTUDIO SOBRE LA LEY DEL REGISTRO CIVIL

POR EL

DR. JOSÉ OLEGARIO MACHADO

TOMO VII

BUENOS AIRES

FÉLIX LAJOUANE, EDITOR

1900

CORTE SUPREMA
BIBLIOTECA
S.C. TOPOGRAFÍA C 1066
INVENTARIO 29451



Buenos Aires

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

SUPREMA
BIBL
CEN

EXPOSICIÓN Y COMENTARIO

DEL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

TITULO VI

DE LAS RESTRICCIONES Y LÍMITES DEL DOMINIO

§ 730. — Generalidades

Se dijo que la propiedad era perpetua y confería derechos sobre la cosa para usarla y aun destruirla; pero sin perjudicar los derechos particulares ó de la comunidad. En este sentido se puede agregar que no hay derechos absolutos, porque viviendo el hombre en sociedad y formando parte de una nación, debe someterse á las limitaciones impuestas por las leyes y á los derechos concedidos ó reconocidos por ellas.

Así, el interés público exige que la Nación tenga el dominio de los ríos navegables, y los particulares no pueden adquirirlos, porque perjudicarían á la comunidad; lo mismo sucede con las facultades inherentes al derecho de propiedad, referentes á la higiene, ornato, seguridad, etc., que son restringidas en vista de un interés superior; son meras limitaciones al dominio, que no se deben confundir con las servidumbres, á menos de tener por objeto el que una propiedad preste un servicio á la vecina, en cuyo caso la una será la dominante y la otra la sirviente.

Las prohibiciones ú obligaciones establecidas por las ordenanzas municipales con relación al alineamiento y altura de los edi-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ficios, construcciones de veredas, etc., reparación ó demolición de los que amenazaren ruina, la de los depósitos de materias inflamables ó insalubres, las concernientes á ciertos establecimientos de fábricas peligrosas ó incómodas, etc., se pueden clasificar entre las que tienen por objeto proteger la salubridad pública.

Entre las que se relacionan con la economía social, se pueden colocar las que se refieren á la distribución de las aguas de los ríos ó arroyos, de la explotación de las minas, de la caza, pesca, etc.

Así pues, *las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo* (**art. 2611**), y se gobiernan por las ordenanzas municipales de

---

(**Art. 2611.**) La diferencia entre las servidumbres y las restricciones al dominio de que se ocupa este título, consiste en lo siguiente: la servidumbre se establece siempre en favor de un predio ó de los que lo poseen, prestándole un servicio al predio contiguo, de modo que hay uno dominante y el otro sirviente; mientras la restricción es impuesta en el interés recíproco de los vecinos, para que no se perjudiquen, ni perjudiquen á los demás. Las limitaciones al dominio son reglas para el ejercicio normal del derecho en sus relaciones con los vecinos, mientras la servidumbre indica sumisión, servicios de una propiedad á otra, es un desmembramiento de esta en favor de otro. El límite impuesto por la ley al uso de una facultad, no importa ni servicio ni desmembración. Muchos jurisconsultos han designado estas restricciones como servidumbres legales, clasificación que nuestro Código ha rechazado con razón. —Comp. MAYNZ, § 181, nº 3, y § 210. DEMOLOMBE, XI, 8. AUBRY y RAU, § 192 y MARCADÉ, sobre el art. 639.—Véanse arts. 5, 48, nºs 2, 50, 2341, 2511, 2512, 2535, 2542, 2549, 2621, 2637, 2639, 2640 y 2642.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2611.—Las restricciones impuestas al dominio por sólo el interés público, por la salubridad ó seguridad del pueblo, ó en consideración á la religión, aunque se ven en casi todos los Códigos, son extrañas al Derecho Civil. La Ley de Partida, por ejemplo, prohibe que ningún edificio se arrime á las iglesias; *porque,* dice, *la iglesia es casa santa de Dios.* L. 24, Tit. 32, Part. 3ª.—La Ley Romana prohibe edificar cerca del palacio de los príncipes por una razón muy singular: *Nam imperio magna ab universis secreta debentur.*—Las leyes ú ordenanzas sobre la alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco por el estanco de ese ramo de comercio, etc., no crean relaciones de

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cada localidad, ó por las leyes especiales de los Estados Federados, ó por las de la Nación en la Capital y Territorios Federales, sin perjuicio de las disposiciones de este título. Las ordenanzas municipales no pueden permitir, por ejemplo, que se haga horno ó fragua en una pared medianera, sin dejar los 16 centímetros de intervalo que ordena el art. 2623, y así respecto de las demás disposiciones de este Código que no pueden ser derogadas por las leyes locales.

---

derecho entre los particulares, y no pueden por lo tanto, entrar en un Código Civil.

Las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el único objeto de este Título. Y si agregamos disposiciones sobre la libre transmisión de los bienes, es en el interés de esos mismos bienes.

En casi todos los Códigos y libros de derecho, esas restricciones se cuentan en el número de las servidumbres, lo que es equivocar los antecedentes indispensables y todas las condiciones de las servidumbres. Las restricciones y límites que en este Título imponemos al dominio, son recíprocamente impuestos á los propietarios vecinos por su interés respectivo, y no suponen una heredad dominante, ni una heredad sirviente. Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales deben restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, ó de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos.—Véase Maynz, § 210,—Zachariæ, § 316, nota 3.—Marcadé, sobre el art. 639.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2611.—Por las leyes de 27 de Junio de 1855 y 2 de Mayo de 1863, el Gobierno Nacional quedó plenamente facultado para expropiar una legua de campo á cada lado del Ferro-carril Central Argentino. Esas leyes no son inconstitucionales, porque el inc. 2 del art. 17 de la Constitución, libra á la discreción exclusiva del Congreso calificar la utilidad pública en los casos ocurrentes. IV, 311.

Los casos de perjuicios causados por la administración en la ejecución de los trabajos públicos, á la propiedad particular, sin que haya incorporación al dominio público de ninguna parte de ella, son restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público. Estas restricciones son regidas por el derecho administrativo, y las acciones que nazcan de ellas por indemnización de perjuicios, deben deducirse ante la autoridad administrativa que con sus hechos ó los de sus agentes los haya causado ó pretenda causarlos. XVII, 472.

Nadie puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión ó industria. XXXI, 273.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2611.—Las restricciones impuestas al dominio, no son aplicables á las propiedades ó terrenos destinados al bien común de la sociedad.—Jur. Civ., III, 321, Ser. 1ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 731. — De los límites que el propietario se impone por contrato

La facultad de enajenar es una de las más preciosas, y ha sido considerada por nuestros legisladores como de orden público, porque la inmovilización de la propiedad perjudica á la comunidad; por eso las leyes patrias suprimieron los mayorazgos y toda especie de vinculación; pero una facultad por importante que sea, sino ataca á la moral y buenas costumbres, puede ser objeto de un contrato, no para el efecto de exigir su cumplimiento, sino los daños y perjuicios causados por el uso del derecho, cuyo ejercicio se ha tenido en mira el evitar.

Pueden ser objeto de contrato: el uso de la cosa de que somos dueños; el modo de usarla que se modifica por una convención; y aun la misma facultad de enajenar, sin hacer distinción entre la prohibición perpetua de no enajenar, y la de no hacerlo por un tiempo determinado.

La cláusula de no enajenar puede ser puesta como una condición de la enajenación misma, y sería válida cuando se tratase de no hacerlo á persona ó personas determinadas, art. 1364; pero puede ser el resultado de una estipulación con el propietario mismo, que renuncie á esta facultad; á este caso se refiere el Código cuando dice en el **art. 2612:** *el propietario de un inmueble*

(**Art. 2612.**) El art. 18, dice: los actos ejecutados contra la prohibición de las leyes son de ningún valor, si no se les hubiese designado otro efecto; pero el presente permite establecer la cláusula de no enajenar, autorizando á no cumplirla, salvo la obligación de pagar los daños y perjuicios causados. La redacción del artículo no es correcta, porque comienza con una prohibición, y concluye por penar al que no la hubiere cumplido; eso ha inducido á algunos á creer, que es un caso de aplicación del 18, lo que es un error.

La cláusula de no enajenar á persona determinada es perfectamente válida, no puede violarse y menos aun cuando se hubiere puesto como condición resolutoria; pero la prohibición absoluta de no enajenar, que también puede ponerse, no tendrá valor alguno, no obstante, dará acción por los daños y perjuicios. El artículo debió redactarse así: «el propie-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

no puede obligarse á no enajenarlo, y si lo hiciere, la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él, y si se hubiera estipulado una pena para el caso de no cumplimiento, deberá la impuesta.

El contrato para la no enajenación no es nulo y de ningún valor, aunque el propietario puede no cumplirlo á sus riesgos y peligros. No creo como Maynz, § 334, nº 6, nota 46, que el acreedor no tenga interés alguno, y que la estipulación sea nula; porque habría más verdad en darle facultad para pedir los daños y perjuicios, como le acuerda al vendedor que enajena la cosa bajo la cláusula de no hacerlo, desde que una estipulación se reputa un acto serio y no un mero capricho de los contratantes. Si resultase que no hay en realidad un interés en prohibir la enajenación, ni esta causase perjuicio al acreedor, llegaría el caso de dejarla sin efecto.

§ 732. — De los límites impuestos por los donantes ó testadores

El donante puede imponer las condiciones posibles y lícitas, sino deja en su mano la facultad de revocar la donación.

---

tario de un inmueble puede obligarse á no enajenarlo, no obstante, si lo hiciere la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto pueda constituir»; pues, si el vendedor no puede poner semejante condición, el propietario que teniendo la libre facultad de hacerlo, consiente en limitar la de disponer, no está exento de los daños y perjuicios. Supongámonos que una persona teniendo un interés de afección ha pagado á B, propietario de una casa, diez mil pesos para que éste no la enajene; si faltando á su promesa la vendiere, la enajenación sería válida indudablemente, pero deberá devolver el dinero recibido, pues no es justo que se enriquezca á costa de otro. Lo mismo sucederá cuando la enajenación le causare perjuicios, deberá resarcirlos. — Comp. Maynz, §§ 204, nota 14 y 334, nº 6. Aubry y Rau, § 191, texto y notas 14 y 15, l. 4, tít. 5. Part. 5ª. — Véanse arts. 5, 18, 1197, 1364, 2337, 2513 y 2613.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2612. — La cláusula de no enajenar, en los contratos de compraventa, y la disposición de la ley prohibiéndola, no invalida el instrumento en que está contenida. Esta regla es igualmente aplicable á las instituciones por testamento. — Jur. Civ., III, 321, Ser. 1ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El que transfiere su inmueble gratuitamente por un acto entre vivos ó por testamento, puede prohibir su enajenación por un tiempo que no pase de diez años, y si lo enajenare no será válida dentro de ese tiempo; pero esa cláusula se tendrá como no puesta cuando la enajenación no comprometa derechos de terceros, art. 3781, aunque debió respetarse la voluntad del testador, pues debe suponerse que no la puso por mero capricho, sino por hacer un bien al legatario.

Cuando en el testamento se estableciera la cláusula absoluta de no enajenar, se debe tener como no escrita, y no reducirse á los diez años á que pudo limitar válidamente la no enajenación; porque interpretando la voluntad del donante que quiso establecer una substitución fideicomisaria en favor del heredero de la persona instituída, nada se habría conseguido con reducirla á los diez años. Lo que la ley prohibe es la substitución fideicomisaria, porque la donación debe hacerse á la persona designada, sin que pueda disponer de la cosa el donante para después de la muerte del donatario.

Pero cuando el donante, excediendo las facultades, señalara un plazo mayor, se deberá reducir al permitido, porque sería contrariar su voluntad el dejar la libre disposición del bien donado ó legado.

Así pues, cuando el **art. 2613** dice: *los donantes ó testado-*

(**Art. 2613.**) Armonizando la disposición de este artículo con la del 3732, debemos decir: en el presente se considera como no escrita la cláusula de no enajenar impuesta al heredero, para impedir la sustitución prohibida por la ley, pues el que recibe la cosa no sería dueño de ella, mientras la prohibición temporaria no le priva de la propiedad, sino limita una de sus facultades hasta cierto tiempo; lo mismo sucedería en la donación: el donatario no sería dueño de la cosa donada sino puede disponer de ella. Y si el art. 3781 permite al legatario, que ha recibido la cosa con la condición de no enajenarla, para que lo haga, si no compromete derechos de tercero, es porque puede encubrirse bajo esa forma un fideicomiso, ó haber sido impuesta como una cláusula resolutoria. Así, pues, cuando la cláusula de no enajenar la cosa legada es impuesta pura y simplemente, se deberá tener por no escrita. Si impuso la no enajenación por 20 años, á los diez podrá disponer de ella. Lo que la

infojus SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

res no pueden prohibir á los donatarios ó sucesores en sus derechos, que enajenen los bienes muebles ó inmuebles que les donaren ó deja-

---

ley probibe es que el donante ó testador impongan una cláusula de no enajenación absoluta, porque entonces no habría verdadera transmisión de la propiedad, sería una vinculación disfrazada, prohibida por la ley, por ser contraria á los intereses económicos del país.

Algunos sostienen que cuando el término de la prohibición excede de diez años se debe considerar como no escrita; pero es un error á mi juicio. La regla general es: la condición de no enajenar se puede imponer por el término de diez años, de donde lógicamente debería deducirse que si pasare de ese término, no valdría en el exceso, como así lo decide el Código en diversos lugares. Por otra parte, el que usa de una facultad conferida, obra dentro de su derecho, si la excede, anulará el acto en lo que excediere quedando válido en lo restante. Cuando la cláusula de no enajenar, se impusiere como absoluta en un testamento, se hará esta distinción: si se impuso al heredero, importaría una sustitución prohibida, y se tendrá por no escrita; si lo fué á un legatario, valdrá, si interesa á tercero, limitándose á los diez años, porque no hay cláusula perpetua; si á nadie interesa la no enajenación, la cláusula se tendrá por no escrita. Este es el verdadero sentido de los arts. 2693 y 2828.

Los arts. 3732 y 3781, hablan de herederos ó legatarios, y no se podría aplicar á las donaciones entre vivos como pretenden algunos.

Freitas, art. 4279, extiende la prohibición por toda la vida del adquirente inmediato, lo que importaría un legado ó donación de usufructo, atribuyendo la propiedad al heredero del donatario ó legatario; nuestro artículo me parece más en armonía con los caracteres de la propiedad.

Aubry y Rau, § 191, texto á las notas 14 y 15, consideran la facultad de enajenar como de orden público, sosteniendo que el propietario, en principio, no puede renunciar á ella por convención, y que una prohibición de no enajenar impuesta por el testador ó donante no es en general eficaz.—Comp. arts. 1364, 1802, 2612, 2694, 3337, nº 2, 3598, 3732 y 3781.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2613.—Aun cuando la donación sea anterior á la vigencia del Cód. Civil, la cláusula prohibiendo la enajenación, debe tenerse por nula.—Jur. Civ., VI, 176, Ser. 5ª.

La prohibición de vender mientras exista alguno de los legatarios, importa que el legado es de usufructo y no de propiedad, cualesquiera que sean los términos usados por el testador.—Jur. Civ., VIII, 37, Ser. 3ª.

Nota—Esta resolución es contraria á los principios expuestos en el comentario, y no hay ley que la justifique.—(N. del A.)

Si el donante ha establecido como condición, una prohibición de enajenar

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ren en testamento, por mayor término que el de diez años, se debe entender que el exceso en el término marcado no puede anular la cláusula, sino en lo que pasare del tiempo.

El término de diez años comenzará á correr desde la muerte del testador, ó desde la donación, según los casos, aunque durante este tiempo el legatario ó donatario hubieran sido incapaces, lo que no les habría impedido enajenar el bien con autorización del tutor y del juez, si la cláusula no hubiera existido.

§ 733. — De los límites impuestos al propietario

Las restricciones que el propietario puede imponerse para usar de su cosa provienen de contrato, cuando éste por su propio interés las hubiere aceptado; vienen de la ley, cuando fueren impuestas para salvaguardar los intereses de la comunidad, ó si fuere por reglar los intereses recíprocos de los fundos vecinos. Aquí se trata de las limitaciones impuestas en mira del interés social y económico.

La ley ha querido impedir esas desmembraciones de la propiedad que vienen á inmovilizarla, sacándola casi del comercio, y haciéndole perder su carácter de cambio, de movimiento y transformación, por eso dice el **art. 2614**: *los propietarios de bienes*

(**Art. 2614.**) Nuestro Código ha suprimido los derechos enfitéuticos y de superficie, desde que por el art. 22, todo lo que no estuviere dicho en el Código, no tiene fuerza de ley en derecho civil; por consiguiente, cuando se crearan por un término que no pase de cinco años, como lo autoriza el Código, se aplicarían las leyes análogas, es decir, las de la locación, en cuanto se paga un canon por el uso de la cosa. Debió guardarse armonía con el art. 1505, que permite el arrendamiento por diez años, autorizándose para establecer la enfiteusis, el derecho superficiario y cualquier censo que importara un arrendamiento, por el término de diez años. Las vinculaciones se prohiben en absoluto, confirmando la ley de 1813, y se consideran como tales, las que transmiten el inmueble sin la facultad de enajenarlo. Una vinculación que importase una hipoteca, sería válida

---

por mayor término que el que permite la ley, la cláusula sólo es nula por el exceso.—Jur. Civ., III, 225, Ser. 6ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerle censos, ni rentas que se extiendan á mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna; pero los derechos adquiridos antes de la vigencia del Código no han podido ser alterados por la nueva ley. Así, la ley nacional de 1813 prohibió la fundación de mayorazgos y de toda clase de vinculaciones que no llevaran la condición de no enajenar; y autorizó á los tenedores de esos bienes, para disponer de ellos, porque no privaba de derechos adquiridos, sino de condiciones impuestas por la ley y que no podían existir. Pero el derecho enfitéutico, el superficiario, etc., tendrían que existir fuera del alcance de la ley, si ésta en vista de un interés superior, no pudiera suprimirlo; por eso ha dado medios para redimir las capellanías establecidas, determinando también el modo de extinguir la enfiteusis y los derechos superficiarios, haciéndolos desaparecer.

Los derechos enfitéuticos, superficiarios, etc., pueden aún crearse pero sin pasar el término de cinco años, si se establecieran por mayor tiempo, ó si nada se dijera respecto al término, este no pasaría del designado, sin que la obligación se anulara.

Las leyes que las Provincias hubiesen dictado sobre redención de capellanías, han quedado sin efecto desde la vigencia del Código Civil, que regla exclusivamente la transmisión de la propiedad y los derechos reales. La ley nacional de 1813 prohibía toda clase de vinculaciones y el Código ha confirmado aquella disposición.

La división de los edificios por pisos, permitida por la legislación anterior al Código y por muchos otros modernos, traen innumerables cuestiones, y paralizan la circulación de la propiedad, que es una de las fuentes de la riqueza nacional, la inmovili-

---

si fuera constituída por un término no mayor de cinco años, y debió elevarse á diez para armonizar con el art. 3197. Tal como está redactada la última parte del artículo parece prohibir en absoluto toda clase de vinculación, pero es sólo para las que importen una prohibición de enajenar, no las que fueran una carga real, por tiempo determinado.—Comp. GOYENA, art. 1547. CÓD. CALIFORNIA, art. 3227.—Véanse arts. 1505, 2502, 2828 y 3732.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

zan por decirlo así, dando á las ciudades un aire de antigüedad y privando las transacciones de que pudieran ser objeto, perjudicando á la renta y á los mismos dueños; por esa razón, *el propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad* (**art. 2617**),

---

(**Art. 2617.**) Se trata de la enajenación ó de la constitución de derechos reales que gravan la cosa é impiden su enajenación total; por ejemplo, se prohibe vender el piso bajo y conservar el alto, ni hipotecar éste dejande libre aquel; en cambio se puede arrendar, aunque el arrendamiento por más de un año grave la cosa, en la Capital Federal, si es registrado; pero no impide enajenarla en su totalidad. La división del dominio puede ser objeto de otros contratos si no importan enajenación; así se podría dar en anticresis el piso bajo conservando el alto, porque este contrato tiene por objeto compensar los frutos de la cosa con los intereses del dinero prestado, y no impide su enajenación; pero el adquirente deberá pagar toda la deuda al acreedor para desalojarlo; lo mismo diríamos de la hipoteca, que pesaría sobre el valor total de la cosa. Lo que la ley prohibe es que la propiedad se divida horizontalmente entre varios dueños; es decir, que no se enajene; y cuando dice por contrato, es tomando esta palabra en oposición á la enajenación por testamento; así se debe entender que no se puede enajenar por contrato entre vivos, ni por actos de última voluntad.

Los derechos adquiridos antes de la vigencia del Código no pueden ser alterados.

La disposición de Freitas, art. 4281, es más completa, no sólo porque comprende la división material ó ideal, sino porque anula la enajenación horizontal, á no ser que pudiera valer como constitución de derecho real en inmueble ajeno, ó transmisión de uso ó goce sin derecho real.—Véase nota del DR. VELEZ-SARSFIELD al art. 2502, y arts. 2502 y 2519.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2617. — La mayoría de los Códigos extranjeros lo permiten, entrando luego á legislar sobre las escaleras ó pasadizos de las diversas partes del edificio. La división horizontal, dando á uno los bajos y á otro los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, ó sobre servidumbres, ó sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos de un edificio. En tales casos, la propiedad del que ocupa el suelo no puede ser definida, y sin duda que no podría mudar sus formas.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2617.—Puede expropiarse el subsuelo, para construir un túnel en prolongación de una vía férrea concedida

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y las divisiones existentes al tiempo de regir el Código se conservarán tales como se crearon, porque son derechos adquiridos, hasta que desaparezcan por convenio entre las partes.

§ 734.—De los límites en el ejercicio del derecho de propiedad en el interés recíproco de los fundos.—Ruidos intolerables

Hay inconvenientes que podemos llamar ordinarios, como los referentes á la vida de la familia, que los vecinos están obligados á soportar, pues son el resultado necesario de la asociación; como el humo despedido por una chimenea de cocina ó de estufa, el ruido que la familia hace en sus quehaceres domésticos, etc., esos inconvenientes no dan derecho á quejarse; son incomodidades clasificadas por una Corte de Casación de Francia como obligaciones ordinarias de vecindad.

Pero *el ruido causado por un establecimiento industrial debe ser considerado como que ataca el derecho de los vecinos, cuando por su intensidad ó continuidad viene á ser intolerable para ellos, y excede la medida de las incomodidades ordinarias de vecindad* (**art. 2618**), siendo en este caso una mera cuestión de hecho, que

---

(**Art. 2618.**) Este artículo viene á ser una mera declaración, cuya sanción se encuentra en el siguiente, porque se limita á declarar, que ataca el derecho de los vecinos, sin dar los medios para hacerlo cesar. Este mismo defecto tiene el art. 2625. Freitas, art. 4233, concede en esos casos el derecho para impedir que la obra se haga ó para hacerla demoler ó reparar si fué hecha sin las precauciones necesarias, si la causa del daño fuera evitable. Por nuestro derecho se concede indemnización cuando el establecimiento ha sido autorizado por la Municipalidad. No sólo se trata de ruidos intolerables, sino de cualquier molestia que excediese á las incomodidades ordinarias; son cuestiones de hecho.

El artículo se funda en este gran principio de equidad: todo el que cause un daño á otro está obligado á repararlo. La limitación impuesta

---

por ley del Congreso, sin ser necesaria la expropiación de todo el terreno, hasta la superficie. XXIX. 323.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2617.—Las restricciones impuestas al dominio, no son aplicables á las propiedades ó terrenos destinados al bien común de la sociedad.—Jur. Civ., III, 321, Ser. 1ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

no puede sujetarse á una regla especial. Los tribunales decidirán en cada caso las quejas determinando la indemnización que se abonará. Y no sólo se debe aplicar esta disposición á los ruidos intolerables, sino á cualquier otra incomodidad; por eso dice el **art. 2625**: *aun separados de las paredes medianeras ó divisorias,*

---

por el artículo no ataca el derecho de propiedad, pues la facultad de gozar y disponer de la cosa como mejor le pareciere, lleva consigo este límite: no perjudicar el derecho de los otros vecinos, pues si estos á su vez quisieran ejercitar el mismo derecho se impedirían mutuamente, causando el desorden y la anarquía.

Nuestro artículo ha decidido la cuestión entre los que sostenían el derecho de propiedad absoluto, y los que sólo lo admiten como limitado á no causar daño á los vecinos.—Comp. DEMOLOMBE, XII, nº 253. AUBRY y RAU, § 194, texto y nota 7.—Véanse arts. 1133, nº 7, 2514, 2619, 2620 y 2625.

(**Art. 2625.**) Como el artículo prohibe se tengan aguas estancadas, los vecinos perjudicados deben tener dos acciones: la de hacer destruir la obra hecha contra la prohibición de la ley, ó la de dejarla cobrando los daños y perjuicios, á diferencia de cuando se trata de ruidos intolerables en que sólo puede cobrar aquellos. Y se explica la diferencia, en el presente artículo se ataca la higiene pública, hay un peligro común, mientras el artículo 2618 se aplica á incomodidades intolerables. Si las autoridades administrativas municipales ó provinciales hicieran concesiones contra la prohibición de este artículo, los vecinos podrán pedir su anulación; porque el Código Civil como ley general debe ser obedecido en todo lo que no ataque á las jurisdicciones locales.

El Código deja al derecho administrativo la determinación de la altura y alineación de los edificios en las ciudades, así como lo referente á la higiene, ornato y salubridad, y habría sido más conveniente no descender á los detalles, siguiendo el ejemplo de otros códigos que guardan silencio; pero una prohibición, crea un derecho en el perjudicado para hacer desaparecer la obra prohibida, mientras otra ley no la hubiere derogado. Así, una ordenanza, que es ley local, si autorizara trabajos que transmitan á los vecinos gases fétidos, no tendría valor alguno ante la presente disposición; lo mismo diríamos de las leyes provinciales.

Freitas, art. 4232, extiende la prohibición á las chimeneas, fogones y

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2618. — Demolombe, tom. 12, nº 658, —Aubry y Rau, § 194.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nadie puede tener en su casa, depósitos de aguas estancadas, que puedan ocasionar exhalaciones infestantes, ó infiltraciones nocivas ni hacer trabajos que trasmitan á las casas vecinas gases fétidos, ó perniciosos, que no resulten de las necesidades ó usos ordinarios, ni fraguas, ni máquinas que lancen humo excesivo á las propiedades vecinas y los perjudicados pueden hacerlo cesar por medio de la justicia.

El establecimiento de una casa de tolerancia, podría dar lugar á daños y perjuicios, según los casos.

El propietario del establecimiento ó fábica no se libertaría de la obligación de pagar los perjuicios causados á los vecinos, porque la administración lo hubiera facultado para establecerla, pues esa autorización se da á sus riesgos y peligros, sin limitar el derecho de los vecinos; así dice el **art. 2619**: *aunque la obra, ó el*

---

hornos ú hornallas que lancen humo excesivo, á los depósitos de sal ó de materias corrosivas; á las aberturas en las paredes para dejar pasar las aguas pluviales ó servidas al fundo vecino. Por mi parte, creo que tratándose de una prohibición, no se debe extender más allá de lo establecido en el artículo dejando á las leyes locales el determinar las demás prohibiciones. La regla del Derecho Romano era, que cada uno podía hacer lo que quisiera sobre su fundo, con tal que no haga pasar cosa alguna sobre el terreno de otro, *in suo enun alii hactenus facere licet, qua tenus nihil alienum immitat.* — Comp. DEMOLOMBE, XII, nº 265, y LAURENT, VI, nº 146. Véanse arts. 1133 y nºs 3 y 4, 2618, 2619, 2621.

(**Art. 2619.**) El presente artículo se refiere al anterior, y puede aplicarse en su caso al 2625, cuando el vecino no pidiera la demolición de las obras. Los perjuicios se deberán no sólo por el presente y el porvenir, sino por los causados desde el establecimiento, porque se funda en el art. 1109 de que todo el que causa un perjuicio á otro está obligado á resarcirlo; por consiguiente no se deberán únicamente desde la demanda, ni la pérdida material actual, como algunos creen.

El valor locativo se refiere á la disminución del arrendamiento que la casa produce, y se debe al propietario no sólo en el caso que la propiedad estuviera arrendada, sino aunque él mismo la habitara; mientras el valor usual es para el caso de venta, en que deberá pagar la diferencia entre el valor actual y el que la casa habría tenido sin los ruidos intolerables que la hacen desmerecer.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2625.—Demolombe, tom. 12, nº 265.

Infojus SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

establecimiento que cause perjuicio al vecino, hubiese sido autorizado por la administración, los jueces pueden acordar indemni-

---

Cuando se tratare del alquiler disminuído por esa causa, esta disminución debe pagarse mensualmente, y dejaría de abonarse así que la fábrica se cerrase ó se pusiera en condiciones de no incomodar; pero el propietario no estaría autorizado para cobrar la diferencia de precio en el valor de la propiedad desde que no la vende. Cuando efectuara la venta por menor valor del que tenía, á consecuencia del establecimiento, entonces tendrá derecho á la diferencia de precio; pero el nuevo comprador no podrá exigir indemnización, desde que la ha adquirido con ese defecto y disminuído el valor por esa razón. Otra cosa sucedería, si el establecimiento ó fábrica se agrandara y los ruidos fueran aun mayores, de modo que hubiera una nueva disminución en el valor locativo ó venal. Hay pues, error en sostener que se debe pagar la disminución de la renta y el valor venal de la propiedad, pues se pagaría dos veces la misma cosa. Los perjuicios se estimarán, tratándose del pasado y presente por lo que realmente ha sufrido, y los del porvenir, según el cambio que experimentase la cosa. La resolución de los tribunales no harán cosa juzgada, como en el caso de alimentos, pues variarán según las circunstancias, disminuyendo, si las molestias son menores, ó aumentando si fueren mayores y depreciaran la cosa. Por esa razón creo que los jueces deben ordenar el pago mensual.

Téngase presente que en el caso del art. 2618 no se pueden hacer destruir las obras ó suprimir los establecimientos que causen esos ruidos, á menos de haberse puesto violando ordenanzas municipales; como en el art. 2625; pero si la autoridad lo permitiera en nada alteraría el derecho de los vecinos perjudicados para pedir daños é intereses. Pueden verse las decisiones de las Cortes francesas, citadas por Aubry Rau, § 194, nota 7, aunque la legislación de esta nación difiere en parte de la nuestra. Demolombe, XII, nº 654, sostiene, que no sólo se debe el daño material, sino también el daño moral ó de opinión; es decir, el que trae la depreciación del valor locativo ó venal de la propiedad por la opinión; como por el establecimiento de una casa de tolerancia, en lo que estoy conforme, pero deberá tenerse suma prudencia, pues podría demandarse el daño que pudiera causar el establecimiento de materias inflamables ó de cosas semejantes.—Véanse arts. 1069, 1109, 1133, nº 7, 2618 y 2625.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2619.—Aubry y Rau, § 194.—Demolombe, tom. 12, nº 653. Este último autor ha tratado extensamente la materia. —La autoridad administrativa en virtud de la cual la obra ó el establecimien-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

zaciones á los vecinos, mientras existan esos establecimientos. La indemnización se determina según el perjuicio material causado á las propiedades vecinas, y según la disminución del valor locativo ó venal que ellas sufran. La indemnización podrá acordarse anual ó mensualmente, mientras exista el perjuicio, por que el establecimiento puede cambiar de condiciones, y no incomodar en adelante. Los perjuicios, se determinarán por peritos, con arreglo á las leyes de procedimientos.

§ 735. — EXCAVACIONES. — EDIFICACIÓN. — *(Continuación)*

No es necesario que el daño se haya hecho realmente, para que los vecinos puedan oponerse á las obras que lo produzcan; así, *el propietario de un fundo no puede hacer excavaciones ni abrir fosos en su terreno que puedan causar la ruina de los edificios ó plantaciones existentes en el fundo vecino, ó de producir desmoronamientos de tierra,* (**art. 2615**) y en estos casos ú otros

---

(**Art 2615.**) El presente artículo se refiere á los fosos, zanjas ó excavaciones que los propietarios suelen hacer, á diferencia de los arts. 2621 y 2624 que hablan de pozos; sin embargo, creo que podría haberse ganado en claridad uniendo los tres; el presente *prohibe* hacer excavaciones que perjudiquen á los vecinos; el 2621 las permite tratándose de pozos, siempre que se sujeten á los reglamentos, y el 2624 ordena un contra-

---

to se hubiese hecho, no priva, ni puede privar al vecino del derecho de ocurrir á la autoridad judicial con una demanda de indemnización. La autorización para establecer manufacturas, máquinas ó una empresa cualquiera, incómoda ó insalubre, no se concede sino bajo la condición implícita de no atacar los derechos de un tercero, y de reparar el perjuicio á los edificios vecinos ó á las personas que los habitan. Una casa puede perder mucho de su valor locativo ó venal por el establecimiento inmediato de una fábrica incómoda ó insalubre, perjuicio que no hay autoridad que pueda hacerlo sufrir. Los tribunales, conociendo y resolviendo sobre la reparación de perjuicios causados por un establecimiento insalubre ó incómodo, no se ponen en oposición con el acto administrativo que lo autorizó, porque necesariamente llevaba la condición implícita de no causar perjuicio á tercero.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.— Aplicación del art. 2619. — El propietario colindante puede reconstruir los muros medianeros sin responsabilidad, pero no sólo está obligado á dejar la pared en el mismo estado, sino que debe abonar los daños y perjuicios que resulten innecesarios, ya sea por obras indebidas ó por negligencia de los constructores.—Jur. Civ., X, 330, Ser. 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

semejantes, aunque el perjuicio no ha tenido lugar, pueden oponerse á las obras.

El que quiera hacer pozos con cualquier objeto que sea, contra una pared medianera ó no medianera, debe hacer un contramuro de treinta centímetros de espesor (**art. 2624**). Cuando el dueño

---

muro de treinta centímetros para los pozos. En las excavaciones no debe hacerse contramuro, bastará que no se produzcan desmoronamientos en el terreno vecino; pero si fueran pozos, deberá hacerse el contramuro ordenado.

Freitas, art. 4230, prohibe las excavaciones sobre la línea perpendicular divisoria de su terreno con el del vecino. Aubry y Rau, § 194, de donde fué tomado nuestro artículo, dicen, en la nota 2: «el dueño del terreno superior no será responsable hacia el propietario vecino de los desmoronamientos que se produzcan por la pendiente natural del terreno ó por vicios de éste», y así debemos considerarlo por nuestro derecho. En la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho, que se resolverán según las circunstancias.

No sería posible impedir excavaciones al propietario en medio de su terreno; la expresión de que puedan causar la ruina de los edificios es demasiado vaga en sí, y puede conducirnos hasta prohibir cualquier excavación que hiciera el propietario de un terreno pequeño, y es preferible la de Freitas, ó por lo menos se debe tomar en consideración la observación de Aubry y Rau.—Comp. TOULLIER, III, nº 227. DURANTON, VI, nº 364. CÓD. FRANCÉS, art. 674 y GOYENA, art. 525.—Véanse arts. 2621 y 2624.

(**Art. 2624.**) El presente artículo ha podido englobarse con ventaja en el 2621 que se refiere igualmente á la construcción de pozos contra

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2615.—Toullier, tom. 3, nº 227.—Duranton, tom. 5, nº 364.—Aubry y Rau, §§ 194 y 198.—No es posible determinar las distancias de los edificios vecinos á las cuales puedan hacerse excavaciones, ó abrirse fosos. El peligro que puede sobrevenir á los edificios, depende en mucha parte de la clase del terreno, ya sea piedra ó tierra sólida, ó por el contrario, arena ó tierra deleznable; y también de la clase del edificio vecino que puede ser de un gran peso, ó sólo tener por ese lado paredes sencillas y meramente divisorias. En un caso dado, los jueces, con informes de peritos, resolverán sobre la distancia á que puede abrirse un foso, y el género de calza que debe tener para evitar derrumbes.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2615.—No puede prosperar el interdicto de obra nueva, si las construcciones del demandado se han llevado á cabo en terreno propio, sin afectar la posesión del demandante. —Jur. Civ. II, 238, Ser. 5ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de un edificio hiciera obras que amenazaren derrumbarse sobre la casa vecina, el perjudicado tiene derecho para pedir su demolición; hay en realidad un perjuicio verdadero, pues la amenaza permanente hace inhabitable la propiedad, y si la autoridad administrativa no interviene, el vecino debe estar facultado para hacerla cesar. Bastará, pues, la amenaza sin que el daño material exista para crear el derecho.

Por el contrario, cuando *los trabajos ó las obras que sin causar á los vecinos un perjuicio positivo, ó un ataque á su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por resultado privarles de ventajas que gozaban hasta entonces, no les dan derecho para una indemnización de daños y perjuicios* (**art. 2620**); porque las ventajas de

---

paredes divisorias. Se entiende que si las paredes no son divisorias, los vecinos no podrían reclamar; pero sí, la autoridad administrativa, que tiene derecho de velar porque las construcciones ó excavaciones se hagan de manera que no puedan ocasionar desgracias.—Cód. Luisiana, artículo 691.—Véanse arts. 2615 y 2621.

(**Art. 2620.**) Se entiende que las construcciones deben ser el resultado de un derecho perfecto del propietario, como si ha elevado las paredes hasta una altura que haya privado de luz al vecino, ó si las excavaciones hubieran privado de las corrientes de agua subterránea de que antes gozaba; en todos estos casos y otros semejantes, no habría derecho á indemnización; porque como dice la ley romana, «no se debe mirar como que causa daño, el hecho del que quisiera impedir á otro de usar de un derecho que siempre perteneció al que impide su uso», l. 26, tít. 2, lib. 39, Dig., pues la inacción y el no uso no puede constituir un derecho en el que lo usa, salvo los casos de prescripción. El propietario tiene perfecto derecho para hacer en su propiedad las excavaciones ó edificios que creyera conveniente sujetándose á los reglamentos, sin tener en cuenta las molestias que pueda causar al vecino.—Comp. Demolombe, XII, nº 647. Aubry y Rau, § 194, texto y nota 16.—Véanse arts. 936, 1071 y 2514.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2624. — Cód. de Luisiana, art. 691.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2620.—Por ejemplo, la elevación de un edificio que privase del sol, ó disminuyese la luz.—L. 25, tít. 32, Part. 3ª.—LL. 8 y 9, Cód. Romano, *De servit.* — Demolombe, tom. 12, nº 647. — Aubry y Rau, § 194.—La Ley Romana da la razón: *Quia*, dice, *non debeat videri is damnum facere qui eo veluti lucro quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque inte-*

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

una posición no pueden constituir un derecho, desde que sólo se fundan en la inacción del derecho del vecino. Así, el que gozaba de luz porque el terreno vecino estaba sin edificar, no puede quejarse, si por la edificación su casa ha venido á quedar obscura ó incómoda.

Cuando se tratare de construcciones, los vecinos tienen derecho á exigir, que mientras éstas se practican se tomen las precauciones necesarias para que no se les haga daño con la caída de los materiales, y por eso se ha establecido, que *todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída, ó los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar á los vecinos ó transeuntes, bajo la pena de satisfacer los daños é intereses que por su negligencia les causare* (**art. 2616**); pero aun tomando esas precauciones no se eximirá cuando por algún evento llegara á ocasionarlos, á menos de caso fortuito ó fuerza mayor. Los vecinos amenaza-

---

(**Art. 2616.**) El principio se aplicará en las construcciones, y en los edificios que amenacen ruina. La amenaza, autoriza la denuncia, obligando al propietario á que se ponga en las condiciones de la ley, sin necesidad de esperar á que el perjuicio se produzca. El procedimiento debe ser sumario, según lo determinen las leyes provinciales.

Freitas, art. 4232, hace incurrir en la prohibición al que construyese obras salientes para el terreno del vecino, ó arco ó puente por encima de un inmueble ajeno ó por encima de una calle ó camino público, ó hiciera paredes que se inclinasen para el terreno vecino. Nuestro artículo sólo autoriza para cobrar daños é intereses por el perjuicio causado por la caída de los materiales, pero debe entenderse que hay derecho para prevenirlos.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 666.—Véanse arts. 1133, nos 1 y 3, y 1136.

---

resse, utrum damnum quis faciat, an lucro quod adhuc faciebat uti prohibeatur, —L. 26, tit. 2, Lib. 39, Dig.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2620.—Cuando los trabajos ejecutados sobre un terreno exponen al vecino á un perjuicio resultante de las aguas pluviales, este debe reclamar, y sino lo hace se juzga que consiente tácitamente en sufrir el perjuicio.

Producidos los perjuicios no tiene derecho á reclamar indemnizaciones. pero sí á que el dueño del predio dominante practique las obras necesarias para evitar que se repitan en lo sucesivo. XX, 218.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2616. — Cód. de Luisiana, art. 666.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dos pueden pedir se hagan los trabajos necesarios para su seguridad.

Cuando los trabajos privaren de ventajas de que gozaban los vecinos en virtud de ordenanzas municipales, que son leyes locales, como respecto á la altura de los edificios, etc., aunque la autoridad administrativa permitiera la construcción, el que ha sido privado de esas ventajas que se fundan en leyes, puede demandar que se sujete en las construcciones á las ordenanzas vigentes.

§ 736. — CONSTRUCCIÓN DE PAREDES, CHIMENEAS, FRAGUAS, ETC.— *(Continuación)*

Así como la simple amenaza de causar un daño da derecho para prevenirlo, del mismo modo la ley autoriza á los vecinos para prohibir toda construcción que quisiera hacerse sobre las paredes divisorias, siempre que no se guardaren los reglamentos municipales, que tienen por objeto garantizarlos de cualquier perjuicio; por consiguiente, *nadie puede construir cerca de una pared medianera ó divisoria, pozos, cloacas, letrinas, acueductos que causen humedad; establos, depósitos de sal ó de materias corrosivas, artefactos que se mueven por vapor, ú otras fábricas, ó empresas peligrosas á la seguridad, solidez y salubridad de los edificios, ó nocivas á los vecinos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del país, todo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior. A falta de reglamentos, se recurrirá al juicio de los peritos* (**art. 2621**).

(**Art. 2621.**) En cuanto á los pozos debe regir el art. 2624 respecto á su construcción. El artículo se aplica sólo al caso en que la pared sea medianera, pues si fuera propia del que hace las obras, no habría razón para exigirle que no le comunique humedad con las cosas depositadas. Cuando el artículo dice: «pared medianera ó divisoria» no ha expresado que lo mismo sería cuando fuera propia del que hace la obra, sino por el contrario, cuando fuera propia del que recibe el perjuicio. Así, debe entenderse que el artículo se refiere, á cuando la pared es medianera ó del vecino; no cuando sea propia. Es tomado de Aubry y Rau, § 198, nº 4, quienes más adelante agregan: «el art. 674, no es aplicable cuando el muro es de la propiedad exclusiva del que quiere hacer el tra-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando los reglamentos municipales nada establecieren sobre la construcción de obras que pueden perjudicar la solidez de los edificios, se atendrá á los usos del país, teniendo en este caso fuerza de ley, y estando obligado el que edifica á sujetarse á ellos; pero si ni uno ni otro establecieran medidas preventivas para que no se perjudiquen los vecinos, no por eso perderán su derecho, y podrán pedir que se determinen por peritos las precauciones que deben tomarse.

La enumeración de la ley se debe tomar como un ejemplo de las construcciones que pueden hacerse sobre paredes divisorias, y se extenderán ác ualquier trabajo que perjudique á los vecinos aunque no sea de los enumerados.

Con el objeto de garantir al vecino del perjuicio que pudiera sobrevenirle, se ha dispuesto que, *el que quiera hacer una chimenea ó un fogón ú hogar, contra una pared medianera, debe hacer construir un contramuro de ladrillo ó piedra de diez y seis centíme-*

---

bajo»; y así resulta de la exposición de Berlier. Véase Locré, VIII, p. 373, nº 13. Demolombe, XI, nº 516, dice: «muro común ó ajeno», y lo mismo repite Goyena, art. 525, así es que no hay razón para enseñar lo contrario. Cuando la autoridad hubiera dado permiso para la construcción y la pared fuera propia del que hace los trabajos, el vecino no podrá reclamar. En contra del artículo, DELVINCOURT y PARDESSUS.—Véanse arts. 1133, nº 4 y 5, 1611, 1615, 2624 y 2625.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2621.—Cód. Francés, art. 674—de Luisiana, desde 688 á 691—Holandés, 703—Napolitano, 595—Italiano, 573 y 574.—Proyecto de Goyena, 525.—La L. 19, Tít. 2, Lib. 8, Dig., dispone sobre los acueductos que causen humedad á la pared.—La L. 17, Tít. 5, Lib. 8, Dig., sobre los estercoleros ó muladares. El progreso de las artes hace que las previsiones de las leyes no puedan circunscribirse á casos y límites ciertos.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2621.—Los perjuicios causados á una finca por el agua y humedad procedente de maderas mal aplicadas en la finca vecina deben sér indemnizados por el arrendatario de ésta, dueño de las maderas.

Esos perjuicios deben ser avaluados por peritos, sin que el Juez pueda condenar á los intereses de su importe, pues quedan comprendidos en la avaluación á practicarse.—XXII, 84.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2621. — Véase fallo al art. 2515.—Jur. Civ., II, 238, Sér. 5ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tros de espesor (**art. 2622**); pero si la pared fuera propia del constructor, podrá hacerlo sin el contramuro; mientras *el que quiera hacer un horno ó fragua contra una pared medianera, debe dejar un vacío ó intervalo entre la pared y el horno ó fragua, de diez y seis centímetros* (**art. 2623**); á fin de que la pared no conduzca el calor que pudiera molestar al vecino.

Si las construcciones fuesen hechas contra las disposiciones apuntadas, aunque el vecino no las hubiera impedido, teniendo conocimiento, eso no le privará del derecho de pedir se construyan en la forma ordenada.

Cuando se tratare de la construcción de edificios, como ésta se dificultaría, si no pudiera servirse provisoriamente del terreno vecino, se ha dispuesto para facilitarla, que *si para cualquiera obra fuese indispensable poner andamios, ú otro servicio provisorio en el inmueble del vecino, el dueño de éste no tendrá derecho para impedirlo, siendo á cargo del que construyese la obra la indemnización*

(**Art. 2622.**) Si la pared propia fuera de un espesor de diez y seis centímetros, no creo que el constructor pudiera libertarse de hacer un contra muro; porque si debe hacerlo de ese espesor cuando la pared es medianera, quiere decir que lo hará cuando sólo alcanza á la medianería. La distancia (dice Demolombe, XI, nº 522): «cuando hay que guardarla debe ser tomada evidentemente sobre la pared del que quiere hacer la construcción, y es justo que sea tomada desde el punto más saliente del muro para cuya conservación se ha exigido la distancia» y así debemos considerarlo. Si la pared medianera fuera de doble espesor del ordinario creo que podría eximirse del contramuro; porque el objeto es no causar perjuicio al vecino.—Cód. Luisiana, art. 689.—Véanse arts. 2623 y 2731.

(**Art. 2623.**) Si la pared fuera propia del que hace la construcción tendrá derecho á hacer el horno ó fragua, sin dejar vacío alguno; si fuera ajena y tuviera un espesor de diez y seis centímetros deberá dejar el mismo espacio vacío, no obstante lo dicho en el artículo anterior que no será aplicable.—Cod. Luisiana, art. 690, y l. 13, tít. 2, lib. 8. Dig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2622. — Cód. de Luisiana, art. 689.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2623. — Cód. de Luisiana, art. 690.—La L. 13, Tít. 2, Lib. 8, Dig., prohibe arrimar á la pared común todo lo que pueda quemarla.—La L. 5, Dig., *De servit. vint.*, habla de los hornos especialmente·

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

del daño que causare (**art. 2627**); y que se determinará por peritos, por la disminución del valor locativo de la propiedad durante los trabajos. Del mismo modo, cuando se tratare de una pared medianera dice el **art. 2626**: *el propietario del terreno*

(**Art. 2627.**) El daño que causaren los andamios se debe extender á la disminución del valor locativo de la propiedad, ó si por las condiciones especiales de la casa vecina ésta no pudiera ocuparse; por ejemplo, si tuviera un patio tan pequeño que impidiera ó dificultara habitarla. No es exacto que la ley conceda gratuitamente el derecho de poner andamios; porque lo hace bajo la base de pagar los perjuicios; si no existen, entonces será gratuito. Los otros perjuicios, como la caída de materiales que rompieran alguna cosa ó hicieran daño á los habitantes, debe igualmente satisfacerlos. El vecino perjudicado puede deducir su acción contra el propietario que es el obligado, no contra el empresario; porque la expresión del artículo «á cargo del que construyese la obra» se refiere no al que materialmente la hace, sino al dueño que la ha mandado construir. Son obligaciones recíprocas de los vecinos entre sí, y nada tienen que ver los empresarios, á no ser en los casos del art. 1647, cuando contravienen á las disposiciones municipales ó en los del 1109.—FREITAS, art. 4235.—Véanse arts. 1520, 1516, 2520 y 3077.

(**Art. 2626.**) Este artículo debe armonizar con el 2733, y así queda salvada toda dificultad. En vez de pared divisoria, se entenderá medianera, porque si no lo fuera, el propietario vecino no tendría interés alguno en reconstruirla, desde que no es suya, ni puede cargar. Y la exactitud de esta disposición se encuentra confirmada por las palabras finales del mismo artículo que se refieren al condómino de la pared.—Véanse artículos 1520, 2620 y 2733.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2626. — La demolición regular de una pared medianera, previo aviso al propietario y locatario de la finca contigua, no puede fundar una acción por daños y perjuicios. —Jur. Civ., IV, 156, Sér. 4ª.

El lindero sólo tiene derecho á cobrar los desperfectos que haya sufrido su propiedad por la construcción de la pared medianera, pero no los perjuicios por alquileres dejados de percibir.—Jur. Civ., IX, 223, Sér. 3ª.

Si bien el condómino tiene derecho para reconstruir la pared medianera, sin indemnización, debe ser condenado al pago de los daños y perjuicios causados por la omisión de medidas tendentes á evitar un accidente en la propiedad lindera.—Jur. Civ., IX, 428, Sér. 3ª.

El lindero que por temor al derrumbe se ve obligado al desalojo de la propiedad, sólo puede reclamar como daños y perjuicios el valor de la locación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

contiguo á una pared divisoria puede destruirla cuando le sea indispensable ó para hacerla más firme, ó para hacerla de carga, sin indemnización alguna al propietario ó condómino de la pared, debiendo levantar inmediatamente la nueva pared, y suponemos la pared medianera, porque si no lo fuera ó no adquiriese la medianería, ningún interés tendría para hacerla más firme ó de carga.

§ 737.—Limitación del dominio.—Árboles

Las restricciones á que se encuentra sujeto el derecho de propiedad respecto de los árboles, se extiende á los que fueren plantados por la mano del hombre, ó á los que hubieren nacido naturalmente, y se funda en que cada propietario debe alimentarlos con la savia de su propio terreno.

Esta limitación no puede ser considerada como una servidumbre impuesta por la ley, desde que no hay predio sirviente ni dominante, es una restricción recíproca como la impuesta al que tiene en su terreno aguas estancadas que ocasionan exhalaciones infestantes, establecida en el interés de los mismos propietarios. No puede haber derecho contra derecho, sin que la ley venga á establecer un límite para el ejercicio de cado uno de ellos. Si *el propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino á distancia de tres metros de la línea divisoria con el vecino* (**art. 2628,**

(**Art. 2628.**) Estas distancias sólo deben observarse después de la vigencia del Código, porque los árboles existentes antes y que se hubieren puesto sin protesta alguna ó siguiendo la costumbre local, no deben arrancarse. Se aplicará la disposición del art. 2630 respecto de los techos, sin que la existencia de ellos cree un derecho, ni importe una ser-

---

durante el tiempo que dure la reconstrucción de la pared medianera.—Jur. Civ., IX, 428, Sér. 3ª.

El dueño de una pared divisoria destruida no puede reclamar por ella daños y perjuicios, tan sólo su valor y la mitad del precio del terreno.—Jur. Civ., I, 150, Sér. 1ª.

El propietario colindante puede reconstruir los muros medianeros sin responsabilidad, pero no sólo está obligado á dejar la pared en el mismo estado, sino que debe abonar los daños y perjuicios que resulten innecesarios, ya sea por obras indebidas ó por negligencia de los constructores. — Jur. Civ., IX, 336, Sér. 3ª.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

1ª parte); éste á su vez sufre la misma limitación, y no se puede admitir que la ley haya establecido en su favor una servidumbre, cuando el predio vecino no le presta servicio alguno.

La prohibición de la ley no hace distinción alguna, porque *sea la propiedad predio rústico ó urbano, esté ó no cercado; ó aunque sean ambas heredades de bosques* (**art. 2628**, 2ª parte); la prescripción de la distancia debe cumplirse; es que ha considerado que un árbol necesita por lo menos tres metros de radio para poder alimentar sus raíces, y si estuviera más cerca del terreno vecino, se alimentaría de éste, eso es lo que ha impedido expresamente para no obligarlo á soportar un perjuicio que habría sido en el fondo una verdadera servidumbre. En cuanto á *los arbustos no pueden tenerse sino á distancia de un metro* (**art. 2628**, últ. parte) sin que haya limitación para las hortalizas, frutillas, violetas, etc.

---

vidumbre. La distancia se debe medir desde el límite exterior del terreno vecino, y si hubiere muros medianeros, desde la mitad del muro, hasta la mitad del espesor del tronco; es decir, hasta el corazón; de modo que si ha sido plantado guardando la distancia y por el crecimiento viene á no estarlo, el vecino podrá obligarlo á que lo arranque. Si el árbol hubiera estado plantado durante treinta años sin reclamación alguna, se habría prescripto el derecho de conservarlo allí; pero eso no lo autorizaría para volver á plantar otro en su lugar. Merlin y Toullier sostienen que el límite puesto al dominio en este caso es una servidumbre legal, como lo enseñaban antiguamente, y lo han seguido algunos códigos. Es una cuestión puramente científica de gran transcendencia, partiendo del principio equivocado de que la propiedad es absoluta, y que cualquier impedimento proveniente de la ley importa una servidumbre. Para que exista servidumbre hay necesidad de un predio sirviente y otro dominante, y en la limitación del dominio no se encuentran; porque la ley ha querido por el contrario asegurar á cada propietario el uso de su derecho sin perjuicio del otro; así, cuando ha impuesto la plantación de árboles á tres metros del terreno vecino, ha sido para que éstos no vivan á expensas del terreno ajeno. Por el contrario, cuando por contrato se hubiere acordado el derecho de plantar los árboles á menor distancia, sería una servidumbre, porque uno de los terrenos serviría al otro. Si por contrato se hubiera impuesto la misma limitación de la distancia, cuando no existía la ley, no habría sido una servidumbre, porque el predio no presta servicio al dominante, lo único que hace el propietario

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Y la limitación impuesta para garantir el terreno de cada uno, se extiende al espacio aéreo que corresponde á cada dueño del te-

---

es no usar de un derecho que puede perjudicar al adquirente, pero si suponemos que este servicio negativo lo fuera realmente, habría en este caso un predio dominante y uno sirviente; mientras en el límite al dominio no existe, porque es recíproco, no el servicio, sino el no poder causarse daño. El art. 2970 definiendo la servidumbre dice: «ó bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad»; y sería necesario demostrar que es un derecho de propiedad el alimentar los árboles propios con la savia del terreno ajeno, lo que es imposible. La prohibición de no plantar árboles en el límite de los dos terrenos, no *beneficia* al predio vecino, sino en cuanto impide que reciba *perjuicio,* y jamás se ha considerado como un beneficio en el sentido del derecho, el acto de no perjudicar.

Se trata en seguida de demostrar que el derecho de tener árboles á menor distancia, no es una servidumbre, lo que me parece insostenible, porque no sólo se adquiere el derecho de hacer vivir los árboles á espensas del predio vecino, sino que se le impide el tener plantas, porque ciertos árboles, como los eucaliptus, por ejemplo, las matan en un radio de más de tres metros. Y si bien es cierto que el propietario vecino puede cortar las raíces, no se cuenta con el gasto constante que debería hacer para que se alimentaran de su terreno, el que asimismo sufriría por la cercanía de los árboles. Y reconociendo este perjuicio, se admite que no sería servidumbre, cuando se tratare de *ciertos* árboles, lo que implica confesar que los demás imponen una verdadera carga, si se encuentran á menor distancia de la establecida.—Demolombe, XI, nos 509 y 511. Aubry y Rau, § 197, notas 17 á 20 y 27, y el Dr. Velez-Sarsfield, nota á los arts. 2611 y 2631, y aun este artículo confirma la tesis que sostenemos.—Comp. Cod. Francés, art. 671, y Marcadé á dicho artículo. Duranton, V, nº 386. Mourlon, I, nos 1770 y sig. Goyena, art. 526, y Freitas, art. 4247. —Véanse arts. 1133, nº 3, 2629, 2631 y 2745.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art 2628.—Véase Cód. Francés, art. 671.—Italiano, 579—Holandés, 713—Napolitano, 592—Marcadé, sobre el art. 671.—Demolombe, tom. 11, nos 488 y 490.—Duranton, tom. 5, nº 386.—Aubry y Rau, § 197, Letra A.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2628.—El propietario de una heredad, tiene derecho á exigir que el lindero retire, á más de un metro del muro divisorio, los árboles que le perjudiquen.—Jur. Civ., VIII, 219, Sér. 5ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

rreno en líneas perpendiculares, por eso se ha ordenado que: *si las ramas de algunos árboles se extendiesen sobre las construcciones, jardines ó patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para pedir que se corten en todo lo que se extendiesen en su propiedad; y si fuesen las raíces las que se extendiesen en el suelo vecino, el dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo, aunque los árboles, en uno y otro caso, estén á la distancia fijada por la ley* (**art. 2629**);

(**Art. 2629.**) El derecho de mantener las ramas de los árboles sobre el fundo vecino, puede resultar del contrato, del destino del padre de familia ó de la prescripción. En cuanto al contrato no hay dificultad alguna; no así respecto al destino de padre de familia, cuando la misma persona hubiera sido dueña de las dos heredades. Sería necesario que en el momento de la enajenación de uno de los fundos, la posesión se encontrase perfectamente caracterizada y no ofreciera la menor duda. La dificultad está para la adquisición de treinta años, como servidumbre aparente y continua, porque no se sabe desde cuándo debe comenzar á correr, no existiendo un hecho controvertido, y porque el dejar las ramas sobre el terreno ajeno puede ser el resultado de una tolerancia interesada para recoger las frutas. Troplong y Delvincourt opinan que habría prescripción tratándose de árboles cuyas ramas no dan fruta, si entrasen al terreno vecino; y creo con ellos que si el dueño de los árboles demuestra el daño sufrido por el vecino sin compensación alguna, soportado durante 30 años, la prescripción se habría cumplido. Demolombe, XI, 510, con razones de peso, defiende la doctrina de que es necesario una contradicción al derecho del vecino, para que comience la prescripción.

Las ramas deberá cortarlas el mismo dueño del árbol, ó si se negare, el vecino se hará autorizar por el juez; pero debe ser en el tiempo en que no perjudique á aquel. En cuanto á las raíces, siendo dueño de su terreno y pudiendo trabajar en él, tiene perfecto derecho para arrancar las que se encuentren en él, pues le pertenecen, formando parte integrante del suelo; no se puede alegar servidumbre porque las continuas no aparentes necesitan título.—Comp. Cód. Francés, art. 672. Goyena, art. 527. Freitas, art. 4229. Cód. de Chile, art. 952.—Véanse arts. 2516, 2517 y 2518.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2629.—L. 28, Tít. 15, Part. 7ª, y véase L. 1, § 2, Tít. 27, Lib. 43, Dig. — Cód. Francés, art. 672 — Italiano, 581 — Napolitano, 593—Holandés, 714.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

lo que demuestra claramente que no se ha querido imponer una servidumbre, sino impedir que los vecinos ejerzan sobre el terreno ajeno derechos que nadie les ha concedido.

El propietario vecino puede adquirir por contrato el derecho de tener los árboles á menor distancia de la ordenada, ó soportar las ramas que se extiendan sobre el terreno vecino, en cuyo caso se considerará como una servidumbre, desde que el predio sirve para alimentar los árboles del dominante, ó sufrir que las ramas pasen al terreno sirviente.

La servidumbre puede establecerse por el destino del padre de familia, cuando se ha vendido, donado ó legado el fundo en las condiciones en que se encontraba, sirviendo el uno al otro.

La distancia de los tres metros debe comprender igualmente el ancho que tomare el camino público ó arroyo que separase ambas heredades; porque no corresponden á ninguno de los propietarios.

Y así como puede establecerse por contrato el derecho de tener árboles á menor distancia, ese derecho se adquiere también por la prescripción sin título, es decir, por 30 años; pero una vez secos ó arrancados los árboles no podrá reemplazarlos, á menos de contrato; porque la prescripción sin título es para los que hubieran tenido durante ese tiempo. Respecto á las ramas de los árboles no habría prescripción, sino á contar desde que reclamada su destrucción, se hubiera contestado el derecho del vecino.

§ 738.—Techos y goteras.—*(Continuación)*

A la vigencia del Código Civil, en toda la República existía la costumbre de edificar, construyendo los techos en dos planos inclinados, de manera que uno de ellos derramaba las aguas sobre la calle pública ó el terreno vecino. Las municipalidades impidieron que esas aguas cayeran sobre los transeuntes, haciéndolas recoger por medio de caños llevándolas al suelo; pero nada se estableció sobre las aguas que caían en el terreno vecino, reconociéndose que el uso, si no había creado un derecho que debiera respetarse, por lo menos debían dejarse las cosas como se encontraban, hasta que las casas fueran reedificadas. Por eso se limitó

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

á decir el **art. 2630**: *los propietarios de terrenos ó edificios, están obligados después de la promulgación de este Código, á construir los techos que en adelante hicieren de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo ó sobre la calle ó sitios públicos y no sobre el suelo del vecino;* á menos que este derecho no estuviera constituído por contrato.

La disposición de la caída de las aguas no era una servidumbre, á menos de haberla adquirido por un título expreso; pero como el hecho se había permitido por la costumbre, no había razón para destruir la construcción, exigiendo de los propietarios

---

(**Art. 2630.**) La obligación de recibir las aguas pluviales que caigan de los techos debe pesar sobre el dueño del terreno en que está el edificio, y cuando sin hacer trabajo alguno éstas entrasen en los terrenos inferiores, el que las recibe no tendrá derecho á daños y perjuicios. El límite que se pone á la construcción de los techos, no es una servidumbre; es una restricción al derecho de propiedad, pues el dueño del edificio debería tener derecho á hacer el techo como quisiera; pero como perjudica al terreno vecino, de ahí la restricción, que es justamente como la de no plantar árboles á menor distancia de la acordada. La prohibición de la ley es que las aguas de los techos no caigan sobre el suelo del vecino, pero no estará obligado á hacerlas correr para la vía pública, si por la inclinación natural del terreno corriesen hacia él. El art. 681, del Cód. Francés, agrega: «no puede hacerlas que corran sobre el fundo vecino», expresión que no contiene el nuestro, pero se agrega en el art. 2648: «no está obligado á recibir las aguas que caigan de los techos», lo que impone la obligación de hacerlas correr sobre su propio terreno, pues no tendría derecho para que cayeran al pie de la pared del vecino, humedeciendo sus cimientos, y lo mismo sería si la pared fuera medianera. La servidumbre de recibir las aguas de los techos puede adquirirse por título, por destino del padre de familia ó por la prescripción de 30 años; pero en este último caso sería al solo efecto de no deshacer los techos; una vez deshechos quedaría interrumpida, y debería contarse desde la reconstrucción.—Comp. Freitas, arts. 4243 y 4244. Goyena, art. 534. Cod. Francés, art. 681. Demolombe, XI, nos 584 y siguientes. Aubry y Rau, § 195.—Véanse arts. 2648, 3094 á 3096.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2630.—L. 2, Tit. 31, y L. 13, Tit. 32, Part. 3ª.—Cód. Italiano, art. 591—Francés, 681—Holandés. 700—de Luisiana, 694—Napolitano 602.—Pardessus, *Servidumbres*, tom. 1, nº 202.—Aubry y Rau, § 195.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

reformas que podrían causarles perjuicios, y como no se consideraba una servidumbre, se autorizó á los dueños para hacer los trabajos necesarios á fin de no recibir las goteras, siempre que las aguas continuasen cayendo en el predio donde caían. Así pues, la construcción por antigua que fuera no podrá hacer adquirir el derecho de goteras sobre el predio vecino, y el tiempo de continuar en ese estado se limitó á la duración del edificio; por eso dijo el **art 2631**: *cuando por la costumbre del pueblo, los edificios se hallen construídos de manera que las goteras de una parte de los tejados caigan sobre el suelo ajeno, el dueño del suelo no tiene derecho para impedirlo;* y se agregó, *una construcción semejante no importa una servidumbre del predio que recibe las goteras, y el dueño de él puede hacer construcciones sobre la pared divisoria que priven el goteraje del predio vecino, pero con la obligación de hacer las obras necesarias para que el agua caiga en el predio en que antes caían.*

Una vez que la construcción antigua fuera transformada ó reedificada, los techos deberán hacerse de modo que no continúen

---

(**Art. 2631.**) La ley reconoce el hecho que no puede modificar sin herir los intereses de los dueños de los edificios ya construidos; pero declara que ese hecho no importa una servidumbre. Habría sido más cierto y científico decir, esa servidumbre adquirida por el uso ó la prescripción, deja de existir cuando el edificio fuera reconstruído; pues no hay razón para negar que la servidumbre de goteras que es aparente y continua, puede adquirirse por la prescripción de treinta años, y como en el caso de los árboles, ella se interrumpa desde el momento que desaparezca el edificio.—Comp. FREITAS, arts. 4245 y 4246.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2631. — Cuando por las costumbres de Roma era permitido al vecino echar las goteras de su tejado sobre el terreno ajeno, era preciso, para privarle de este derecho, una servidumbre convencional, *stillicidi non avertendi.* Si por las costumbres de otros pueblos no podía el vecino echar las goteras de su tejado sobre el suelo ajeno, para tener el derecho de hacerlo, era también preciso una servidumbre convencional. La Ley de Partida pone como necesaria la convención entre los vecinos, *para que una casa tenga la servidumbre de recibir el agua de los tejados de la otra que vengan por canal ó por caño, ó de otra guisa.*—L. 2, Tit. 31, Part. 3ª.—En los pueblos de la República, por la construcción de las casas, que concluyen en dos planos inclinados, ha habido la costumbre de echar sobre el terreno vecino, las goteras de los tejados, sin constituirse por esto una servidumbre.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cayendo las aguas en el fundo vecino; así es que el propietario que las recibía podría oponerse á la renovación de los techos en la forma en que están; pero no á su compostura y conservación.

§ 739. — De las aguas pluviales, de fuentes, de pozos ó servidas. — *(Continuación)*

Las facultades que confiere la propiedad (que no deben considerarse como absolutas) tienen su límite en el derecho de los demás para no ser invadidos en los propios. Un propietario puede hacer en su terreno toda clase de trabajos que no perjudiquen á los vecinos; así, tiene derecho para recoger las aguas que cayeren sobre su terreno ó vinieren de los fundos vecinos ó de los pozos que hubiere hecho; pero desde el momento que esas aguas salgan de su terreno, debe cuidar que no vayan sobre los ajenos causándoles perjuicios.

Por esa razón, *el propietario de una heredad por ningún trabajo ú obra puede hacer correr por el fundo vecino las aguas de pozos que él tenga en su heredad, ni las del servicio de su casa, salvo lo que en adelante se dispone sobre las aguas naturales ó artificiales que hubiesen sido llevadas, ó sacadas allí para las necesidades de establecimientos industriales* (**art. 2632**); es decir que, *los terre-*

(**Art. 2632.**) El principio dominante en esta materia, es que los terrenos inferiores están sujetos á recibir las aguas que descienden naturalmente de los superiores, sin que la mano del hombre haya intervenido, entendiéndose que son las pluviales, (con excepción de las de los techos), las de fuentes naturales, y las de los deshielos, y las aguas que corren del terreno superior hacia el inferior, si fueren de las recogidas ó embalsadas por éste, ó provenientes de fuentes ó pozos artificiales que por su abundancia no se pudieran contener, deberá recibirlas pagándole los perjuicios que le causaren. Este artículo debe armonizarse con los 2648, 2650 y 3097.

El propietario del fundo superior no puede hacer trabajos que den por resultado conducir las aguas al terreno inferior; y el dueño de éste puede hacerlos destruir. No es necesario que los fundos estén contiguos; porque si el vecino inmediato no reclamase puede hacerlo el que recibe las aguas indebidamente aunque pasaren por diferentes propiedades; lo

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nos inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente descienden de los terrenos superiores, sin que para eso hubiese contribuído el trabajo del hombre (**art. 2647**), como en el caso del

---

mismo sucederá si estuvieran separadas por la vía pública. Si el terreno inferior estuviera cerrado por muros de modo que impidiera correr las aguas, debe permitirse al propietario del superior el hacer las troneras necesarias á fin de que éstas corran.—DEMOLOMBE, XI, nos 20 y siguientes. AUBRY y RAU, § 195, texto á las notas 1 y 2. FREITAS, art. 4253, nº 1.—Véanse arts. 2633, 2647, 2648, 2650 y 3097.

(**Art. 2647.**) El principio general es que el terreno inferior está obligado á recibir las aguas que sin el trabajo del hombre desciendan del terreno superior. Natural debe ser el descenso de las aguas; así como su producción, por eso no está obligado á recibir, las de los techos que caigan en su propio terreno y que no puede dirigir sobre el inferior sino sobre la vía pública. Estas aguas que debía recibir su terreno y absorber en gran parte, habrían llegado en menor cantidad y sin violencia al terreno inferior, mientras recogidas por los techos, son lanzadas con fuerza sobre el terreno vecino; por esa razón debe arrojarlas sobre su propio terreno ó hacerlas salir á la vía pública. ¿La obligación de recibir las aguas es una servidumbre? Creo que no, y he demostrado en los arts. 2611 y 2628 que el límite puesto al dominio de cada uno para que no perjudique el derecho de los demás, no es una servidumbre, sino la única manera de que los hombres puedan hacer uso de sus derechos sin colisiones de ninguna especie. La propiedad no confiere derechos absolutos, porque estos no pueden existir en la sociedad; todos tienen su limitación sin que se destruyan, permaneciendo idénticos; sucede lo mismo con relación á las personas, cuya libertad está limitada por la de los demás, sin que esto importe servidumbre de los unos hacia los otros.

En los desagües hay un interés general, porque si cada uno tuviera derecho para impedirlos, sería causa de inundaciones que harían daño á todos; eso en nada impide que cada propietario embalse las aguas que entran en su terreno, ni que lo rodee de muros, siempre que deje por donde correr la que no necesita; nadie tiene derecho á inundar su propio terreno, cuando esa inundación se debe extender á los demás colindantes; como nadie tiene derecho á quemar su casa, cuando está unida

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2632.—Duranton, tom. 5, nº 154.—Pardessus, tom. 1, nº 82.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

agua de las lluvias, de los arroyos ó fuentes naturales; pero *lo dispuesto en el artículo anterior, no comprende las aguas subterráneas que salen al exterior por algún trabajo del arte; ni las aguas pluviales caídas de los techos, ó de los depósitos en que hubiesen sido recogidas, ni las aguas servidas que se hubiesen empleado en la limpieza doméstica ó en trabajos de fábricas, salvo cuando fuesen mezcladas con el agua de lluvia* (**art. 2648**), y corriesen del terreno superior al inferior, con excepción del art. 3097.

á la del vecino, sin que por eso se pueda decir que en tal limitación hay una servidumbre. Es por esta razón que el dueño del terreno superior no podría transformar su campo en un estanque y hacer correr las aguas sobre los inferiores, á menos de ser llevadas por la pendiente natural del terreno.—Comp. Cód. Francés, art. 640. Aubry y Rau, § 195. Demolombe, XI, nos 16 y sigs. Goyena, art. 484. Freitas, art. 4251, y l. l. 1 y 2, tít. 3, lib. 39, Dig.—Véanse arts. 2632, 2634, 2648 á 2652, 3082 y 3097.

(**Art. 2648.**) La obligación de los fundos inferiores de recibir las aguas de los superiores sin indemnización alguna, reconoce las excepciones que vamos á explicar, salvo los casos de los arts. 2650 y 3097, en que se les abonará indemnización por los perjuicios. Las aguas subterráneas que salen al exterior por el trabajo del hombre, pueden dividirse en dos categorías: ó se pueden contener en el fundo, y entonces no deben hacerse pasar al inferior, ó por su abundancia es necesario dejarlas correr, y en ese caso deberá los daños y perjuicios al propietario del inferior; lo mismo sucederá cuando las aguas hubieran sido llevadas por las necesidades del riego ó de establecimientos industriales; pero no los deberá en caso alguno, cuando las hiciera correr con las aguas pluviales. Así, pues, las aguas servidas en trabajos de fábricas ó establecimientos industriales que se hicieran correr con las pluviales, deberá recibirlas el fundo inferior sin indemnización; pero no en caso contrario; así desaparece la incongruencia notada entre este artículo y el 3097, que debe hacerse desaparecer cuando se corrija el Código. No creo que el presente se refiera únicamente á las aguas que sin establecer una corriente continua se arrojan al fundo inferior; porque habla expresamente de «las aguas subterráneas que salen al exterior por algún trabajo del

---

Fallos de la S. C. N.— Aplicación del art. 2647. — Véase fallo al art. 2620. XX, 218.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Está prohibido hacer cualquier trabajo para que las aguas salgan de su terreno y corran por el del vecino, y puede ser demandado para que las haga salir por el suyo hasta la vía pública; pero *los dueños de los terrenos inferiores están obligados á recibir las aguas subterráneas que por trabajo del hombre salieran al exterior, como fuentes, pozos artesianos, etc., cuando no sea posible por su abundancia contenerlas en el terreno superior, satisfaciéndose-*

---

arte», lo que claramente se refiere á pozos artesianos ó fuentes artificiales, y el art. 3097 comprende «las aguas naturales y artificiales, que corran de los terrenos superiores»; expresión que abraza por su generalidad toda clase de aguas, y por consiguiente entra en lo dispuesto en este artículo y el 2650, con la diferencia indicada. Si, pues el dueño del terreno superior hubiera hecho fuente ó pozo artesiano, ó hiciere entrar agua de un río para las necesidades de su establecimiento puede hacerla correr por el inferior pagando indemnización; nada deberá cuando corrieran con el agua de lluvia.

No está obligado el fundo inferior á recibir las aguas pluviales caídas de los techos; porque debiendo éstas filtrarse y evaporarse en el fundo superior, el dueño de éste lo ha impedido recogiéndolas en los techos con la construcción hecha. Por la misma razón si hubiere embalsado agua que empleara en trabajos de fábrica, podría hacerlas correr por el terreno inferior pagando los daños que causare, á menos de mezclarlas con las pluviales. Este artículo no habla de la servidumbre de acueducto, como algunos lo han creído, pues trata de la distribución de las aguas que se tienen en el fundo superior, y no de la manera de llevarlas á él. —Freitas, art. 4253.

Lo que la ley entiende consagrar por este artículo y el anterior, es el resultado natural de la posesión de los lugares. Si al hacer correr las aguas del fundo superior sobre la vía pública, se entrasen en el fundo inferior, el dueño de éste puede impedirlo, haciendo trabajos para ello, desde que la vía pública se puede considerar como un terreno intermedio; pero si causare perjuicio al dueño del fundo superior, puede obligarlo á que deje pasar las aguas. — Comp. Demolombe, XI, nos 16 y siguientes. Marcadé al art. 640, nos 583 y 584. Pardessus, *Servidumbre,* nº 82. — Véanse arts. 2630 á 2634, 2650 y 3097.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2648. — Marcadé, sobre el art. 640.— Pardessus, *Servidumbre*, nº 82.—Zachariæ, § 317, nota 4.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

les una justa indemnización de los perjuicios que pueden causarle (**art. 2650**).

La obligación de recibir las aguas pluviales, que vinieren de los terrenos superiores no puede considerarse como una servidumbre, porque no sólo la prestan los terrenos contiguos al inferior, sino todos los que están más bajos, y no es en beneficio de unos y perjuicio de otros sino en beneficio común, desde que esas aguas van á alimentar los ríos ó arroyos, y su corriente impide las inundaciones.

Si el propietario del terreno superior hubiese reunido ó embalsado las aguas de lluvia que debían correr por los fundos inferiores, no podrá lanzarlas sobre éstos, una vez que las hubiere empleado en sus necesidades, á menos que vengan mezcladas con aguas pluviales; es decir, en los momentos de lluvia.

Así es que el *propietario* (de un fundo superior) *está obligado en todas circunstancias á tomar las medidas necesarias para hacer correr las aguas que no sean pluviales ó de fuentes, sobre terrenos que le pertenezcan ó sobre la vía pública* (**art. 2633**), y por con-

---

(**Art. 2650.**) Ante la imposibilidad de contener las aguas que se han hecho surgir, lo que habría sido justo es volver las cosas á su estado natural; pero la limitación hubiera sido muy grande, y es preferible permitir que los terrenos inferiores las reciban, haciendo pagar á sus dueños los perjuicios causados, teniendo en cuenta los beneficios que pueden obtener; pero téngase entendido que sólo puede hacerlas correr, cuando fuere imposible que se pierdan en su propio terreno. La indemnización debe compensar el perjuicio con el beneficio que reciba, y sólo cuando aquel exceda á éste debe pagarle en lo que excediese. — AUBRY y RAU, § 240, texto y nota 8. MARCADÉ al art. 640. — Véanse arts. 2583, 2650, 3097.

(**Art. 2633.**) La regla del art. 2647 comprende el presente, pues es una repetición menos amplia de aquel, que se refiere á toda clase de aguas, y por eso hace la excepción del art. 2648. Como se dijo allí, si las aguas pluviales provenían de los techos, el terreno inferior no está obligado á recibirlas, y deben salir á la vía pública ó quedar en el mismo te-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2650.—Aubry y Rau, § 240 y la larga nota n° 8.—Zachariæ, § 317, nota 4.—Marcadé, sobre el art. 640.—Pardessus, n° 82.—En contra Duranton, tom. 5, n° 166.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

siguiente, *el propietario de una heredad no puede por medio de un cambio que haga en el nivel de su terreno, dirigir sobre el fundo vecino las aguas pluviales que caían en su heredad* (**art. 2634**).

Las aguas pluviales pertenecen á los dueños de las heredades donde cayesen, ó donde entrasen, y les es libre de disponer de ellas, ó desviarlas, sin detrimento de los terrenos inferiores (**art. 2635**);

---

rreno; aunque por equidad se las debe admitir, si corriendo por el terreno superior para pasar al inferior no aumentara sensiblemente su volumen. Cuando se dice, el dueño del terreno superior debe hacer correr las aguas que no sean pluviales ó de fuentes naturales, por su propio fundo, se entiende que es para encerrarlas en él, ó hacer que corran á la vía pública.—Comp. AUBRY y RAU, § 195, texto después de la nota 4. DEMOLOMBE, XI, nº 24. FREITAS, art. 4252.—Véanse arts. 2630, 2634, 2647, 2648 y 2653.

(**Art. 2634.**) Esto no importa privar al dueño que pueda hacer trabajos para elevar su terreno, obligándolo á que lo tenga en el mismo estado, siempre que no impida á las aguas que corran como antes, llevando á la vía pública la que acostumbraba á recibir su terreno, y no arrojando las suyas sobre el del vecino, que no las recibía antes. Cualquier trabajo de terraplenamiento debe dejar las cosas como antes estaban respecto de la corriente de las aguas; si él las recibía de un terreno superior pasando del suyo á otro inferior, y si por el cambio hecho no puede efectuarse, debe hacerlas salir á la vía pública por su propio terreno; pero podrá dejar correr las aguas de su terreno si el del vecino las recibía antes del levantamiento. El presente artículo comprende sólo las aguas pluviales, pero están en el mismo caso las de los arroyos ó de fuentes naturales. — Comp. AUBRY y RAU, § 195, texto á la nota 3.—Véanse arts. 2632, 2647 y 2650.

(**Art. 2635.**) Las aguas pluviales están en el mismo caso que las de fuentes nacidas en terrenos propios; pertenecen á los dueños de los terrenos donde caen, sin que los vecinos puedan quejarse por ser privados de ellas, aunque las hubiera dejado correr el dueño del terreno superior por más de 30 años; no se puede adquirir este derecho sino por título. Cuando las desviara, no podrá darles otra dirección que la que antes tenían, á menos de hacerlo para la vía pública. No puede dirigirlas hacia terrenos que antes no las recibían. Cuando las desviara haciéndolas correr sobre los mismos terrenos inferiores, no debe perjudicarlos, y si hubiere reclamos, el juez decidirá (oyendo á los peritos) el lugar por donde

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y aun hacer trabajos para hacerlas correr hacia otros lugares donde no causen perjuicio, pues es un derecho concedido, así dice el **art. 2636**: *todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos, ó que corran por lugares públicos, aunque sea desviando su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido;* lo mismo debe decirse de las aguas que

---

deben hacerse correr, porque no es lo mismo recibirlas en toda la extensión del terreno que por uno ó dos lugares determinados. Las aguas pluviales no son en realidad de persona alguna, y el dueño del terreno donde caen puede apropiárselas; si él no lo hace puede tomarla el del inferior por donde corren. La adquisición se hace inmediatamente por la detención en su propio terreno. Freitas, art. 4270, agrega con más exactitud: «á no haber derechos adquiridos en contrario»; porque si el dueño del terreno superior se ha obligado á dejarlas correr sobre el inferior, es evidente que no podría detenerlas. — Comp. Zachariæ, § 318, texto y nota 2.

Todos estos artículos sufren las modificaciones consiguientes, cuando se trata de ciudades, según las ordenanzas locales; pero no pueden derogar al Código Civil.

(**Art. 2636.**) Las aguas pluviales que caen sobre lugares públicos no son susceptibles de propiedad privada en el mismo lugar, en el sentido de que pertenecen á todos; pero pueden serlo una vez que se las hace correr y se las recoge en un terreno de propiedad particular. Como todos pueden reunir esas aguas y dirigirlas para sus fundos, del mismo modo pueden tomarlas en el lugar público donde han caído. La administración pública no puede hacerlas objeto de un contrato que prive á los ribereños de hacer ir esas aguas sobre sus terrenos. En las ciudades donde hubiere obras de salubridad, sería dudoso que los vecinos pudieran desviar las aguas de las calles públicas que deben ir á los canales destinados á recibirlas. El derecho de recoger las aguas que caen sobre la vía pública no se puede perder por prescripción, de modo que si el dueño de un fundo inferior ha hecho trabajos para recogerlas, y las ha recibido durante 30 años, eso no impedirá al dueño del fundo superior el hacer idénticos trabajos y recogerlas en el suyo; pero no podrá hacerlo si hubiere mediado contrato en que se obligase á no usar de ese derecho. — Comp. Freitas, art. 4271. Zachariæ, § 318, nota 2. Massé y Verger,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2635.—Véase Zachariæ, § 318, nota 2.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

broten en su propio terreno, y que corriesen por los inferiores; porque *el simple hecho de correr por los terrenos inferiores, no da á los dueños de éstos, derecho alguno; pero si ellas fuesen el principal alimento de un río, ó fuesen necesarias á algún pueblo, están sujetas á expropiación por utilidad pública* (**art. 2637**, 2ª parte), así es que, *las aguas que broten en los terrenos privados, pertenecen á los dueños de éstos, y pueden libremente usar de ellas, y mudar su dirección natural* (**art. 2637**, 1ª parte);

---

en la nota 6 estudian la cuestión de prescripción bajo el punto de vista de las aguas de fuentes.

(Art. 2637.) Si suponemos que el agua viene de una fuente ó de un pozo artesiano, ambos provenientes del trabajo del hombre, no hay la menor dificultad en acordar la propiedad absoluta al dueño del terreno en que se encuentra; pero si es una fuente natural que nace en el terreno y sirve de alimento á algún río, varía de especie, no en cuanto á la propiedad que continúa siendo la misma, sino en cuanto al uso absoluto de las aguas, y más aun si fueran necesarias á algún pueblo; en ese caso estarán sujetas á expropiación; pero mientras esta no se efectúe, el dueño podrá mudar la dirección de su corriente; lo que me parece muy avanzado, tratándose de poblaciones que necesitan de esa agua; pero así dice el artículo. Es más justa la disposición del Cód. Francés, art. 643, que prohibe cambiar el curso de la corriente, cuando las aguas son necesarias á una comuna, villa ó caserío, dando derecho al dueño para reclamar una indemnización por el perjuicio que reciba. En ningún caso debería permitirse al propietario de una fuente natural el dejar sin agua á una población. ¿Qué es lo que puede expropiarse, las fuentes ó las aguas? ¿A cargo de quién debe ser la expropiación? No es la fuente que produce las aguas la que está sujeta á expropiación, porque entonces le privarán al dueño del terreno superior del uso de la que necesita. Lo que se debe expropiar, ó más bien dicho restringir, es el derecho de cambiar el curso del agua, creando de esta manera una servidumbre en favor de los fundos inferiores, y á cargo del superior. Los que necesitan del agua son los que deben usar del derecho de expropiación. Algunos han creído que se trataba de una servidumbre de acueducto, sujeta á lo dispuesto en los arts. 3082 á 3092, y le aplican sus disposiciones. El presente habla por

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2636.—Troplong, *Prescrip.*, nº 147.—Duranton, tom. 5, nº 159.—Zachariæ, § 318 nota 6.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACION JURIDICA

pero el derecho de cambiar el curso de estas aguas ó el de usarlas como mejor le conviniere, por eso dice el **art. 2638**: *el propietario de una fuente que deja correr las aguas de ella sobre los fundos inferiores, no puede emplearlas en un uso que las haga perjudiciales á las propiedades inferiores.*

Se puede hacer esta distinción: si las aguas son de fuentes naturales, ó producidas por el trabajo del hombre; en el primer caso, los dueños de los terrenos inferiores están obligados á recibirlas

---

el contrario de aguas que brotan en un terreno superior y que pasan por los inferiores derramándose; mientras en el acueducto las aguas son traídas de los fundos superiores hacia los inferiores que las necesitan. Así, las aguas que pasaban naturalmente por el fundo inferior, pueden ser arrojadas por el del superior á la vía pública, sin que esto prive de derecho alguno al dueño del inferior, á menos de habérselo asegurado por contrato. Al mudar la dirección natural de las aguas debe cuidar de no causar perjuicio al fundo inferior, pues su derecho está limitado por el de éste, que sólo debe recibir las que vengan naturalmente.

En derecho francés se permite expresamente prescribir el uso del agua; en el nuestro, por el contrario, se declara que el hecho de correr las aguas por un fundo no da derecho alguno, luego no se puede prescribir, pero sí obtener por contrato, como se ha dicho. — Comp. TOULLER, III, nº 131. PARDESSUS, *Serv.* nº 138. DURANTON, V, nºs 174 y 191. AUBRY y RAU, § 194, texto y nota 18. ZACHARIÆ, § 318. GOYENA, art. 525 y FREITAS, arts. 4259 á 4261. — Véanse arts. 2340, nº 3, 2350, 2511, 2611, 2620 y 2638.

(**Art. 2638.**) Serán cuestiones de hecho que se resolverán según cada caso; porque no se puede impedir al dueño de la fuente que use el agua en sus servicios domésticos, y aun en las fábricas, siempre que las esterilice y las haga inofensivas, pero pagará el perjuicio que causare. El dueño del terreno inferior no tiene derecho de exigir que pasen tal cual vienen de la fuente; basta que no le causen perjuicios. — MASSÉ y VERGER, en la nota al § 318 de ZACHARIÆ, de donde fué tomado el artículo, dicen: «no pueden corromperlas ni emplearlas en usos que las hagan perjudiciales». — Véanse arts. 2632, 2648 y 2653.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2637. — Zachariæ, § 318, nota 1. — Toullier, tom. 3, nºs 131 y siguientes. — Duranton, tom. 5, nº 174, y véase L. 1, Tít. 28, Part. 3ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2638. — Zachariæ, § 318, nota 1.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sin indemnización alguna, pero el dueño del terreno superior no puede emplearlas en la limpieza doméstica, porque nadie tiene derecho de hacer correr al fundo vecino el agua servida, sin indemnización alguna; en el segundo, deberá pagar los perjuicios que causare, compensándose con los beneficios que pueda producir al terreno inferior con arreglo al art. 2650.

Y así como los terrenos inferiores deben recibir de los superiores las aguas pluviales que corren naturalmente, sin indemnización alguna, *están igualmente obligados los terrenos inferiores á recibir las arenas y piedras que arrastraren en su curso las aguas pluviales, sin que puedan reclamarlas los propietarios de los terrenos superiores* (**art. 2649**), entendiéndose que son las que forman el terreno superior, sin comprender los depósitos que el propietario tuviera sobre el terreno con objetos de edificación ó de venta, pues entonces puede reclamarlas, siempre que no se hubieren adherido definitivamente y no fueran adquiridas por avulsión.

§ 740. — De las aguas de los ríos

Se ha tratado de los servicios que prestan los terrenos inferioriores recibiendo de los superiores las aguas pluviales ó de fuen-

---

(**Art. 2649.**) Se trata, no de la manera de adquirir el dominio de las cosas, sino de las restricciones que la vecindad impone á ese mismo dominio. El dueño del terreno inferior debe recibir las piedras y arenas del superior que vengan arrastradas por las aguas pluviales, pero no por las de fuentes artificiales. No adquiere la propiedad de ellas sino cuando se han adherido al suelo y forman parte de él; estando separadas pueden reclamarse dentro de seis meses. Estos principios no pueden ser aplicados á los materiales que el viento y demás fuerzas naturales llevaran á los otros terrenos, sino en cuanto los dueños de los objetos no son responsables de los daños y perjuicios que causaren en las propiedades vecinas; pero podrán reclamarlos como objetos perdidos, siempre que pudieran distinguirse en su individualidad.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2649.—Marcadé, sobre el art. 640.—Zachariæ, la cita anterior.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tes naturales ó artificiales, estableciendo cuándo deben pagar indemnización los dueños de los terrenos superiores y cuándo no. Ahora vamos á hablar de los ríos.

Las ventajas y comodidades que presentan las comunicaciones por agua son tan grandes, que no se debe dejar en la mano de los particulares el derecho de dificultarlas ó interrumpirlas; por eso el legislador ha declarado del dominio público los ríos navegables y sus playas, y siguiendo en esta corriente peligrosa lo lleva á declarar de utilidad pública y apropiarse sin indemnización lo que pertenece á los particulares, y que puede aceptarse porque se trata del bien general, y ha ido hasta imponer, en el **art. 2639**, 1ª parte, diciendo: *los propietarios limítrofes con los ríos ó con canales que sirven á la comunicación por agua, están obligados á dejar una calle ó camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, ó del canal, sin ninguna indemnización;* obligación que importa una confiscación prohibida por la Constitución Nacional. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de espropiación y previa indemnización.

Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio (el de 35 metros) *ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna* (**art. 2639**, 2ª parte), porque habiendo salido del dominio privado, debe considerarse como un camino público.

(**Art. 2639.**) Freitas, art. 328, nº 4, declara cosas públicas, los ríos navegables y sus brazos y también sus márgenes, en cuanto al uso necesario para la navegación, «salvo los derechos de propiedad particular ya adquiridos» parte que nuestro art. 2340, nº 3, suprimió; pero debemos considerarla como existente, pues la constitución nacional garante la propiedad, declarando que nadie puede ser privado de ella sinó por causa de utilidad pública y mediante la indemnización respectiva. Si la venta ó donación del Estado á los particulares comprendía una zona de terreno con sus ríos y arroyos, el Estado no puede volver á tomarlos sin pagar lo que valieren. Es cierto que nadie puede adquirir derechos irrevocables contra leyes de orden público; pero esto no autoriza á tomar esos derechos sin justa indemnización. Este artículo no puede aplicarse sin mengua del constitucional que garante la propiedad; algunos lo defienden dando por razón que la ribera de los ríos navegables pertenecen al

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Y de tanta importancia se ha juzgado el camino que se manda dejar á la orilla de los ríos navegables, que se ha limitado la facultad de las Municipalidades, para que no puedan disminuirlo por sus ordenanzas en menos de quince metros; de modo que, *si el río, ó canal atravesare alguna ciudad ó población, se podrá modificar por la respectiva Municipalidad, el ancho de la calle pública, no pudiendo dejarla de menos de quince metros* (**art. 2640**).

Estado, y aunque la palabra ribera se refiere á la línea hasta donde llegan las más altas aguas en el estado ordinario, no sería aplicable al caso, y si la tomamos por extensión al terreno desocupado que forma playa, preguntaríamos ¿por qué serían privados los particulares de este derecho sin indemnización? Caeríamos en un círculo vicioso, porque si no tiene derecho para declarar de uso público lo que es de los particulares, en uno y otro caso hay una confiscación. Tampoco soy de opinión de que el artículo viene á fijar lo que se entiende por playa de un río navegable; porque en el sentido del Código, los ríos no tienen generalmente playas, desde que no hay flujo y reflujo que hagan avanzar y descender sus olas. El art. 2577, da una idea más completa de lo que se entiende por playa de un río. El presente habla de los ríos ó canales que sirven á la comunicación por agua; es decir de los navegables. En donde se puede comprender lo injusto de la proposición contenida en el artículo es suponiendo que dentro de la línea de los 35 metros hubiera construcciones, casas, etc., á la vigencia del Código: ¿Sería el propietario desposeído de ellas? Si como sucede en el río Paraná encajonado por altas barrancas donde el agua corre ordinariamente al pie de las mismas; ¿el ribereño tendría que dejar los 35 metros á contar desde la orilla de la barranca en tierra firme? Todo esto demuestra que la disposición no puede ser aceptada en principio. Freitas, art. 4160, reconoce el aluvión en los ríos navegables en favor de los particulares.—Comp. GOYENA, art. 490 y LAURENT, VI, nos 8 y sig.—Véanse arts. 2340, nº 3, 2574, 2575, 2577 y 2640.

(**Art. 2640.**) Es una restricción impuesta á los Municipios, quienes podrán aumentar el ancho de la calle previa la declaración de la ley, de

---

Fallos de la S. C. N.— Aplicación del art. 2639. — Lo dispuesto por el artículo 2094 del Cód. Civil, que supone la privación de propiedad, no es aplicable á la restricción establecida por el artículo 2639 de dicho Código, que no importa tal privación, sino sólo una carga, conocida por todos por ser impuesta por la ley. XLIII, 403.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Siendo las aguas de los ríos de uso público se debe hacer esta distinción en cuanto á la manera de usarlas: *si los ríos fueren navegables, está prohibido el uso de sus aguas, que de cualquier modo estorbe ó perjudique la navegación, ó el libre paso de cualquier objeto de transporte fluvial* (**art. 2641**); si los ríos no fueran navegables, *ni con licencia del Estado, Provincia ó Municipalidad, podrá ningún ribereño, sin consentimiento de los otros propietarios ribereños, represar las aguas de los ríos ó arroyos, de manera que las alcen fuera de los límites de su propiedad, haciendo más profundo el río ó arroyo en la parte superior, ó que inunden las inferiores; ni detener las aguas de manera que los vecinos queden privados de ellas* (**art. 2645**), sin embargo, puede hacerlas correr por su

---

que es expropiable por causa de utilidad pública, y pagando la indemnización correspondiente. Nos parecen inconvenientes estos detalles á que no debía descender un Código general. Hay demasiada reglamentación; debió dejarlas al derecho administrativo.

(**Art. 2641.**) Las aguas de los ríos son del dominio público y su uso está concedido á todos; de modo que no está fuera de lugar reglamentar y restringir un derecho que expresamente se ha reconocido. Aquí se trata de ríos navegables, mientras el art. 2642 comprende también á los que no lo son. Freitas, art. 4262, nº 3, agrega: ó que perjudique á los otros ribereños superiores ó inferiores, y así debemos entenderlo.—Comp. Goyena, art. 490. Cód. de Chile, art. 835. — Véanse arts. 2340, nºs 3 y 2341.

(**Art. 2645.**) Cuando se trate de ríos navegables la licencia debe ser dada por la Nación; pero lleva implícita la condición de no perjudicar á los ribereños. Si el río no es navegable corresponde á la Provincia. Si el río pasa por una ciudad, corresponde esa licencia á la municipalidad. No se necesitará, pues, del consentimiento de los propietarios ribereños, cuando la concesión disminuyera las aguas, á menos que las que corriesen no fueran bastantes para los servicios que antes prestaban. El artículo sólo da como límite del derecho de los ribereños, el que no fueren privados de las aguas; pero es justo que no permita alterar la fuerza de la corriente cuando ella es empleada para establecimientos industriales ó fabriles, en que esa fuerza sea el principal elemento. Freitas, art. 4264, nº 1, dice: «cada ribereño podrá usar de las aguas, con tal que no las absorba ni disminuya la parte á que los ribereños tienen derecho», y así debemos

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

terreno por medio de represas, siempre que no prive á los demás de las aguas; pero *ni con la licencia del Estado, Provincia ó Municipalidad, podrá ningún ribereño extender sus diques de represas más allá del medio del río ó arroyo* (**art. 2646**), disposición que no se debe entender á la letra, sino refiriéndose á ciertos ríos.

Nuestro Código, partiendo de un poder central que va hasta

---

considerarlo. No sería justo conceder un privilegio en perjuicio de los otros.—Véanse arts. 2341, 2579, 2580, 2642, 2646, 2651 y 2652.

(**Art. 2646.**) Esta disposición tomada de Freitas, art. 4264, nº 2, se puede sólo aplicar á ríos de cierta importancia, con un caudal de agua suficiente para surtirse con represas hasta su mitad; pero cuando se trata de arroyos que son especie de torrentes alimentados por las aguas pluviales de las sierras ó por los deshielos, la disposición literal del artículo no se podría aplicar. Las represas se hacen en estos casos en toda la extensión del río, levantando á cierta altura las aguas y haciéndoles una boca de toma en una de las partes, que se mantiene cerrada mientras no se necesitan las aguas, y abriendo la compuerta para que entren en el terreno más bajo; así es como se conducen las aguas por medio de zanjas; pero en los ríos de bastante agua, bastará hacer obras hasta la mitad, atajándolas y embalsándolas por medio de una pared perpendicular á las de la represa, levantando en medio del río, de una manera que divida la corriente en dos partes. En ciertas provincias, y tratándose de arroyos de poca importancia, no se pueden represar las aguas sino haciendo diques en todo el ancho del río, y hasta el presente las autoridades de provincia los han autorizado y aun ejecutado de esa manera. La provincia de Córdoba ha hecho una obra de gran importancia; el dique de San Roque, embalsando todas las aguas del Río Segundo y el Cosquín.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2645.—L. 13, Tít. 32, Part. 3ª.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2645.—Ninguno de los propietarios ribereños tiene el uso exclusivo de ellas, ni un derecho absoluto de propiedad sobre el río.

El uso y goce común de las aguas está sujeto á las restricciones que establezcan las ordenanzas generales ó locales de la administración. XVI, 258.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2646.—LL. 13 y 14, Tít. 32, Part. 3ª.—LL. 1 y 2, Tít. 3, Lib. 39, Dig. — Cód. Francés, art. 640 — Napolitano, 562—de Luisiana, 656.—Zachariæ, § 317. — Vazeille, *Prescripción,* nº 400. — Duranton, tom. 5, nº 153.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

monopolizar derechos de particulares, ha puesto en la mano del Estado la facultad de autorizar el cambio del curso natural de los ríos, pero *es prohibido á los ribereños sin concesión especial de la autoridad competente, mudar el curso natural de las aguas, cavar el lecho de ellas, ó sacarlas de cualquier modo y en cualquier volumen para sus terrenos* (**art. 2642**); y cuando se hiciera la concesión no debe privar á los ribereños de esas aguas, pues, el art. 2645 lo prohibe en absoluto. Las concesiones hechas por el Estado se entiende que deben ser para cavar el lecho de los ríos y sacar las aguas necesarias, sin privar á los ribereños del derecho precioso de tenerlas como límites de sus terrenos y poderlas emplear en sus necesidades.

Los ribereños tienen derecho de hacer los trabajos necesarios para restablecer el río en su primitivo estado, por eso dice el

---

(**Art. 2642.**) Este artículo está limitado por el 2645, de modo que al mudar el curso del río no se prive á los ribereños de las aguas que antes tenían. Se aplicará á los ríos poco caudalosos en que se pueden hacer brazos artificiales para llevarlos por otros terrenos y hacerlos volver al mismo río ó que desagüe en otro próximo, de modo que disminuye el volumen de sus aguas. Se debe tener en cuenta que cualquier concesión que diera por resultado inundar los terrenos limítrofes podría ser atacada y hacerla revocar.

El art. 2340, nº 3, ha declarado bienes públicos, los ríos y sus cauces *y las aguas que corren por cauces naturales;* es decir, los arroyos y cualquier otra corriente de agua; ahora bien, el art. 2341, concede á los particulares sin distinción alguna el uso y goce de los bienes públicos, sujetándose á las disposiciones del Código y á las ordenanzas locales; luego no puede haber duda que no se necesita ser ribereño para usar de esas aguas, y si se tuviera autoridad para llevar parte de ellas á los terrenos inferiores, está el art. 3082, que establece la servidumbre legal de acueducto que deben prestar los terrenos superiores. No creo, pues, que ningún ribereño pueda pretender un privilegio sobre las aguas que son de uso público, pues tal pretensión importaría un monopolio del agua, que precisamente se ha declarado de uso público, porque su distribución no debe estar en la mano de los particulares. No se debe confundir la servidumbre de acueducto, con la obligación de recibir las aguas de los fundos superiores.—Comp. FREITAS, art. 4262, nº 2. GOYENA, arts. 493 y 494.—Véanse arts. 2340, nº 3, 2341, 2579, 2645.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

art. 2643: *si las aguas de los ríos se estancasen, corriesen más lentas ó impetuosas, ó torciesen su curso natural, los ribereños á quienes tales alteraciones perjudiquen, podrán remover los obstáculos, construir obras defensivas, ó reparar las destruidas con el fin de que las aguas se restituyan á su estado anterior*; pero tales obras no deben dar por resultado alterar las condiciones en que el río corría anteriormente.

Si (las alteraciones) *fueren motivadas por culpa de alguno de los ribereños, que hiciese obra perjudicial, ó destruyese las obras defensivas, los gastos serán pagados por él, á más de la indemniza-*

(**Art. 2643.**) Freitas, art. 4263, de donde se ha tomado el artículo, se refiere á ríos no navegables, que declara formar parte integrante del terreno por donde corren; pero como el Código en el art. 2340, nº 3, ha declarado que todos los ríos (en cuanto forman una corriente de agua) son bienes públicos del Estado general ó particular, resulta de ahí que el artículo debe aplicarse á toda clase de ríos. En cuanto á las causas porque los ríos pudieran cambiar de curso ó estancarse, pueden ser de tres clases: 1°, cuando se ignorase quién hizo los trabajos, ó quién obstruyó la corriente; 2°, cuando por caso fortuito ó fuerza mayor viniera á obstruirse el cauce de un río á consecuencia de la avulsión; 3°, cuando fuera por obra de los ribereños ó de cualquiera otra persona. Del primer caso habla el presente artículo y de los otros dos el 2644. Freitas, art. 4263, nº 2, se refiere al segundo caso, y ordena que los gastos se paguen á prorrata entre los ribereños que participaren de los beneficios, mientras nuestro Código los declara á costa del Estado general ó particular; eso es lo que ha inducido á algunos en el error de creer, que los ribereños beneficiados por las obras deben contribuir á los gastos necesarios para restablecer la corriente. No existe tal obligación, y el que fuere privado de ventajas á consecuencia de cualquier causa de que no pudiera responsabilizarse á un tercero, podrá hacer á su costa las obras. Cuando la Provincia tuviera la obligación, porque el río no fuera navegable y se obstruyese por casos fortuitos, podrá ser demandada ante la Corte Suprema para que practique los trabajos.—Comp. FREITAS, l. c. GOYENA, arts. 485 y 486, l. 2, tít. 3, lib. 39, Dig.—Véanse arts. 2579, 2580 y 2644.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2643.—L. 15, Tít. 32, Part. 3ª.—L. 2, Tít. 3, Lib. 39, Dig.

Infojus SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ción del daño (**art. 2644**, 2ª parte), de modo que se desharán á su costa, si no prefiere él mismo deshacerlas y restituir las cosas á su primitivo estado.

Si tales alteraciones fueren motivadas por caso fortuito, ó fuerza mayor, corresponden al Estado ó Provincia los gastos necesarios para volver las aguas á su estado anterior (**art. 2644**, 1ª parte), porque siendo los ríos de uso público y correspondiendo su propiedad á la Nación cuando son navegables, ella debe restablecerlos, si no son navegables corresponderá á la Provincia. Si el Estado no hiciera los trabajos, los ribereños pueden ejecutarlos, con tal que tengan por objeto restablecer las cosas á su estado anterior.

Cuando son ríos navegables pertenecen á la Nación y están bajo su inmediata vigilancia, sin que las provincias puedan intervenir; así, la obligación de éstas se refiere á aquellos ríos que no sean navegables, y cuya distribución de aguas les está encomendada, siendo dueños del agua cuando forma una corriente, pero no del lecho mismo en que corre.

(**Art. 2644.**) Corresponde á la Nación cuando el río sea navegable, y á la Provincia cuando no lo fuere. Entra en el caso fortuito ó de fuerza mayor el estancamiento de las aguas que proviniese de bancos de arena ó de cieno que se formasen paulatinamente en el río y que cambiaran su curso. Como la Nación no puede ser demandada, si ella no ejecutara esos trabajos, los ribereños podrán hacerlo. Freitas, art. 4263, nº 2, de donde fué tomado el nuestro, carga los gastos en este caso á los ribereños.

Cuando un tercero, sea ó no ribereño, hubiera hecho los trabajos que cambiaran la corriente ó la hiciesen más rápida, el perjudicado podrá hacer destruir por la justicia las obras hechas, y hacerse pagar los daños sufridos, ó restablecer las obras si las hubiere destruído, de manera que vuelvan las cosas á su estado anterior. — Freitas, art. 4263, nº 3. — Véanse arts. 1133, nºs 6 y 7, y 2642.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2644 y anteriores.—Las disposiciones de los articulos anteriores son muy diversas en verdad, de las de las Leyes Romanas y códigos publicados hasta ahora, porque en esos Códigos se declara que los ríos no navegables pertenecen á los ribereños, mientras que en este Código los reconocemos como del dominio comun.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 741. — DE LOS DIQUES Ó DEFENSAS. — *(Continuación)*

Cuando las aguas pluviales, de fuentes, de pozos ó de ríos desciendan naturalmente de los terrenos superiores, los dueños de los inferiores no pueden hacer ninguna clase de trabajos para impedirlo, á menos que fueran de aquellas que no están obligados á recibir.

Cuando se tratare de las aguas que los terrenos inferiores deben recibir, aun con cargo de indemnización, *el dueño del terreno inferior no puede hacer dique alguno que contenga ó haga refluir sobre el terreno superior, las aguas, arenas ó piedras, que naturalmente desciendan á él, y aunque la obra haya sido vista y conocida por el dueño del terreno superior, puede éste pedir que se destruya, sino hubiese comprendido el perjuicio que le haría, y si la obra no tuviese veinte años de existencia* (**art. 2651**); pero no le impedirá

(**Art. 2651.**) El presente artículo trata de los desagües, aplicándose á los terrenos inferiores que tienen obligación de recibir las aguas que desciendan naturalmente, y viene á decidir una de las cuestiones que dividían á los jurisconsultos franceses. Unos sostenían que el propietario del fundo superior que deja hacer una obra á la que tiene derecho de oponerse, consiente en su establecimiento, cuando la obra es permanente; los otros admitían, que si bien no tenía derecho para hacer destruir las obras hechas á su vista y paciencia, podía pedir una indemnización durante treinta años; nuestro Código da derecho para pedir la destrucción de las obras durante veinte años, conclusión que creo justa; pues el silencio ó la no oposición, no es la renuncia de un derecho; otra cosa sería si hubiera consentido expresamente, ó hubiese sido el resultado de un contrato. ¿Por qué veinte años para la prescripción? Se trata de la extinción de un derecho, de la liberación de una obligación y lo natural habría sido seguir la regla del art. 3059 que declara prescripto el derecho durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Es una disposición excepcional, que demuestra que en ciertos casos los límites puestos al dominio pueden ser objeto de estipulaciones y se pierden por la prescripción.

La obra se presume hecha por el propietario del fundo inferior ó por su orden, salvo prueba en contrario. Si otro la hubiere hecho, sin que fuera su heredero ó causa-habiente, ni tuviera título alguno, no habrá

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

hacer las obras que estime convenientes para dar paso á las aguas con el menor perjuicio para su terreno, siempre que no cambie su curso, cuando fuere un río ó arroyo; pero en los demás casos puede hacerlas salir á la vía pública ó embalsarlas, sin que los demás puedan impedirlo.

---

prescripción y el propietario del fundo superior podrá hacerla destruir en cualquier tiempo.

Dos condiciones exige el artículo para autorizar al dueño del predio superior á pedir se destruyan las obras: 1ª, que la obra sea vista y conocida de éste; 2ª, que no hubiese conocido el perjuicio que le hacía. Si no ha visto ni conocido la obra, la prescripción de veinte años sólo comenzará á correr desde que tuvo conocimiento. Si la obra no le causara perjuicio no tendrá derecho para pedir su destrucción; si conoció el perjuicio y no se han cumplido los veinte años puede pedir se destruya. La prohibición no importa obligar al propietario del fundo inferior que no haga obras para que el paso de las aguas le sea menos perjudicial. Así, cuando las aguas corren por todo el terreno inferior, el dueño de éste puede llenar las zanjas que éstas hicieren y cualquier obra para defenderse de los perjuicios, con tal que no haga refluir sobre el superior, las aguas, arenas ó piedras que naturalmente descienden. Si las aguas corriesen por uno ó dos puntos del terreno, no podría cambiar su curso si fuera un arroyo; pero sí, cuando fueran pluviales, con tal que no perjudique al fundo inferior haciendo más impetuosa la corriente.

En nada influirá el conocimiento del perjuicio, sino ha consentido expresamente en la obra; porque bien pudo soportarlo algunos años sin que esto le diera derecho para adquirir su liberación antes de los veinte años. Lo que se debe probar por el que pretende libertarse de la obligación impuesta por la ley, es que se ha tolerado la obra durante veinte años, desde que el dueño del fundo superior conoció su existencia. — Comp. DEMOLOMBE, XI, nos 32 y 47. AUBRY y RAU, § 240, nos 2 y 4.

Freitas, art. 4254, nº 2, autoriza al dueño del terreno superior para hacer en el inferior las obras necesarias á la conservación del curso de las aguas por donde antes pasaban, ó para restablecerlo si se hubiere cambiado, lo que nuestro art. 2644, permite, tratándose de los ríos ó arroyos. — Véanse arts. 919, 2643, 2644, 2646 y 2652.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2651.—Pothier, *Sociedad*, nº 237.—L. 1, § 10, y LL. 19 y 20, Tít. 3, Lib. 39, Dig.—Aubry y Rau, § 240, nos 2 y 4.—Zachariæ, § 317, nota 6.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando el dueño del terreno inferior no estuviere obligado á recibir las aguas del superior, art. 2632, ó si fueren las pluviales de los techos ó las servidas, en ese caso, *el que hiciere obras para impedir la entrada de aguas que su terreno no está obligado á recibir, no responderá por el daño que tales obras pudieren causar* (**art. 2652**), pues el que usa de un derecho perfecto no responde del perjuicio.

La obligación que los fundos inferiores tienen de recibir las aguas pluviales, de fuentes ó arroyos naturales, no es un servicio que un fundo presta á otro, sino un límite puesto al ejercicio del derecho de cada uno en beneficio de la comunidad, por eso, *es prohibido al dueño del terreno superior, agravar la sujeción del terreno inferior, dirigiéndo las aguas á un solo punto, ó haciendo de cualquier modo más impetuosa la corriente que pueda perjudicar al terreno inferior* (**art 2653**); pero si no causare perjuicio

---

(**Art. 2652.**) Se dijo que las restricciones al dominio no importaban una servidumbre, y por consiguiente el dueño de un terreno cuyo derecho no ha sido restringido en beneficio común ó recíproco, puede hacer las obras que quiera en su propiedad para impedir la entrada de las aguas que no deba recibir. Así, puede impedir que entren las aguas pluviales que caigan de los edificios vecinos, ó las servidas, sin cuidarse del perjuicio que causare.—Comp. FREITAS, art. 4258.—Véanse arts. 1071, 2514, 2633, 2634 y 2647.

(**Art. 2653.**) La regla es que el propietario del fundo superior no puede agravar en manera alguna al fundo inferior; por consiguiente no podrá hacer caer las aguas de una altura mayor, ni reunir en un solo punto las que se esparzan por la superficie del suelo, ni corromperlas, etc. No es necesario que el propietario del fundo inferior sea el inmediato del que hace las obras, porque si los anteriores le han consentido esos trabajos, eso no le crea derecho para hacerlos aceptar de los otros más lejanos. La limitación de no variar el estado de los lugares, no le impedirá de utilizar las aguas en su provecho, ni de embalsar las pluviales y servirse de ellas privando al vecino; ni cambiar la cultura del terreno; por ejemplo, convertir el que se destina á la agricultura, en viñedos, aunque las aguas aumentasen por esta causa, ó por construcciones que se hagan en el terreno. Estas limitaciones son recíprocas, porque el propietario del fundo inferior no puede hacer trabajos que perjudiquen

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

alguno, como en el caso de hacerlas correr por un arroyo que pasare por el terreno, podrá realizarlo, aunque el dueño del inferior necesitare de esas aguas por otro lado.

La distribución de las aguas de los ríos ó arroyos es de gran importancia en ciertas Provincias que carecen de ella, y se encuentran reglamentadas cuidadosamente por las Municipalidades ó por los gobiernos en su caso.

§ 742. — De la luz y de las vistas. — *(Continuación)*

Cada propietario debe estar garantido no sólo en el uso de los derechos anexos á la facultad de disponer de la cosa como mejor le pareciere, sino á la independencia, libertad y tranquilidad con que debe gozar de ella, y es con este objeto que se han impuesto en beneficio común ciertas restricciones al condómino de un muro medianero, al dueño de una pared ó de un edificio contiguo para practicar aberturas en la pared, á fin de proporcionarse luz, ó tener vistas sobre la propiedad vecina.

Las aberturas que se hicieren sobre el fundo vecino pueden tener dos objetos: proporcionar luz y aire á la pieza, ó dar vistas sobre la casa vecina. En el primer caso, se llama de luz, en el segundo de vistas.

No se trata de las servidumbres de luz y de vistas, sino de restricciones impuestas en beneficio recíproco de los propietarios vecinos.

Cuando la pared ó muro es medianero, como ambos pueden hacer los mismos trabajos sobre ella, para que no haya colisión, se ha dispuesto que, *ningún medianero podrá abrir ventanas ó*

---

al del superior respecto á la caída de las aguas.—Comp. Cód. Francés, art. 640. Demolombe, XI, 58. Zachariæ, § 317 y su nota.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2653. — Cód. Francés, art. 640—Italiano, 536—Napolitano, 562.—de Luisiana. 656.—Sin embargo, el Cód. de Vaud, art. 426, dice: *El propietario superior podrá reunir sus aguas, en zanjas ó acueductos, y hacerlas correr de esta manera sobre la heredad inferior.* Entendemos, si por este medio no se causare perjuicio al dueño del terreno inferior.—Véase Zachariæ, § 317, nota 8.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

troneras en pared medianera; sin consentimiento del condómino (**art. 2654**), porque su derecho debe ser compatible con el que ejerce su co-propietario.

Pero cuando la pared es propia, el dueño no podría usarla de una manera absoluta sin perjudicar al propietario vecino, y recibiría el mismo perjuicio si el vecino usara del mismo derecho; se verían obligados á vivir en una especie de comunidad, por esa razón dice el **art. 2655**: *el dueño de una pared no medianera contigua á finca ajena, puede abrir en ella* (en la pared) *ventanas, para recibir luces, á tres metros de altura del piso de la pieza á que quiera darse luz, con reja de fierro cuyas barras no dejen mayor claro que tres pulgadas;* pues si se le hubiera dejado

---

(**Art. 2654.**) Esta limitación es impuesta para evitar las colisiones naturales que tendrían lugar, si los dos propietarios quisieran ejercer derechos opuestos; pero una de las razones principales es que la medianería se adquiere para carga, es decir, para edificar, lo que excluye el derecho de abrir ventanas; y además, como el derecho de los condóminos debe ser compatible con el que cada uno tiene, no podrían conciliarse sobre este punto sin un acuerdo previo. La limitación es absoluta y abraza cualquier muro medianero, se trate de propiedades urbanas ó rurales. ¿Qué sucedería cuando por expropiación de la casa que tiene el muro medianero la Municipalidad la demoliera para calle ó plaza pública, quedando el muro? Entonces estaría regido por el principio de que cada condómino puede usar de la cosa indivisa, con tal que no perjudique los derechos del otro, por consiguiente, puede abrir ventanas sobre la vía pública; pero no podrá hacerlo, cuando aun no hubiere entregado el terreno expropiado para tal servicio. — Comp. AUBRY y RAU, § 222, nota 48, y DALLOZ, 1862, (1. 373, 1849, 1. 96 1866, 31.)

(**Art. 2655.**) La ley ha querido garantir la independencia y libertad

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2654. — Cód. Francés, art. 675, con la expresión *méme á verre dormant,* ni aun con vidrio incrustado en marco que no pueda abrirse.—Napolitano, 596.—de Luisiana, 692.—L. 40 Tit. 2, Lib. 8, Dig. —La L. 2, Tit. 31, Part. 3ª. dice: *ó abrir finiestras por donde entre la lumbre á sus casas.*

En el Derecho Romano hay dos servidumbres de luces. La primera *luminium,* para dar luz á una habitación. De esta hablan las LL. 4 y 40 del Título citado. La segunda, *ne luminibus officiatur,* consiste en no poder hacer en la finca propia nada que disminuya las luces de las fincas vecinas. De esta tratan las LL. 4 y 15, 17 y 23 de dicho Título.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

abrirlas al nivel del suelo y sin rejas, habría importado una comunidad forzosa; el hogar no habría sido independiente.

El derecho que se reconoce al propietario de la pared divisoria, está restringido por el que se acuerda al vecino para adquirir la medianería é impedir las luces, ó el que tiene para edificar en su propio terreno; así pues, *esas luces* (en el caso del art. 2655), *no constituyen una servidumbre, y el dueño de la finca ó propiedad contigua, puede adquirir la medianería de la pared, y cerrar las ventanas de luces, siempre que edifique apoyándose en la pared medianera* (**art. 2656**), y *el que goza de la luz por ventanas abier-*

---

de cada propietario, como dicen Aubry y Rau, al mismo tiempo que proporcionarles las ventajas del aire y la luz á las piezas que las necesitan. Cuando se establece que la ventana puede abrirse sobre el fundo vecino, debe ser á la altura de tres metros desde el piso de la pieza á que quiera darle luz, se da la regla para cualquiera de los pisos, sea que se trate de sótanos, ó de los superiores; calculando que á esa altura un hombre no puede alcanzar á mirar al fundo vecino. Y por esa razón nuestro Código se ha separado de los demás, no exigiendo vidrios ni mallas de alambre; porque la altura en que se encuentra la ventana ó tronera impedirá que se vea á la casa vecina; no es, pues, cierto que haya servidumbre de vistas, como algunos lo han creído. Por lo mismo no ha señalado dimensiones á las aberturas, pues sean grandes ó pequeñas en nada perjudicarán al vecino, desde que se encuentren á tres metros del piso de la pieza alumbrada.—Comp. DEMOLOMBE, XII, nos 534 y 535. GOYENA, art. 531, CÓD. DE CHILE, art. 875.

Aubry y Rau, § 196, texto á la nota 12, hacen la observación de que cuando la parte que se quiere alumbrar sea una escalera, la altura debe contarse desde cada peldaño de ésta, porque de otra manera se tendría vistas sobre el fundo vecino, y así debemos entenderlo. — Véanse arts. 2656, 2657 y 2659.

(**Art. 2656.**) Este artículo demuestra que las luces sólo son una restricción al dominio de cada uno. Tal como está redactado, es una excepción al art. 2654, porque aun cuando adquiera la medianería no puede privar de las luces sino cuando edifica apoyándose en la pared medianera; excepción que parece fundarse en el hecho de estar abiertas las troneras ó

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2655.—Cód. Francés, arts. 676 y 677—Italiano, 583 y 584—Napolitano, 597.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tas en su pared, no tiene derecho para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que la cierre y le prive de la luz (**art. 2657**), sin que pueda quejarse de esta privación, el que gozaba de esas luces.

Nuestro Código no ha dado importancia á la diferencia entre la luz y las vistas. Esta diferencia que la mayor parte de los códigos hacen, consiste en que el derecho de tomar luz se refiere al que tiene el propietario de hacerla penetrar en una pieza, lo que se consigue colocando vidrios sin pulimentar ó redes de alambre; mientras el derecho de vistas no sólo deja entrar la luz y el aire, sino que permite mirar hacia el fundo vecino. La altura basta para impedir las vistas.

Las rejas de fierro á distancia de tres pulgadas permiten la

---

ventanas cuando adquirió la medianería, hecho que debe respetar mientras no emplee la pared en la edificación. ¿Por qué haría un daño inútil al vecino? Goyena, art. 531, apoya esta doctrina, contra el CÓD. DE CHILE, art. 877.

El propietario de la pared ha procedido *jure dominii,* y no puede ser privado de la luz sino por un derecho análogo del vecino, como si levantara otra pared, lo que puede hacer en cualquier tiempo, porque este derecho no está sujeto á prescripción.—Comp. AUBRY y RAU, § 196, texto á la nota 16.—Véanse arts. 2654, 2657, 2736 y 2740.

(**Art. 2657.**) Sólo en el caso de haberse constituido el derecho de no ser privado de la luz. Por lo demás, no puede adquirirse por prescripción, porque como hace uso de un derecho propio, el vecino no se lo puede impedir; pero como á su vez tiene derecho de edificar sobre su propio terreno, de que no puede ser privado, resulta que no hay caso de prescripción, cada uno se mantiene dentro de sus propias facultades. Esta situación se debe tener en cuenta cuando se trate de hacer las distinciones entre el límite ó restricción impuesta por la ley y la servidumbre, para los objetos de la prescripción. Una servidumbre puede prescribirse, no así el derecho contra la limitación impuesta por la ley. El derecho de dar luz á una pieza lindera con otra propiedad, no puede prescribirse, desde que es un uso perfecto del derecho de propiedad, pero eso no importará prohibir al dueño del terreno vecino para que edifique en su terreno y quite las luces.—Comp. FREITAS, art. 4238. CÓD. DE CHILE, art. 876. AUBRY y RAU, § 196, texto á la nota 16.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

entrada del aire y de la luz, pero no puede ver sobre el fundo vecino, por la altura á que se encuentra la abertura.

Las vistas pueden ser rectas sobre el fundo de otro; pero *no se puede tener vistas, sobre el predio vecino, cerrado ó abierto, por medio de ventanas, balcones ú otros voladizos, á menos que intermedie una distancia de tres metros de la línea divisoria* (**art. 2658**),

---

(**Art. 2658.**) Las vistas son rectas ú oblicuas, y aunque el presente artículo no lo dice, se refiere á las rectas, pues que en el siguiente se habla de las segundas. Son vistas rectas las que miran desde un muro paralelo á nuestra heredad, y oblicuas las que se tienen de un muro perpendicular á ésta; cuando el muro formara un ángulo agudo, parte de la vista será recta y parte oblicua, y deberá guardarse la distancia que corresponde á ambos. Cuando en un muro perpendicular, que no puede dar sino vistas oblicuas, se practicase un balcón saliente de modo que colocándose en una de sus partes se tuviera vistas rectas, se considerará como tal para guardarse las distancias, porque la línea saliente viene á ser paralela á la del fundo vecino.

El artículo no hace distinción entre una propiedad cerrada por muros ó abierta, ni si es en las ciudades ó en las campañas; lo absoluto de su expresión no autoriza á hacer diferencia alguna. La circunstancia de que el inmueble esté separado por otro intermedio, no autorizaría al que goza de las vistas para dejar de guardar las distancias establecidas; así, el propietario del terreno sobre que se tienen las vistas, tendría derecho para exigir se guarden estas, si el terreno intermedio que separa ambas heredades fuera de un ancho menor que las ordenadas, y las ventanas se encontrasen á menos distancia.

Algunos autores sostienen que las restricciones creadas por la ley para las vistas, importan una servidumbre real activa, tesis que he combatido en la nota al art. 2611. Las restricciones al dominio se fundan en el interés público, sea para no impedir la edificación, ó para garantir la independencia y libertad del hogar, ó en fin, para salvar las dificultades que ocurrirían á cada momento por el ejercicio de derechos encontrados. La ley no interpreta, pues, la voluntad de los particulares que no tiene en cuenta, busca el bien general y la armonía en el ejercicio de sus derechos. Cuando prohibe á un propietario que no tenga ventanas sobre el fundo vecino sino á cierta distancia, es porque tiene en cuenta las incomodidades que este derecho traería al vecino, quien se vería obligado á taparlas con una pared que levantase en su terreno. Cada uno ejercería un derecho que sería anulado por el otro. Se parte siempre del principio

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y, tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas, sobre propiedad ajena, si no hay sesenta centímetros de distancia

---

falso de que la propiedad es un derecho absoluto, cuando no puede ni debe ejercitarse sino en la medida de no dañar en sus derechos á los demás. Desde que dos hombres se pongan en contacto con relación á las cosas, sus derechos tienen necesariamente que estar limitados. Se dice que el derecho de gozar de la luz y del aire es tan perfecto como el de vivir, confundiendo lo que es una condición absoluta de existencia, con los derechos que la ley reconoce para el desenvolvimiento del ser humano. No es cierto que la respiración sea un derecho, como no lo es el de vivir, el de pensar ó querer, son necesidades orgánicas, sin las que no se concibe la existencia; el derecho viene para garantir esas necesidades á fin de que el hombre se desenvuelva y cumpla su destino.

El Dr. Segovia sosteniendo que es una servidumbre dice: «las servidumbres para prohibir ciertas luces en el fundo vecino nacen puramente de la ley, que interpreta así la voluntad presunta de los vecinos.» La prohibición no es una servidumbre, y la ley no interpreta la voluntad de los vecinos, sino el interés general para que esos derechos puedan ejercitarse sin colisión; pero cuando no son leyes de orden público, ni su renuncia perjudique á los demás, la convención puede alterarlos viniendo á ser entonces un verdadero gravamen que el fundo vecino debe soportar, siempre que no perjudique á los demás; así, puede conceder que se hagan ventanas en la pared divisoria sin guardar las distancias; pero si no tuviera los tres metros, el lindero inmediato á pesar del derecho concedido, puede obligarlo á que guarde esa distancia si las vistas son rectas. No es exacto, que cuando el convenio restringe ó suprime la prohibición, restrinja ó suprima el gravamen; porque el derecho de propiedad viene á extenderse, por decirlo así, por el convenio, desde que antes de él tenia por límite el derecho del vecino, y después ha adquirido facultades que la propiedad no le autorizaba á ejercitar. Decir que cuando el vecino prescribe el derecho de tener vistas á menor distancia que la legal, extingue un gravamen y recobra la libertad natural de su fundo, es hacer un juego de palabras; lo que adquiere es un derecho que antes no tenía, porque la ley expresamente se lo negaba, y como los derechos vienen del reconocimiento de la ley, ó de su silencio cuando no hay prohibición, resulta que el fundo no ha recobrado libertad alguna, sino adquirido un derecho. Es lo mismo que dice Merlín (cuya doctrina se rechaza con razón) bajo otra forma; porque este autor enseña que el que hizo ventanas á menos distancia que la legal, lo hizo *jure dominii,* lo

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

(**art. 2659**). *Las distancias que prescriben los artículos anteriores se cuentan desde el filo de la pared donde no hubiese obras voladizas,*

---

que vale decir, que el fundo recobró su libertad cumplido el tiempo de la prescripción. Rechazo la doctrina de Demolombe XII, nº 580, de que las luces ó vistas que se tiene sobre el fundo vecino durante 30 años, á menos distancia que la legal, le haga adquirir el derecho de que el vecino no se las prive por una edificación. Lo que ha adquirido verdaderamente es que no se le obligue á deshacer las obras, ese derecho está prescrito; equivale al caso en que lo hubiera usado, pero eso no impedirá al vecino que use del suyo, edificando en su terreno y privándole de la luz y de las vistas. Esto es lo que sucede en las restricciones al dominio, se adquiere el derecho de conservar la obra hecha contra la ley; pero no el de impedir que los demás usen de su derecho. Todos los autores están contestes en aceptar, que el propietario que ha ejecutado obras sin observar las distancias legales, y las ha mantenido durante 30 años, tiene el derecho de conservarlas; pero la opinión se divide cuando se trata de saber si el vecino usando de sus derechos puede dejarlas sin efecto. Demolombe condensa los fundamentos de la afirmativa enseñada por Aubry y Rau, Toullier, Pardessus, Merlín y las decisiones de muchas Cortes Francesas. La negativa es sostenida por Duranton, Duvergier, Marcadé, Vazeille, Toullier y numerosas decisiones de Cortes Francesas que reaccionando contra la doctrina anterior, la hacen triunfar en la jurisprudencia actual de aquella nación. Nuestro art. 2798 confirma la teoría que sostenemos.

(**Art. 2659.**) Las vistas oblicuas son las que se tienen de una propiedad vecina perpendicular á aquella sobre que se debe mirar. Si la pared forma un ángulo agudo se conservarán las distancias de manera que la ventana se encuentre á tres metros como vista derecha, y 60 centímetros con vista oblicua; es decir, que no debe dar vista derecha á menos de esa distancia. Cuando el ángulo sea obtuso, no la dará jamás derecha y por consiguiente la distancia será de 60 centímetros. Cuando se hicieren balcones, la distancia se debe contar desde el filo del balcon. Las vistas se pueden tener á cualquier altura y extensión, lo único que se debe observar es la distancia. El propietario vecino puede elevar su

---

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2658. — La prohibición de tener vistas sobre el predio vecino, sancionada por el artículo 2658 del Código Civil, se refiere á las vistas desde las habitaciones, y no á las vistas desde las azoteas. XXXII, 222.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y desde el filo exterior de éstas, donde las haya; y para las oblicuas, desde la línea de separación de las dos propiedades (**art. 2660**). No es necesario guardar estas distancias cuando se trata de propiedad lindera con la vía pública, aunque por la poca anchura de la calle se encontraren á menos de la establecida.

Si por las ordenanzas municipales son permitidas ciertas obras para gozar de vistas sobre la calle pública, aunque ésta tenga menos de tres metros de ancho, los demás propietarios deben soportar el inconveniente.

---

pared hasta privar las vistas.—Comp. Cód. Francés, art. 679. Aubry y Rau, § 196.

(**Art. 2660.**) No se debe entender á la letra el presente artículo, por que si el balcón tuviera una cornisa de un metro, la distancia no se debería contar desde el filo de la obra voladiza, sino desde el exterior del balcon que proporciona las vistas; pues, la ley ha tenido por objeto que esta no se tenga de más cerca, sin importarle las construcciones que el propietario hiciera sobre su terreno y que no dieran vistas. Por esa misma razón, si el balcón se hiciera al otro lado de la pared, de modo que ésta le sirviera de límite, se contaría la distancia desde el filo exterior de la pared. ¿Qué sucedería cuando el muro divisorio fuera medianero? Nuestro Código no hace distinción, y por eso rechazo la opinión de algunos autores que aconsejan se tome la línea de la mitad del muro para guardar la distancia; pues no habría razón para esta división desde que el muro es de ambos en su totalidad para emplearlo en los usos á que está destinado; esta conclusión es más conforme á los principios, y á las consecuencias que de ellos se desprende; por ejemplo, si siendo propietario exclusivo de un muro he hecho vistas sobre el predio vecino á la distancia legal, éste me adquiere la medianería y me obliga á que retire las ventanas porque no quedan á las distancias legales; yo le contestaría que el muro es de los dos, que es indivisible y que pudiendo usarlo en su totalidad como él, no tiene derecho para dividirlo.—Comp. Código Francés, art. 680. Freitas, art. 4240. Goyena, art. 533. Demolombe, XII, nos 553 y sig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2660.—Cód. Francés, art. 680—Italiano, 589—Holandés, 697—Napolitano, 601.—de Luisiana, 693.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

TITULO VII

DEL DOMINIO IMPERFECTO

§ 743. — Generalidades

La propiedad es por su naturaleza perpetua é irrevocable, y sólo por excepción, obedeciendo á la voluntad del enajenante puede llegar á no serlo. Se llama pues, *dominio imperfecto, al derecho real revocable ó fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble ó inmueble, ó el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil* (**art. 2661**), comprendiéndose así las desmembraciones del derecho de propiedad, como el uso, la habitación y el usufructo.

(**Art. 2661.**) El dominio imperfecto se definió en el art. 2507, diciendo: es tal, cuando debe resolverse al fin de cierto tiempo ó al advenimiento de cierta condición, y si la cosa que forma su objeto es un inmueble gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etc.; definición que puede completar la presente. Freitas, art. 4300, dice que el dominio imperfecto es el derecho real resoluble, palabra que no dá una idea exacta como la empleada por el nuestro. Lo que constituye la imperfección del dominio son las desmembraciones de la propiedad á que está sujeto, cuando se ejercitan todos los derechos que ella confiere, ó si lo fuere de una manera temporaria. Cuando el dominio es revocable, puede ejercer todos los actos del verdadero propietario, sin alterar ó variar la cosa, como enajenarla, hipotecarla ó gravarla, pero siempre bajo la condición de que estos derechos se resolverán una vez ocurrida la revocación. El propietario imperfecto no podría destruir el inmueble, ni deteriorarlo, y estaría obligado á indemnizar al propietario cualquier perjuicio, cuando el derecho se revoque. — Véanse arts. 1801, 2503, nº 1, 2507, 2662, 2812 á 2815 y 3724.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Y se llama imperfecto porque le faltan algunas de las condiciones que completan el derecho de propiedad. Pero este título trata sólo del dominio resoluble ó revocable, sin comprender las enajenaciones dónde se reserva el dominio útil.

Cuando el propietario de una cosa la entrega á una persona en propiedad bajo la condición de que llegado cierto tiempo la pase á otro, confiándose en la buena fe de esa persona, existe entonces el dominio fiduciario; por eso dice el **art. 2662**: *dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado á durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutiva, y hasta el vencimiento de un plazo resolutivo, para el efecto de restituir la cosa á un tercero.*

El Código prohibe el fideicomiso en testamento, porque en ese caso se pasaría la herencia de una persona á otra, alterando el orden en la sucesión de las familias; pero no prohibe el legado á término cierto ó con una condición resolutoria; por el contrario, el art. 3766 comprende estas hipótesis.

El dominio puede revocarse por el cumplimiento de la condición ó el plazo impuesto por el enajenante, ó por la simple voluntad de éste manifestada dentro de un plazo dado, como sucede en la venta con pacto de retroventa. Así, pues, se entiende por *dominio*

(**Art. 2662.**) Se debe considerar como incompleta la expresión de que se vale el artículo, porque en realidad no hay sustitución, ni fideicomiso tratándose de legados. En cuanto á las donaciones, se puede dar la propiedad bajo una condición reversible, sin que se pueda considerar como un verdadero fideicomiso. Un legado á término para su entrega, corresponde siempre al legatario, y son á su cargo los riesgos y peligros, así como las ventajas. Si el legado no tiene efecto por la condición suspensiva impuesta, pertenece definitivamente al heredero del testador aumentando la herencia, sin que haya fideicomiso. El Código denomina propietario *fiduciario* al que tiene el dominio revocable, ó al que no ha querido aceptar el legado y por cuya negativa entra á sustituirlo el nombrado, cuando en realidad no hay tal propietario en el último caso. El caso del artículo puede ocurrir sin que haya por eso fideicomiso, lo que sucedería cuando la enajenación se ha hecho bajo una condición resolutiva. Freitas admite la donación fideicomisaria en el art. 2146, y por eso ha redactado así el art. 4314, que nuestro Código ha copiado.—Véanse arts. 553 á 556, 1803, 1842, 2661, 2668, 3724 y 3731.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

revocable al que ha sido transmitido en virtud de un título revocable á voluntad del que lo ha transmitido; ó cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título (**art. 2663**).

(**Art. 2663.**) Son ejemplos del primer caso, el pacto comisorio, el de retroventa, y todos aquellos en que la voluntad del enajenante causare la revocación del dominio; sin que por esto se deba confundir la manera como se opera la revocación, pues en unos tiene lugar *ipso jure,* y en los otros necesita de la sentencia. La segunda parte comprende la revocación por causa de ingratitud, en que no basta sólo la voluntad del donante, pues se necesita el hecho del donatario para que aquella pueda ejercitarse.

No sería cuestión de revocación, dicen Aubry y Rau, § 220 *bis,* nota 3, cuando por efecto de su voluntad el adquirente renuncia al beneficio de su adquisición.

La condición resolutoria puede ser tácita y va sobreentendida en las disposiciones á título gratuito, porque lleva en si la facultad de revocar la donación por causa de ingratitud; la misma condición lleva toda donación por la parte que exceda á la porción disponible, pero sólo se revocará á solicitud de los interesados y en la parte que excede á esa porción. Aubry y Rau apoyan esta opinión en el texto á la nota 2, que no contradicen, como afirman algunos, después de la nota 9, pues sostienen que la revocación necesita de la sentencia para operarse, cuando tiene lugar por causa de ingratitud.

Si aplicamos en su generalidad la segunda parte del artículo tomada de Zachariæ, la primera queda inútil, porque la causa de revocación debe provenir del título, sea que esté expresa, como en la estipulación del pacto de retroventa, sea que esté tácitamente comprendida, como en la donación que está sujeta á las eventualidades de ser inoficiosa ó de revocarse por causa de ingratitud. — Freitas, art. 4302, ha suministrado la primera parte y Zachariæ, § 278, texto á la nota 5ª la 2ª.— Véanse arts. 542, 1802, 1828, 2464, 2665 y 2668.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2663.—Zachariæ, § 278.—El dominio es por su naturaleza irrevocable; pero por una excepción es revocable en los casos del artículo; por ejemplo, cuando el vendedor se ha reservado durante un plazo, la facultad de dejar sin efecto el contrato, ó la facultad de volver á tomar la cosa vendida devolviendo el precio recibido.—Maynz, en el § 164, y principalmente en el § 180, nº 3, sostiene, al parecer con buenas razones, que el dominio es irrevocable, y que las convenciones de revocación, en los casos

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Como se trata de bienes inmuebles, cuya transmisión no puede hacerse sino en virtud de escritura pública, cualquier adquirente no hace sino substituirse al propietario actual, y toma la cosa tal como éste la tenía, sujeta á la revocación. Y si bien en teoría podría sostenerse que el enajenante no ha conservado derecho real alguno, y que por consiguiente no debía ser autorizado para ir contra un tercer poseedor; en la práctica sería autorizar la mala fe, y premiar la confabulación, por eso nuestro Código ha rechazado semejante teoría.

§ 744. — Cuando el dominio se juzga revocado, y de la extinción de la revocación

Se deben distinguir los casos en que el dominio se juzga revocado, de aquellos en que no ha existido. Así, habrá revocación en el pacto de retroventa, porque el dominio fué adquirido por el comprador; pero no la habrá en la venta hecha por un loco ó por un impúber, porque no habiendo sido capaces de consentir no han podido transmitirlo, y la sentencia que así lo declara no causa la revocación del acto, pues sólo establece que no ha existido transmisión de la propiedad; por consiguiente, *el dominio no se juzga revocado cuando el que posee la cosa á título de propietario es condenado á entregarla en virtud de una acción de nulidad, ó de rescisión, ó por una acción contra un hecho fraudulento, ó por res-*

---

convenidos por las partes, no pueden dar nunca acciones reales contra terceros á quienes el adquirente hubiese transmitido su derecho. Sea cual fuere la lógica de la jurisprudencia, no puede oponerse razón alguna para que las partes que contratan la enajenación de una cosa no puedan poner condiciones ó plazos resolutorios del dominio que transmite la una y adquiere la otra. Esas cláusulas revocatorias, debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenación, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan del mismo instrumento que crea el dominio del que lo transmite. Hablamos de escrituras públicas, porque sólo por ese medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces; pues respecto de los muebles, el dominio sólo será revocable en el caso que se determina en uno de los artículos de este Título.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2663. — Las restricciones y limitaciones que puedan afectar perpetuamente á la ejecución del legado, importan una condición resolutoria que llenada lo hace caducar. — Jur. Civ., IX, 269, Sér. 2ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

titución del pago indebido. En estos casos se juzga que el dominio no había sido transmitido sino de una manera interina (**art. 2664**).

(**Art. 2664.**) La acción de nulidad debe fundarse en que la enajenación no ha producido efecto, porque el acto hubiere sido nulo, pues si fuere anulable habría sido válido hasta la sentencia que lo anulase, art. 1046, existiendo verdadera revocación del dominio. La dificultad de explicar este artículo en su sentido literal consiste en que encierra errores de doctrina debidos á la mala traducción; el original de Aubry y Rau, § 220, *bis*, texto á la nota 4, dice: «cuando el que posee una cosa á título de propietario es condenado á abandonarla por causa, sea de una acción de nulidad ó de rescisión, sea por una demanda de reducción por atacar la legítima ó por la restitución de lo indebido, la propiedad no debe considerarse *como simplemente* revocada, sino más bien como que jamás ha sido transmitida, ni aun de una manera interina»; proposición que reputo insostenible á la luz de los principios, con excepción del caso en que el acto fuera nulo. Estos sabios expositores, siguiendo á Zachariæ, han ido más allá del eminente profesor alemán, que dice: «la ley y los jurisconsultos emplean los términos de resolución, revocación de la propiedad en un sentido que comprende todos los casos, sea que se trate del propietario ó del que obra como propietario de una cosa, y que pierde su derecho á esa cosa por una razón cualquiera. La propiedad se considera revocada en este sentido, cuando el que posee la cosa á título de propietario, siendo perseguido sea por una acción de reivindicación, sea por una demanda de su título, sea por la acción pauliana, sea por la *condictio indebiti*..... la revocación de la propiedad en este sentido, comprende los casos más diversos que entrando en teorías diferentes, no pueden ser regidos por los mismos principios», reconociendo más adelante, en la nota 13, que no hay revocación de dominio sino cuando se trata de la nulidad absoluta, que nosotros llamamos acto nulo, para diferenciarlo del anulable ó relativo. En efecto, no se podría sostener que el donatario de un inmueble no ha sido propietario, porque le fuera quitado por causa de ingratitud; ni el que compró un inmueble dado en pago á otro, y que es reivindicado porque resultó que había pagado lo que no debía, no ha sido propietario de ese inmueble; porque en ambos casos la propiedad se ha transmitido, y si la cosa se reivindica es porque hay causas que han producido la revocación del dominio. En casos como el presente, no se puede constituir el error en ley, y el comentador que la explica y la ilumina no debe constituirse en cómplice del error, sosteniéndolo. La ley está afirmando que *no hay* revocación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El aniquilamiento del título en la nulidad manifiesta, hace considerar la cosa como que no ha salido del poder del enajenante, y como lleva en sí el vicio que anula la enajenación, se extiende á cualquier adquirente; pero no sucede esto cuando la nulidad no es manifiesta.

Declarado nulo el acto y aniquilado el título, se debía concluir lógicamente que el dominio no se ha transmitido, *ni aun interinamente,* y esa es la verdadera doctrina, aunque nuestro artículo enseñe lo contrario.

Para que la rescisión no cause la revocación del dominio, es necesario tomarla como equivalente á la nulidad, porque si suponemos que el contrato ha sido válido hasta el momento en que se rescinde, no podemos menos de reconocer que hay revocación de un dominio que ha existido.

Cuando se ha declarado nulo el acto por el cual se transmitió el dominio, como se juzga que la cosa no ha salido del poder del enajenante, el adquirente será considerado como mero tenedor de la cosa, y aquél no necesita de la tradición para adquirirla.

La revocación del dominio transmitido por medio de un título revocable á voluntad del que lo ha concedido se efectúa por la manifestación misma de su voluntad (**art. 2665**), sin ningún otro requisito.

---

del dominio, acatémosla, aunque lo contrario sea lo verdadero, como se dice en la nota. Si no hay revocación de dominio, porque no ha existido, el dominio no ha podido ser transmitido de una manera interina, como se afirma.

Ó el dominio se juzga revocado y entonces la posesión se ha tenido de una manera interina, ó no está revocado, como dice el artículo y entonces no se ha tenido la posesión ni aun interinamente.

La teoría de la revocación, de suyo difícil, está expuesta con gran claridad por el sabio Zachariæ en el § 278, texto desde la nota 5, condensando la teoría científica.

(**Art. 2665.**) Si la revocación tiene lugar de pleno derecho por la

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2664.—Aubry y Rau, § 220 bis.—Zachariæ, § 278.—En estos diferentes casos de nulidad ó de la acción pauliana, el título del adquirente se halla con un vicio que trae no sólo la revocación sino su aniquilamiento completo ó parcial.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El principio de que la revocación del dominio, tiene lugar por la voluntad del enajenante, ó el cumplimiento de la condición resolutoria ó del plazo resolutivo á que fué subordinada la enajenación, reconoce estas excepciones establecidas por el **art. 2666,**

---

sola manifestación de la voluntad del que enajena la cosa, no veo por qué razón el dominio no se habría transmitido sin la tradición. Si el art. 1371, nº 2, así lo establece, aunque es un error, en mi opinión, obedezcámoslo, y aceptemos la excepción en la compraventa bajo condición resolutoria, pero no en los demás contratos. El error está demostrado en la nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2663, pues rechazando la opinión de Maynz de que la revocación no puede dar acciones reales, reconoce que la acción reivindicatoria concedida proviene del dominio adquirido por la revocación. El Dr. Segovia dice que en el caso de la retroventa, «el vendedor sólo tiene una acción personal aunque *in rem scripta*»; precisamente eso es lo que se llama acción real; á todo derecho personal corresponde una acción personal, no hay obligación que corresponda á derechos reales, art. 497. Si fuera necesaria la tradición, quiere decir que el adquirente continuaría siendo dueño de la cosa, podría disponer de ella y haría suyos los frutos, lo que no es exacto. Revocado el dominio ¿de quién es la cosa? No es del adquirente cuyo dominio ha sido revocado, no es del enajenante á quien no se le ha hecho tradición; sería una cosa sin dueño! No, la verdad es que la revocación se opera *ipso jure,* y por ese acto el adquirente pasa á ser mero tenedor á nombre del propietario que no necesita del acto material de la tradición.—Comp. AUBRY y RAU, § 220, *bis,* texto á la nota 7.—Véanse arts. 1371, nº 2, 1375, nºs 2 y 3, 2666 y 2667.

(**Art. 2666.**) La colocación de estos artículos ha dado lugar á la crítica, pero la dificultad desaparece uniendo los arts. 2665 y 2668 para formar la regla general de la que deben ser excepciones los arts. 2666 y 2667. La regla sería, pues, «que la revocación del dominio transmitido por medio de un título revocable á voluntad del que lo ha concedido, se efectúa por la manifestación misma de su voluntad, así como por el cumplimiento de la cláusula legal constante en el acto jurídico que lo transmitió, ó por la condición resolutoria ó plazo resolutivo á que su duración fué subordinada»; de la primera parte de esta regla sería excepción el presente artículo, que se refiere al pacto comisorio en que se necesita de la voluntad y de la sentencia para operar la revocación; de la segunda lo sería el art. 2667 en el caso de ingratitud del donatario,

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que dice: *1°, exceptúase de la disposición del artículo anterior, el pacto comisorio en el contrato de venta, el cual no obra la revocación del dominio sino en virtud del juicio que la declare, cuando las partes no estén de acuerdo en la existencia de los hechos de que dependía;* pero la revocación se operará cuando están conformes y reconocen los hechos; *2°, la misma excepción se aplica á la condición resolutoria impuesta en el caso de ingratitud del donatario ó legatario, y á la inejecución de las cargas impuestas á estos últimos* (**art. 2667**).

En todas estas hipótesis se necesita de la sentencia que declare revocado el dominio, y no tendrá efecto contra terceros en los casos del n° 2, sino cuando las cargas estuviesen impuestas en el título.

Es necesario distinguir el caso de revocación de aquellos en que por convenio de partes se deja sin efecto el contrato, porque en realidad hay una nueva enajenación, si no han mediado causas

---

donde también es necesario de la demanda y de la sentencia. El pacto comisorio y la inejecución suponen controversia.

El presente artículo está demostrando que la revocación del dominio se opera *ipso jure* en el pacto de retroventa como en las demás condiciones resolutorias, y que por consiguiente se adquiere el dominio sin necesidad de la tradición. Y la excepción del pacto comisorio, cuando las partes no estén de acuerdo, se funda en la naturaleza misma del acto que necesita de una decisión judicial. Cuando estuvieren de acuerdo, será necesario examinar si hay una verdadera revocación porque una de las partes no ha cumplido el contrato, ó si hay una nueva enajenación, en que después de cumplido, ambos lo renuncian, pues no habría revocación sino nuevo contrato. — AUBRY y RAU, § 220, *bis*, texto á la nota 9. FREITAS, art. 4313. — Véanse arts. 509, 559, 1374 á 1376.

(**Art. 2667.**) En el mismo caso del artículo anterior se encuentra la revocación por causa de ingratitud, que es necesario demostrarla en juicio contradictorio, así como la inejecución de las cargas. Es una condición resolutoria tácita que va inscripta, por decirlo así, en toda donación.—AUBRY y RAU, § 220, *bis*, texto en seguida de la nota 9.

El art. 2927 que declara pertenecer al usufructuario los frutos percibidos después de cumplida la condición, hasta la demanda de resolución, no es una excepción á la regla de los arts. 2665 y 2668, porque no hay revocación de dominio.—Véanse arts. 555, 559, 566, 569, 2604 y 2666.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de nulidad que los contratantes reconozcan y acepten. Cuando después de una venta válida las partes convienen en dejarla sin efecto, hay una nueva venta; si la declarasen nula por tal ó cual vicio, no habrá revocación; pero tendrá lugar cuando fuere anulable; por ejemplo, un menor impúber ha vendido un bien raíz, el acto por el que se reconoce la nulidad por ambas partes no opera la revocación del dominio, porque no se ha transmitido; si una mujer casada vende un inmueble sin consentimiento de su marido, habrá revocación desde que este y el comprador reconocen la nulidad del acto y lo dejan sin efecto; si una persona capaz enajena válidamente la cosa, y conviene dejar sin efecto la enajenación, no habrá revocación, sino una nueva enajenación.

Las donaciones que llevan cierta eventualidad de revocación, para el caso en que excedan la porción disponible del testador, difieren fundamentalmente de las revocaciones ordinarias, y obedecen á otras reglas para juzgar de sus efectos.

Como se dijo que el dominio era revocable, cuando estaba destinado á durar solamente hasta que la condición ó plazo resolutivo se cumpliera, resultará que se extingue por las mismas causas que el dominio perfecto; así, dice el **art. 2668**: *extínguese el*

(**Art. 2668.**) El artículo se refiere al título mismo de la transmisión, de modo que el dominio no se revocará de pleno derecho cuando la cláusula de la revocación no conste en el acto jurídico que lo transmitió, y se comprende esta exigencia teniendo en cuenta los efectos que la revocación debe producir. Freitas, art. 4308, dice: « los efectos peculiares de la adquisición del dominio resoluble, no habiendo prohibición en contrario en la ley ó en los actos jurídicos, son los mismos de la adquisición del dominio perfecto, más con las restricciones de cualquier acto que se oponga á los derechos eventuales ó futuros del titular de la resolución », viniendo en seguida el artículo que nuestro Código ha copiado, con el agregado de: «salvo la misma restricción del artículo anterior...»

No constando la condición en el título mismo, sino en instrumento por separado anterior ó posterior al acto de transmisión, el dominio no se resuelve con relación á terceros, como algunos han creído, ni con relación al mismo adquirente, quien deberá demandar la resolución judicialmente y obtener sentencia, si hubiere contradicción. Esto en nada alterará las obligaciones creadas entre adquirente y enajenante que serán

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dominio revocable por el cumplimiento de la cláusula legal constante en el acto jurídico que lo transmitió, ó por la condición resolutiva ó plazo resolutivo á que su duración fué subordinada. Y esa extinción se opera *ipso jure* para el adquirente y para los terceros, de donde resulta la necesidad de hacer constar el mismo acto jurídico, pues de otro modo éstos habrían adquirido el bien, y el dominio no se revocaría.

§ 745. — Efectos de la revocación del dominio

Cuando el dominio queda revocado por el ministerio de la ley volviendo la cosa al enajenante, ó pasando al tercero que debía adquirirla, *la revocación tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley ó en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario* (**art. 2669**), por-

---

ley para las partes, pero no podrán revocar el dominio de pleno derecho. Lo que estos pueden pactar, la ley con mayor razón podrá exigirlo, y cuando lo impone sin hacer distinción alguna, no hay razón para hacerla. Creo, pues, que si la cláusula de revocación no se encuentra en el instrumento mismo esta no se produce de pleno derecho, y es necesario para que tenga lugar, ó una sentencia en caso de disconformidad, ú otro instrumento en que así se declare de común acuerdo. Esto es de importancia para la percepción de los derechos fiscales anexos á la enajenación, porque pueden eludirse por contratos privados que es fácil simular para defraudar la renta. Algunos opinan que esa cláusula sólo se refiere á los terceros y no á los contratantes mismos, sin dar razón alguna de esta alteración tan grave que se hace á la ley. Lo mismo debemos decir de la condición ó plazo resolutivo, que debe constar en el instrumento mismo para que la revocación se opere *ipso jure*.—Comp. Aubry y Rau, § 220, *bis*, texto á la nota 8.—Véanse arts. 555, 559, 566, 569, 2604, 2662, 2666 y 2667.

(**Art. 2669.**) El efecto retroactivo se funda en una ficción de derecho, suponiendo que el acto no se ha producido á pesar de haber tenido lugar, y dejando las cosas en el estado en que estaban antes de producirse; situación forzada y falta de verdad, pues lo que ha tenido lugar nadie puede borrarlo. El efecto retroactivo, en el caso del artículo, comprende al adquirente y á los terceros, y sólo se extiende á los actos que tengan por objeto desmembrar la propiedad, de manera que ésta deba pasar al

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que de otro modo la revocación sería ineficaz en sus efectos desde que los bienes no volverían libres como los recibió. Pero el efecto retroactivo que hace considerar la cosa como si no hubiera salido

---

antiguo propietario sin gravamen alguno. Los autores enseñan, que cuando la propiedad vuelve al antiguo propietario ó á su causa-habiente, como si jamás hubiere cambiado de dueño, la revocación tiene lugar *ex tunc;* pero cuando sólo hace perder al propietario su derecho desde la época en que la condición se realiza, la revocación tiene lugar *ex nunc;* en el primer caso tiene efecto retroactivo contra terceros, en el segundo no; pero entre las partes contratantes produce efecto en ambos casos. Así es que, cuando el artículo dice, la revocación tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió la cosa, debe entenderse que se refiere á las revocaciones que vienen inscriptas en el título mismo y se realizan de pleno derecho. Siguiendo estos principios enseña Zachariæ, § 278, texto y nota 8, que cuando la cláusula de revocación se cumple, la resolución de la propiedad tiene lugar ordinariamente *ex tunc;* (es decir, con efecto retroactivo) á menos que el título de la propiedad ó una disposición de la ley no determinen lo contrario, disposición que tomó Freitas, art. 4310, y de donde la copió nuestro Código. Así, pues, cuando en el título de adquisición se expresara que en caso de revocación no tendrá efecto retroactivo, se estará á lo convenido, del mismo modo que cuando en la ley se negara este efecto, lo que sucede en el art. 124. Pero cuando las partes por mutuo convenio dejaren sin efecto el contrato, como en el pacto comisorio, por no haberlo cumplido una de las partes, no producirá efecto contra terceros que hubieran adquirido derechos hipotecarios; porque la revocación no puede oponerse á terceros por causa voluntaria sino necesaria, como lo demuestra Troplong. *Venta*, nº 651, é *Hipotecas*, nº 466.

En cuanto á la revocación por causa de ingratitud, que no tiene efecto retroactivo contra terceros, dice Zachariæ, l. c. en la nota 9, no sólo se funda en razones de equidad, sino también sobre el principio que las obligaciones *ex delicto* no producen efectos contra terceros.

No creo como algunos, que la constitución de un derecho real por parte del adquirente, pueda impedirle de ejercer su acción de resolución; porque los terceros estarían garantidos con el pago de lo que importa el gravamen. Así, el que ha comprado una cosa y la hipoteca, si posteriormente descubre un vicio redhibitorio, puede dejar sin efecto el contrato de compra, devolviendo la cosa al vendedor, que la recibirá hipotecada y devolverá el precio disminuido del valor de ésta, si el antiguo dueño

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

del poder del enajenante, no se extiende á los frutos producidos que el adquirente hace suyos, sino á las desmembraciones de la propiedad que hubiere hecho y que quedan sin valor alguno, de modo que, *revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado á tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres ó hipotecas con que lo hubiese gravado el propietario desposeído, ó el tercer poseedor; pero está obligado á respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres ó arrendamientos que hubiese hecho* (**art. 2670**).

---

quiere quedarse con ella, ó exigiendo al comprador que la levante y le entregue la cosa libre de todo gravamen. No hay razón alguna para suponer que ha renunciado á las acciones que tenía; porque no se renuncia tácitamente á un derecho ignorado. No puede dejar burlado á su acreedor ó condueño, desde que la resolución pedida por el adquirente, no tiene el efecto de la revocación que se ejerce por el propietario anterior.

Téngase presente que la revocación es en favor del enajenante y pedida por él; no por el adquirente como en el caso que estudiamos. Lo mismo sucedería cuando la adquisición adoleciera de algún vicio de nulidad insanable. ¿Por qué se quedaría con la cosa, si descubriese posteriormente que era el tutor que la había comprado á su pupilo? ¿Por qué la había hipotecado? pero se levantaría la hipoteca entonces.—Comp. ZACHARIÆ, l. c. AUBRY y RAU, § 220 *bis*. FREITAS, art. 4310. — Véanse arts. 543, 555, 557, 1385, 1847, 1855, 1856, 1866, 2670 á 2672 y 3776.

(**Art. 2670.**) Dijimos, que revocado el dominio con efecto retroactivo al día en que se adquirió, se considera como si la cosa no hubiera salido de poder del enajenante, y que el adquirente no ha tenido jamás dominio; es en virtud de esta hipótesis que quedan sin efecto las cargas que éste le hubiera impuesto. Y si la cosa no ha sido enajenada, ¿á

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2669.—Zachariæ, § 278.—Aubry y Rau, § 220 bis.—Zachariæ, en el lugar citado, propone la regla siguiente: «La revocación de la propiedad tiene lugar *ex nunc*, cuando ocurre en virtud de un derecho perteneciente al propietario, y *ex tunc*, cuando tiene lugar en virtud de un derecho perteneciente á otro que al propietario». Sin embargo de la justicia de esta regla, la cuestión de si en el caso de una evicción la resolución de la propiedad debe tener lugar *ex nunc*, ó *ex tunc*, y si los actos jurídicos que hasta entonces ha efectuado el poseedor, relativos al objeto sobre que se verifica la evicción, conservan ó no su validez, es una de las más controvertidas.—Véase la nota 18 del § citado.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cumplida la condición resolutiva ó el plazo porque se concedió el dominio, éste se revoca por el ministerio de la ley, y el adquirente entonces viene á quedar en la condición de un mero

---

quién pertenece el dominio? Al primitivo dueño, y es por esa razón que puede reivindicarla de cualquier poseedor. No estamos pues, de acuerdo con los que dan una aplicación absoluta al principio de que la propiedad no se adquiere sino por la tradición, y la exigen en estos casos como una condición indispensable Y para explicarse cómo es que sin tener la propiedad puede reclamar la cosa de cualquier poseedor, recurren á conceder al primitivo dueño (que es el único) una acción personal *in rem scripta,* que no existe por nuestro derecho. No; cuando el dominio se resuelve, no queda sino un propietario, el que lo era al tiempo de la enajenación, y se reputa que la cosa no ha salido de su poder, y como dice Colmet de Santerre, V, nº 102 *bis,* II, «los derechos reales concedidos por el acreedor bajo condición resolutoria, durante la propiedad interinaria, quedan aniquilados, como constituidos por una persona que se reputa que jamás fué propietaria. Este efecto de la resolución tiene su fórmula en una frase latina, que ofrece numerosas aplicaciones: *resolutio jure dantes resolvitur jus accipientis*».

La accion reivindicatoria no se concede en este caso, y así no se la acuerda tampoco al propietario para reclamar su propiedad del locador; si se juzga que la cosa está en poder del dueño por medio de otro que la tiene en su nombre, no hay sino pedirla á la justicia, si se la niegan; por eso dice el artículo «está autorizado á tomarla», porque es suya. El propietario desposeído es considerado como mandatario del dueño, y en este carácter es que se aceptan los arrendamientos que hubiere hecho. Sobre este punto dice Colmet de Santerre, que si bien el antiguo propietario, desde el cumplimiento de la condición, se reputa como que jamás ha dejado de ser propietario, no es menos cierto, en el hecho, que ha dejado voluntariamente la posesión y la gestión de la cosa en manos de la otra parte; y que es imposible desde luego no tratarlo como á un mandatario autorizado para ejecutar actos de administración.

El efecto retroactivo que restituye las cosas en su primitivo estado, hace volver la cosa libre de todo gravamen real, porque no ha tenido derecho para imponerlo, tanto el que adquirió la cosa del dueño, como los que le hubieren sucedido en sus derechos; pero como es poseedor de buena fe, se reputará como mandatario para los actos de administración que no importen un gravamen real.

Téngase presente que la acción de reivindicación se ejerce contra el

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tenedor del inmueble, de ahí se deduce que el primitivo enajenante tiene el derecho de reivindicarlo de cualquier poseedor. El caso de venta, bajo condición resolutoria, del art. 1371, nº 2, se puede considerar como una excepción á este principio, sólo en cuanto tiene necesidad de la tradición para volver á adquirir la propiedad; no obstante lo dicho en mi nota á ese artículo sosteniendo lo contrario.

El adquirente ó el tercero á quien hubiere pasado la cosa con el gravamen del dominio revocable, pueden ejecutar todos los actos de mera administración que no importen una desmembración del derecho de propiedad; así podrá alquilarla por menos de un año, pues, por más tiempo gravará el inmueble, si el contrato se ha inscrito, en la Capital, en el Registro de la propiedad.

Se entiende que si la enajenó con un gravamen, cuando el dominio se resuelva, tiene obligación de recibirla con él.

Cuando la condición ó plazo resolutorio no constare en el instrumento con el que se traspasó el dominio, sino por documentos separados, la revocación tendrá lugar siempre que la cosa estuviera en poder del adquirente, no así cuando hubiese pasado á un tercer poseedor de buena fe. Por esa razón, *la revocación*

---

que posee la cosa á título de propietario; pero que una vez vendida, la propiedad deja de pertenecerle y la acción que compete al propietario reconocido es la de la simple entrega, porque desde la sentencia firme es propietario y el otro mero tenedor de la cosa.

Aubry y Rau, § 220, *bis* texto á la nota 12 de donde fué tomado nuestro artículo traen las mismas palabras: «el propietario está pues, autorizado á volver á tomar su inmueble», porque es suyo, y nadie le niega la propiedad, no hay acción reivindicatoria. — Comp. Zachariæ, § 278, nº 6. Marcadé, al art. 1183. Colmet de Santerre, l. c., y Freitas, art. 4311.—Véanse arts. 1498, 1835, 1847, 1855, 1866, 3045, 3046, 3125, 3194 y 3270.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2670. — Zachariæ, § 278, nota C.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2670.—El comprador en remate judicial de una cosa anunciada en venta como propia de los interesados en el juicio puede desistir de la compra si resulta que aquella pertenece pro-indiviso á otras personas también, aunque se haya dictado el auto aprobatorio del remate. XXX, 83.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

del dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra tercero adquirentes, usufructuarios, ó acreedores pignoraticios, sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tuvieron una obligación personal de restituir la cosa (**art. 2671**), pues siendo la posesión el único título, el poseedor ha podido disponer de la cosa validamente, salvo su obligación personal para con el enajenante.

Cuando la ley concede la propiedad de la cosa, mediando una eventualidad que pueda revocar el dominio, como sucede en el caso de haberse declarado el fallecimiento presuntivo del ausente, dando la posesión definitiva, en que se puede revocar el dominio por la aparición de aquel, entonces no puede tener efecto retroactivo, y las enajenaciones se reputan firmes y valederas, y á estos casos se refiere el Código al decir: *cuando por la ley, ó por disposición expresa en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable, la revocación no tuviere efecto retroactivo, quedan subsistentes las enajenaciones hechas por el propietario desposeído, como también los derechos reales que hubiese constituido sobre la cosa* (**art. 2672**), porque entonces ha obrado como verdadero y único

---

(**Art. 2671.**) En las cosas muebles la posesión vale por título, y por consiguiente no hay acción reivindicatoria contra el adquirente, á menos que la cosa sea robada ó perdida. Se ha discutido vivamente sobre si la máxima exigía también buena fe en el adquirente; pero creo como Aubry y Rau, que no se admite la reivindicación aun contra el poseedor de mala fe, pero no impide ejercitar una acción por daños y perjuicios fundado en el art. 1109. Y la prueba de la verdad de esta tesis es que el mismo artículo da una acción *personal*, y no real para pedir la cosa. La mala fe en este caso consistirá en saber que la cosa estaba sujeta á una acción de revocación. Si la enajenación fué á título gratuito la revocación alcanzará al adquirente, art. 2778, pero si este á su vez la hubiera enajenado á título oneroso, no tendrá efecto contra el último adquirente. Aubry y Rau dicen, sobre muebles *corporales*, y así debe entenderse. — Comp. Grenier, *Don.* III, n° 312. Zachariæ, § 278, y Aubry y Rau, l. c.—Véanse arts. 550, 597, 971, 972, 1380, 2778, 3271 y 3272.

(**Art. 2672.**) La regla es, la revocación del dominio se opera con efecto retroactivo, y las excepciones son, cuando el contrato ó la ley esta-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2671. — Véase Grennier, *Donaciones*, tom. 3, n° 312.—Zachariæ, § y nota citados.—Aubry y Rau, § 220 bis.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dueño, aunque sometido á una eventualidad, que pudo no realizarse, cuando el ausente aparecido toma las cosas en el estado en que se encontraren.

---

blecen lo contrario; así, cuando se ha entregado al heredero del ausente con presunción de fallecimiento, la posesión definitiva, la aparición de éste que revoca el dominio, no tiene efecto retroactivo, y toma las cosas en el estado en que se encuentren, arts. 124 y 3309; lo mismo sucederá si al imponerse la condición resolutoria se hubiere estipulado que tomaría las cosas como se encontraran. Se entiende que en ambos casos las enajenaciones ó gravámenes deben ser hechos antes de la revocación, porque una vez ocurrida ésta pasa á ser un mero tenedor de la cosa, pues ha perdido el dominio. La ley ó la convención le han permitido obrar como verdadero dueño, y los actos ejecutados son válidos hasta el momento de la revocación. Cuando se dudase si las partes han convenido en no darle efecto retroactivo, debe aplicarse la regla de que siempre será con este efecto, pues la excepción debe probarse plenamente. — Comp. AUBRY y RAU, § 220, al fin. ZACHARIÆ, § 278 y FREITAS, art. 4312.—Véanse arts. 1866, 2413, 2669, 3309 y 3310.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2672.—Véase LX, 421.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

TITULO VIII

DEL CONDOMINIO

§ 746. — Generalidades

Han existido dos maneras de considerar el condominio, la que atribuía á cada uno de los comunistas la totalidad de la cosa, considerándolo como propietario, salvo las restricciones á las que su derecho se encontraba sometido por el derecho idéntico de los demás, y que se llamaba *condominium pro-indiviso*, y la otra que sólo consideraba propietario al condomino por la parte que tenía en la cosa, era el *condominium pro-diviso* de los romanos, que es el adoptado por nuestra legislación.

Por nuestro Código, *el condominio es el derecho real de propiedad que pertenece á varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble ó inmueble* (**art. 2673**), de modo que cada una

---

(**Art. 2673.**) El condominio no ha sido tratado especialmente en el Código, Francés y los comentadores han reconstituido la teoría, que ha seguido Freitas en su proyecto y el Dr. Velez-Sarsfield en el Código. Nuestro artículo se refiere al condominio que reconoce una parte indeterminada en la cosa, aunque determinada intelectualmente, pues la determinación reside más en la inteligencia que en el cuerpo, como dice la ley romana.—Comp. Maynz, § 116 texto y nota 2. Aubry y Rau, § 221, texto y nota 2. Freitas, art. 4336. — Véanse arts. 2503, n° 1, 2506, 2508 y 2674.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2673.—Véase L. 11, Tít. 10, Part. 5ª, y LL. 1 y 2, Tít. 15, Part. 6ª.

Fallos de la S. C. N.— Aplicación del art. 2673. — La acción de división de condominio impugnada por el demandado que sostiene ser dueño único, es

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sólo tiene una parte determinada abstractamente, por una operación intelectual, sin que muchas veces sea posible determinarla materialmente sobre la misma cosa, pues eso importaría su destrucción. Así, se puede tener la propiedad de la mitad de una estatua, sin que esa mitad pueda jamás determinarse materialmente, y cuando se trate de hacer cesar en condominio, cada dueño ejercerá su derecho sobre el precio.

El condominio que es el mismo dominio perteneciente á varios, necesita cosas materiales sobre qué ejercerse, y por esa razón *no es condominio la comunión de bienes que no sean cosas* (**art. 2674**),

---

(**Art. 2674.**) Para que haya condominio es necesario que exista una cosa material sobre la que debe ejercitarse el derecho de propiedad; no hay condominio en derechos personales que no puedan ser objeto de una apropiación en el sentido estricto. Así, la universalidad de los bienes de una herencia no puede ser objeto de condominio, aunque sí las cosas determinadas de que se compone; la comunidad es una acreencia, porque no hay propiedad en el sentido del derecho. No hay condominio en el concurso

---

una acción reivindicatoria, y no de deslinde; y su conocimiento corresponde á la Justicia Federal, si las partes son argentinas de distinta vecindad. XLII, 148.

La sentencia ejecutoria que desconoce el condominio afecta solamente al condómino que fué parte en el juicio, y este no puede pretender que el condómino que no intervino en dicho juicio y conservó ó se hizo reconocer su parte lo admita como condómino de ésta. XLIX, 31.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2673. — Reconocida, por instrumentos públicos y privados la existencia de condominio sobre un inmueble, procede la división; aun cuando el contrato no haya sido elevado á escritura pública.—Jur. Civ., XIV, 262, Sér. 4ª.

Se reputan condóminos los propietarios de terrenos limítrofes sin separación, y no pueden levantar divisiones sin consentimiento mutuo.— Jur. Civ., VIII, 165, Sér. 1ª.

La compra á perpetuidad, del terreno en que se encuentra la bóveda de familia, en adquisición particular y como heredero del arrendatario, establece un condominio con los demás coherederos, para cuya adquisición éstos sólo están obligados á abonar la parte que les corresponda en el precio de compra.— Jur. Civ., VI, 116, Sér. 3ª.

El reconocimiento de un condominio en instrumento privado importa el reconocimiento de hacer escritura pública.—Jur. Civ., I, 104, Sér. 4ª.

Existe condominio sobre un sepulcro, siempre que se permite la inscripción á nombre de los condóminos y se reconoce el derecho de disponer de él para su familia y allegados, aun cuando el título de propiedad del terreno se encuentre otorgado á nombre de uno solo de los condóminos. — Jur. Civ., VI, 5, Sér. 3ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

porque no se pueden ejercer actos materiales sobre objetos inmateriales, y la propiedad se traduce por la posesión de la cosa como su derecho más importante.

El condominio tiene tres fuentes que pueden constituirlo: el contrato, el testamento y la ley.

Del contrato nace el condominio entre los compradores de una cosa para explotarla ó gozarla en común, y la adquisición bajo sus diversas y variadas formas, en que la voluntad de las partes interviene como soberana.

Del testamento, cuando se dejan cosas indivisas á dos ó más personas. De la ley, cuando son el resultado de actos á los que ésta atribuye un condominio forzoso, como sucede con los bienes en el matrimonio y con las personas jurídicas en caso de disolución, en que los socios son condóminos en los bienes de la sociedad.

Así, *el condominio se constituye por contrato, por actos de última voluntad, ó en los casos que la ley designa* (**art. 2675**).

---

de derechos reales de dos ó más personas sobre una misma cosa, si son derechos de calidad diferente; así, el hipotecario y el usuario de un mismo inmueble no son condóminos; como no lo son cuando los propietarios del mismo inmueble tienen una parte determinada y dividida.—Comp. Aubry y Rau, § 221 y Freitas, art. 4338, n° 1.—Véanse arts. 2311, 2312, 2506 y mi nota, 2758 á 2764.

(**Art. 2675.**) El contrato en sus múltiples y variadas formas es una de las principales fuentes del condominio; de cualquiera manera que dos ó más personas vengan á crearse un derecho indiviso en una cosa éste existirá. La prescripción puede crear igualmente el condominio, cuando dos ó más personas han poseído en común la cosa de otro, ejerciendo actos de dominio durante el tiempo prescrito por la ley.

La ley es una de las fuentes del condominio, cuando lo atribuye como consecuencia de determinados actos. Así, en la sociedad conyugal que se liquida, los gananciales, tratándose de cosas, vienen á crear el condominio, como se crea continuando con los bienes en común en una sociedad que debe dividirse. La confusión crea también el condominio, y tiene lugar cuando se mezclan líquidos, así como la conmistión que es la mezcla de cosas secas. En la sociedad no hay verdadero condominio sino cuando se liquida; porque antes de la liquidación los socios no tienen una parte

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2674. — Aubry y Rau, § 221.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 747.—De los derechos de los condóminos sobre la cosa común

Se dijo que cada condómino tiene una parte ideal ó abstracta en la cosa, porque es imposible fijarla realmente, sin que se pueda decir que esté materialmente indeterminada, pues, si fuera cierto, se podría hacer cesar la indeterminación, lo que es imposible, cuando se trata de un todo cuya más pequeña desmembración lo destruiría; por esa razón, ninguno de los condóminos puede ejercer su derecho exclusivo de propiedad sobre la más mínima parte determinada de la cosa común.

Ha sido necesario establecer una forma apropiada para que cada co-propietario pueda ejercer sus derechos sin daño de los

---

determinada ni idealmente en la cosa; mientras la sociedad existe forma un ser moral, como dice Pont, distinta de la persona de los asociados, y la cosa que corresponde á la sociedad no pertenece proporcionalmente á los socios, no es cosa común, es de la persona jurídica, y sólo á la liquidación viene á establecerse el condominio hasta la adjudicación que se haga. Si los socios se reputan como terceros extraños á la sociedad en sus relaciones con ésta, que forma otra persona, ¿cómo se pretendería que tienen condominio en las cosas de la sociedad?.—Comp. Troplong, *Prescr.* núms. 244 y 884. Duranton, XVII, núms. 334 y sig. Aubry y Rau, § 377, texto y nota 16.—Véanse arts. 947, 2502, 2505, 2600, 2717, 2746 y 4000.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2675.—Como en los casos de los gananciales de la sociedad conyugal, ó cuando se prolongue una indivisión, ó en los casos de comisión ó confusión de cosas.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2675. — La entrega de una suma determinada, para la construcción de un edificio, importa constitución de un condominio y no un préstamo, aun cuando el título del terreno se encuentre á nombre de uno solo de los contratantes.- Jur. Civ., IX, 35, Sér. 2ª.

Para justificar la existencia de un condominio sobre inmuebles, sólo es admisible la prueba resultante de un instrumento público. — Jur. Civ., II, 180, Sér. 3ª.

No basta para adquirir el condominio el hecho de edificar un terreno ajeno. —Jur. Civ., VIII, 334, Sér. 1ª.

Reconocida por instrumentos públicos y privados la existencia de condominio sobre un inmueble, procede la división, aun cuando el contrato no haya sido elevado á escritura pública.—Jur. Civ., XIV, 262, Sér. 4ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

demás, y por eso la ley ha dicho: *cada condómino goza, respecto de su parte indivisa, de los derechos inherentes á la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella, y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás co-propietarios* (**art. 2676**); porque si su parte es *ideal*, en el sentido de que no puede materializarse en parte alguna de la cosa, su derecho se ejerce sobre una parte *material* de esa cosa, de una manera exclusiva, siempre que no hiera el derecho de los demás. Así, el que tiene la tercera parte en una casa, tiene

---

(**Art. 2676**). Este artículo demuestra que nuestro Código ha aceptado la teoría romana respecto del condominio, rechazando la germánica, en que se reconocía á cada propietario dueño del todo, salvo las restricciones á que se encontrara sometido por el derecho análogo de sus condóminos. Según nuestro Código, cada condómino sólo es propietario de la parte indivisa que le corresponde en la cosa; de donde se deduce que no puede disponer sino de esa parte, sea para enajenarla ó gravarla, sea para reivindicarla cuando ejerciera los derechos inherentes á ella. Cualquier acto por el cual uno de los condóminos se atribuyera dominio sobre el todo ó sobre una parte determinada de la cosa, no tendría valor en el primer caso, y podría ser contestado por sus condóminos en el segundo.

Como la parte indivisa no puede determinarse materialmente, resultará que el goce en la cosa debe ser compatible con la naturaleza de ella, pues si fuera una casa la poseída en común con otro, sería necesario arreglarse de manera á tener la mitad del goce, si ambos vivieran en ella. Aubry y Rau, § 221, núm. 1, de donde ha sido tomado nuestro artículo dicen: «que cada condómino goza de los derechos inherentes á la propiedad compatibles con la naturaleza *puramente intelectual* de esa parte»; porque si tiene una parte corporal que le corresponde en la cosa, esa parte está en la inteligencia que la determina idealmente. — Freitas, art. 4351, dice que cada condómino podrá gozar de la cosa, siempre que no estorbe el uso ó goce de los demás. — Véanse arts. 1389, 2489, 2515, 2608, 2677 á 2679, 2684, 2712, 2730 á 2732 3416, 3417 y 3470.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2676.—El condómino que ocupe para su uso el bien en condominio, no está obligado á pagar los frutos ó rentas al otro condómino, si no hubiese contrato que así lo determine.—Jur. Civ., III, 224, Sér. 1ª.

La transacción hecha por uno de los condóminos, sobre el bien en condominio, ni perjudica ni aprovecha á los demás quienes pueden continuar independientemente sus acciones.—Jur. Civ., I, 273, Sér. 2ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

su derecho propio á la tercera parte de la renta que la casa produzca, y puede usar de ella en la medida de su derecho, es decir, siempre que no exceda de esa tercera parte.

Y porque es dueño absoluto de su parte indivisa en la cosa común, es que *cada condómino puede enajenar su parte indivisa, y sus acreedores pueden hacerla embargar y vender antes de hacerse la división entre los comuneros* (**art. 2677**); pero no podrán embar-

---

(**Art. 2677**). Nuestro artículo decide la cuestión que se suscita en derecho francés, sobre si la regla del art. 2205, Cód. Francés, respecto á los herederos se debe extender á los demás casos, decidiéndose por la negativa, siguiendo á Zachariæ y Aubry y Rau. Desde que el condómino en un inmueble puede enajenar voluntariamente su parte indivisa, puede ser forzado á hacerlo por sus acreedores, de donde se deduce lógicamente que esa parte puede ser embargada y vendida aun permaneciendo indivisa la cosa; entrando el comprador á ser condómino en lugar del ejecutado, quien ejercerá los mismos derechos. Si la cosa estuviera sometida á la indivisión por un tiempo determinado, en virtud de un contrato anterior á la acreencia, no podrán dividirla sin el consentimiento de todos.

Quien puede vender el todo, puede hacerlo por una parte, y á varios. En el caso de venta el comprador estará sujeto al resultado de la partición.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, texto y nota 5 y ZACHARIÆ, § 197, texto y nota 9. FREITAS, arts. 4366 y 4368. — Véanse arts. 1277, 1331, 1754, 1755, 1807 nº 2, 2608, 2682, 2843 y 3489.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2677. — L. 55, Tít. 5, Part. 5ª. — Sobre los dos artículos anteriores, Zachariæ, § 279.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.— Aplicación del art. 2677.—Si el comprador sabía que el inmueble pertenecía en condominio al vendedor y sus menores hijos, no puede exigir judicialmente el cumplimiento del contrato, en tanto no exista la autorización que la ley requiere, ni aun por la parte indivisa que corresponda al condómino.—Jur. Civ., XI, 5, Sér. 3ª.

El condómino que compra en remate judicial la finca común, sólo está obligado á oblar la parte que según liquidación corresponda al condómino ejecutado.—Jur. Com., III, 381, Sér. 1ª.

El condómino no puede oponerse á la ejecución seguida por un acreedor siempre que sólo se ejecute la parte indivisa del condómino ejecutado. — Jur. Civ., II, 412, Sér. 2ª.

Véase fallo al art. 2676.—Jur. Civ., I, 273, Sér. 2ª.

El acreedor de un heredero sólo puede embargar la parte indivisa que corresponde al deudor, pero no ejecutar un bien testamentario.—Jur. Civ., IV, 464, Sér. 2ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

gar sino la parte intelectualmente determinada y venderla como tal, sin que se toque al inmueble, si la indivisión debiera continuar por el contrato anterior; si fueren varias cosas poseídas en común, la venta llevaría la condición de someterse al resultado de la división; así como lo estaría el acreedor hipotecario sobre la parte indivisa.

El derecho que cada condómino tiene en la cosa común es efectivo y real, pero como la parte no puede determinarse; de ahí es que el gravamen esté sujeto al resultado final de la división. Así, se ha dicho que: *cada uno de los condóminos puede constituir hipoteca sobre su parte indivisa en un inmueble común, pero el resultado de ella queda subordinado al resultado de la partición, y no tendrá efecto alguno en el caso en que el inmueble toque en lote á otro copropietario, ó le sea adjudicado en licitación* (**art. 2678**), por que

---

(**Art. 2678**) Si puede vender, podrá hipotecar sus derechos; sin embargo de que la hipoteca necesita un inmueble determinado y ser propietario el que la constituye. Puede constituir cualquier derecho real en su parte indivisa, de modo que si viene á ser propietario del inmueble se considerará definitivamente adquirido el derecho real. La subordinación del derecho real al resultado de la partición es lógica, porque teniendo una tercera ó cuarta parte en el inmueble, esa parte sólo está determinada idealmente, y si resulta que no adquiere el inmueble, nada ha tenido que gravar, por más que tenga su parte en el precio ó en el valor de la cosa. Si la cosa común se ha vendido en licitación, y la adquiere uno de los condóminos, el derecho real se ha extinguido, no así cuando la hubiere adquirido el hipotecante, pero la hipoteca quedará limitada á la parte indivisa. ¿El acreedor puede, en resguardo de sus derechos, intervenir en la división? Eso dependerá de las leyes de procedimientos, que deberán autorizarlo para que no sea defraudado, porque en la adjudicación puede resultar que nada le corresponda al condómino deudor. El presente artículo está repetido en el 3123 y queda explicado en el 2683 y 2124; el 3504 es una aplicación. Téngase presente el art. 2987, y la nota al art. 2683. Freitas, art. 4366, dice que la eficacia quedará en suspenso hasta la extinción del condómino. — Comp. AUBRY y RAU, § 221, texto después de la nota 6. ZACHARIÆ, l. c. TOULLIER, III, nº. 573 y DEMOLOMBE, XII, nº 743. — Véanse arts. 2068, 2504, 2682, 2683, 2695, 2696, 2843, 2987, 3123 á 3125 y 3504.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2678 — Zachariæ, lugar citado.—

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

se entiende que el derecho ha quedado sujeto á la resolución del dominio.

Cuando una persona poseyera sin derecho toda la cosa común, como el co-propietario no tiene sino una parte en ella, por eso no podría ejercer la reivindicación por la totalidad; y cuando el **art. 2679** dice: *cada uno de los condóminos puede reivindicar,*

(**Art. 2679**) La doctrina es que cada condómino tiene la propiedad de su parte indivisa, si es que podemos aplicar la palabra propiedad á una parte indeterminada de la cosa; teniendo pues, sólo una parte es lógico que no podría reivindicar el todo, porque no le pertenece. Cuando el artículo dice, que cada condómino puede reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa, se debe entender que su derecho no debe ir más allá de su parte, porque no tiene poder de los otros, y porque el derecho de éstos puede estar extinguido por la prescripción ó por cualquier otra causa. Si un tercero extraño ha tomado la cosa perteneciente á tres, uno de estos no puede reivindicar sino su tercera parte, de modo que si el actual poseedor á título de propietario se la reconociera al ser demandado, su acción cesaría, y sería condómino con el actual poseedor. La misma acción puede dirigirse contra uno de los condóminos que se atribuyese la propiedad del todo. Por eso dicen, con razón, Aubry y Rau, § 221, texto á la nota 7, que la reivindicación no tiene por objeto el abandono ó entrega de la cosa en su totalidad, sino el reconocimiento del derecho de co-propiedad que le corresponde al reivindicante. Apoya esta conclusión el art. 3450, aunque cada uno de los herederos representa al difunto y en este carácter pueda reivindicar

---

Aubry y Rau, § 221.—Toullier, tom. 3, nº 573.—Pardessus, *Servidumbres*, tom. 2, nº 254.—Demolombe, tom. 12, nº 743.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2678. — Véase LXI, 426.

El condómino que ha hipotecado válidamente toda la cosa común, no puede entregarla en pago sin el consentimiento del otro condómino.

El condómino que no intervino en la constitución de la hipoteca tiene á salvo sus derechos personales que pueden corresponderle con motivo de la misma.—XX, 416.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2678.—Véase fallo al art. 2676.—Jur. Civ., I, 273, Sér. 2ª.

Los condóminos en asuntos litigiosos, no pueden oponerse al reconocimiento ó cesión de derechos á favor de un tercero y que sólo afecta la parte del cedente. —Jur. Civ., X, 410, Sér. 2ª.

El condómino tene derecho á quedarse con el bien por el precio que en licitación se adjudique á un tercero, siempre que sea mayor que el de la tasación.—Jur. Civ. II, 516, Ser. 1ª.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella, indica que la reivindicación tiene por principal objeto

---

el inmueble. El heredero pro-indiviso es un condómino en la verdadera acepción de esta palabra; su acción es sobre toda la herencia, quedando sujeto al resultado de la partición; puede corresponderle la finca que reivindica, como no tener derecho á ella, si ha sido adjudicada á otro. De ahí la necesidad de que su acción sea por el todo en la herencia, y proporcional á su parte en la reivindicación; porque no puede tomar los derechos de sus co-herederos. Esto corresponde á la ley de procedimientos. Cuando estudiemos el art. 3450 demostraremos la necesidad de que las leyes de forma completen una disposición que aplicada en su sentido literal, traería incorrecciones é injusticias.

El Dr. Llerena, después de admitir que el condómino reivindicante «no puede pretender una posesión exclusiva, y que basta con que sólo se le reconozca el derecho que tiene», sostiene más adelante que «la acción debe ejercerse por el todo» reconociendo que «la demanda no puede dar el resultado de quitar la posesión del demandado». ¿Y entonces, por qué demandaría el todo? El mismo autor dice, que «al propietario de una parte indivisa se le considera propietario de la totalidad de la cosa, salvo las restricciones á que el ejercicio del derecho análogo de los otros co-propietarios lo someta», lo que importaría implantar la teoría germánica, expresamente rechazada por nuestro Código al conceder á cada condómino el goce de su parte indivisa, teoría que sólo se admite por necesidad en la indivisión forzosa de la herencia.

Savigny, Aubry y Rau, Maynz, así como nuestro Código, denominan parte *ideal* á la que cada condómino tiene en la cosa y que está materialmente indeterminada, denominación que algunos combaten como errónea, porque las partes ideales, dicen, no pueden formar una cosa corporal, y porque los sumandos determinan la naturaleza de la suma. Para darnos cuenta de la dificultad, supongamos que dos individuos son propietarios en común de un cuadro ó de una estatua, ambos poseen materialmente el cuadro ó la estatua ¿pero cuál es la parte *corporal* ó material de cada uno? Se dice, no porque esté indeterminada, deja de ser una parte material; pero esto no es responder á la pregunta, es ir hacia otro orden de ideas que no se relaciona íntimamente con ella. La imposibilidad de determinar materialmente la parte de cada uno, hace que esa parte esté únicamente en la inteligencia, en la idea de una división de la cosa, sin que se relacione con el objeto final de la división del valor, en que recién

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

obtener el reconocimiento como condueño por la parte que le corresponde, desde que no puede determinarla. La reivindica-

---

viene á materializarse la parte que antes sólo estaba en nuestra inteligencia. Es que la parte de cada condómino no es material, reside en la idea de una mitad ó de una tercera parte, como no es material la idea de una vaca ó de un caballo, mientras está en nuestra mente. La idea de que los sumandos determinan la naturaleza de la suma, es exacta, pero inaplicable al caso, porque sumamos idealmente las partes que cada uno tiene en la estatua, y que en nada se refieren á la materialidad de ésta. La parte está idealmente determinada; pero indeterminada materialmente, y si nuestro derecho es efectivo y no ideal, no por eso es menos cierto que no es material la parte que poseemos, por más que gocemos de la cosa en la medida de la que tenemos. La división de una cosa material puede ser ideal, mientras no se ha realizado materialmente, sin que nuestro derecho participe de esa idealidad. — Comp. MAYNZ, § 204, texto y nota 6. AUBRY y RAU, § 221, texto á la nota 7, y § 620, texto al principio, y ZACHARIÆ, § 279, texto y nota 7.

No se puede reivindicar una parte material de la cosa común, porque no es dueño de parte determinada, y su propio interés no puede tener por objeto sino el reconocimiento de la parte que tiene en la cosa.— Véanse arts. 2410, 2489, 2676, 2761 y 3450.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2679.—L. 8, § 1, Tít. 3, Lib. 10, Dig.— L. 2, Tit. 37, Lib. 3, Cód.—Maynz, § 360.—Aubry y Rau, § 221, n° 2.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2679. — En el caso de una acción de condominio en que cada uno de los partícipes puede ejercitarla por el todo y ninguno de ellos puede reivindicar individualmente una parte, tiene necesariamente aplicación el art. 1° de la ley de 14 de Septiembre de 1863, que en caso de una acción ú obligación solidaria exige, para establecer la competencia nacional, que cada uno de los demandantes ó de los demandados tengan individualmente el derecho de demandar ó ser demandado ante los tribunales nacionales.

No puede hacerse lugar, en una acción de condominio promovida por los condóminos ante la justicia nacional, al desistimiento de uno de ellos que por no tener el derecho de demandar ante los tribunales nacionales se reserva el de ocurrir á la justicia provincial; porque no puede admitirse que un condómino reivindique una parte del condominio ante los tribunales nacionales y otra parte ante los de la Provincia.—XIII, 407.

Los Tribunales Nacionales no son competentes para entender en la acción de reivindicación de un condómino contra un tercero por razón de las personas, si no lo son al mismo tiempo para todos los demás condóminos. — XVII, 446.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ción en este caso se reduce á hacer reconocer su derecho y tomar la propiedad que le corresponde en ella.

§ 748.—Limitación del derecho de los condóminos

Partiendo del principio de que cada condómino sólo tiene en la cosa común un derecho idealmente determinado, pero indeterminado materialmente, se llega á la conclusión de que, *ninguno de los condóminos puede, sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa común ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales ó jurídicos que importen el ejercicio actual é inmediato del derecho de propiedad. La oposición de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer á este respecto* (**art. 2680**); porque siendo la cosa de todos y no pudiendo de-

---

(**Art. 2680.**) Dijimos que la parte de cada condómino estaba intelectual ó idealmente determinada, lo que no importaba decir, que no tuviera una parte material de la cosa una vez dividida ó vendida, sino que siendo indeterminada y no residiendo en ninguna de las partes materiales de ella, ninguno de los condueños podía atribuirse propiedad sobre una parte que no estaba determinada. Así, cualquier acto en que cada condómino se atribuya la propiedad del todo ó de una parte determinada, ataca el derecho de los demás, y no puede ejecutarse válida-

---

La tercería de dominio puede deducirse hasta que no se haya dado posesión al comprador de la finca subastada.—XX, 78.

El vendedor de parte de un campo, sin mensura, pero que por actos sucesivos, reconoce el límite separativo entre la parte vendida y la que se reservó en la venta, no puede reivindicar las fracciones que se hallan fuera de ese límite.—XXXV, 162.

La sentencia ejecutoriada que desconoce el condominio afecta solamente al condómino que fué parte en el juicio, y este no puede pretender que el condómino que no intervino en dicho juicio y conservó ó se hizo reconocer su parte lo admita como condómino de esta.—XLIX, 31.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2679.—El condómino carece de derecho para reivindicar del tercero detentador, una parte materialmente determinada de la cosa común sin el consentimiento de sus condóminos ó sin haberse verificado antes la división.—Jur. Civ., III, 210. Sér. 4ª.

El heredero que recibe como de su causante el bien hereditario, se supone que posee para sí, y los que se consideren con derecho por un condominio anterior, deben ejercer sus acciones en tiempo oportuno para interrumpir la prescripción.—Jur. Civ., V, 3. Sér. 4ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

terminarse la parte de cada uno, la mayoría no puede quitar el derecho que tiene cualquiera de ellos para oponerse á que los demás dispongan de la totalidad ó de parte determinada de la cosa, ni la desnaturalicen haciendo construcciones.

Ninguno de los condóminos puede hacer en la cosa común innovaciones materiales, sin el consentimiento de todos los otros (**art. 2681**).

El uso que el co-propietario haga de la cosa común debe ser

---

mente; pero no sucede así, cuando se trata de actos de mera conservación de la cosa, porque no refiriéndose al goce ni á la propiedad de ella, en nada hiere el derecho de los demás. Lo que el artículo prohibe á los co-propietarios es que ejecuten actos de propietarios que priven del goce ó de la administración á que los demás tienen derecho. Aubry y Rau, § 221, nº 2, dicen, «que no pueden ejercer actos materiales ó jurídicos sobre la *totalidad* de la cosa»; pues no correspondiéndoles el todo sería una usurpación; no pueden tampoco ejercerlos sobre una parte determinada, porque no les corresponde, pues la que poseen está incierta y se extiende sobre toda la cosa, y cada una de sus partes más pequeñas lleva el condominio, que se divide sólo por una operación material; mientras esto no tiene lugar continúa la indivisión. Freitas, art. 4350, habla de los actos de disposición, que se refieren al uso y goce.—Comp. PARDESSUS, *Serv.*, I, nº 192. DEMOLOMBE, XI, nº 447. — Véanse arts. 684, 1331, 1387, 1613, 2681 á 2684, 2699, 2700 y 3015.

(**Art. 2681.**) Es una consecuencia del artículo anterior, porque las innovaciones importan actos materiales, donde se atribuye la propiedad de la cosa; demostrando así, que si se tratase de actos de reparación y conservación, que son también actos materiales, nadie podría contestarle ese derecho, pues no ataca el de los demás.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, texto á la nota 6.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2680.—Pardessus, *Servidumbres*, tom. 1, nº 192.– Demolombe, tom. 11, nº 447.—Aubry y Rau, § 221, nº 2.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2680. — Véanse los fallos al artículo anterior. XX, 78. XXXV, 162, y al artículo 2670. XXX, 83.

No puede hacerse lugar, en una acción de condominio promovida por los condóminos ante la justicia nacional, al desistimiento de uno de ellos que por no tener el derecho de demandar ante los tribunales nacionales se reserva el de ocurrir á la justicia provincial; porque no puede admitirse que un condómino reivindique una parte del condominio ante los tribunales nacionales, y otra parte ante los de la Provincia.—XIII, 407.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

compatible con el derecho de los demás, de modo que no sólo no les prive de la cosa, sino que no los moleste; así, creo que el co-propietario de un patio común no podría poner una fragua en él, porque perjudicaría á los demás.

Se dijo que el co-propietario era sólo dueño de su parte indivisa que podría gravar ó vender con completa independencia, pero tratándose de la totalidad de la cosa en que tiene una parte determinada intelectualmente, *el condómino no puede enajenar, constituir servidumbres, ni hipotecas con perjuicio del derecho de los co-propietarios. El arrendamiento ó el alquiler hecho por alguno de ellos es de ningún valor* (**art. 2682**); *sin embargo, la enajenación,*

(**Art 2682.**) El perjuicio puede provenir, cuando ha enajenado ó hipotecado una parte materialmente determinada, ó la cosa en su totalidad, ó una parte mayor de la que tenía. Cuando vendió toda la cosa, se regirá por lo dicho en el art. 1331, con el que se debe armonizar, como se dirá en el artículo siguiente. La enajenación de mayor parte de la que le corresponde en la cosa se anulará en el exceso según los casos. Lo que la ley prohibe es que se perjudique á los demás condóminos. Del mismo modo, el arrendamiento de toda la cosa sería válido, si esta llegase á corresponder en su totalidad al locador; pero el de su parte indivisa no puede tener valor, porque no está determinada; sin embargo, podrá hacerse cuando los condóminos se hubieran convenido en determinarse partes de la cosa común para usarla independientemente unos de otros. El arrendamiento será igualmente válido, si hubiera sido condicional, sujetándose al resultado de la división, porque sólo comenzaría á tener efecto una vez que se hubiera determinado la parte que le correspondiese al locador. Si se hubiera arrendado la parte indivisa al sólo efecto de percibir la proporcional de lo que produjera la propiedad, ó con el objeto de arrendar á los demás co-propietarios, el arrendamiento sería válido, porque habría reunido el todo de la propiedad arrendando separadamente á cada uno de los co-propietarios, como por ejemplo, si arrendase á B, su tercera parte indivisa en el inmueble y sucesivamente las dos terceras partes que corresponden á C, y D. Lo que la ley anula es el arrrendamiento hecho por uno de ellos en perjuicio de los otros, ó de una parte indeterminada de la cosa, porque no existe el objeto. La nulidad del arriendo de una cosa indivisa puede ser demandada por cualquiera de los contratantes; pero una vez que ésta se ha dividido será eficaz en la parte que le haya correspondido al locador.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, texto á la nota 9. FREITAS, arts. 4366 y 4368.—Véanse

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

constitución de servidumbres ó hipotecas, el alquiler ó arrendamiento hecho por uno de los condóminos vendrá á ser parcial ó integralmente eficaces, si por el resultado de la división el todo ó parte de la cosa común le tocase en su lote (**art. 2683**).

---

arts. 684, 1331, 1512, 1695, 2504, 2677, 2683, 2699, 2843, 2985 y 3015.

¿Puede un condómino arrendar á su co-propietario su parte indivisa? Debemos distinguir: si por el arrendamiento de esa parte adquiere el goce de toda la propiedad, nos resolvemos por la afirmativa, porque la parte indeterminada viene á quedar en cierto modo determinada por la posesión de la totalidad de la cosa; pero me decido por la negativa, cuando la parte quedase siempre indeterminada. Algunos adoptan la afirmativa sin distinción, encontrando el obstáculo en que cada condómino se considera propietario *del todo* y no puede arrendar su propia cosa; principio erróneo, en el condominio simple, porque cada condómino es sólo dueño de su parte indivisa. La dificultad es que no se puede arrendar una cosa indeterminada, sino sujeta á la determinación previa, ó cuando se estipula que comenzará una vez que ésta se hubiere hecho.

(**Art. 2683.**) El presente artículo separado del anterior, pero unido por el adverbio, *sin embargo*, lo hace considerar como formando uno solo con él, y se debe armonizar con el 1331, que declara nula la venta de la totalidad de la cosa indivisa hecha por uno de los condóminos, aun por la parte que le corresponda, viniendo á ser una excepción al principio enseñado por el presente; sin embargo haremos notar, que si el vendedor fuera el que atacara la venta aun por la parte que le correspondiese, como debe pagar los daños é intereses, en cierto modo cumpliría el contrato, desde que indemniza al comprador de todo perjuicio. Habría ganado en claridad el artículo si su última parte se hubiera unido al 2678. Se debe entender, pues, que cuando uno de los condóminos enajena ó constituye hipotecas en la cosa común (menos en la venta) con perjuicio de los demás condóminos, vendrá á ser eficaz el contrato, si por el resultado de la partición, ó por cualquiera otra causa le correspondiese al enajenante en

---

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2682.—Véase fallo al artículo 2678. LXI, 426.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2682. — La inhibición de los bienes que forman el haber testamentario, puede pedirla el heredero reconocido.—Jur. Civ., II, 55. Sér. 1ª.

La tasación sólo puede recaer sobre la parte indivisa del ejecutado, la general es nula.—Jur. Civ., II, 412. Sér. 2ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando uno de los condóminos hubiera constituído una servidumbre sobre el todo de la cosa común, y viniera á adquirirla por

---

parte ó en su totalidad; porque habiendo enajenado el todo de la cosa, no podría reclamarla si él mismo la adquirió en la licitación, desde que tiene que eviccionarla.—Véase lo dicho en la nota 1331.

Cuando el propietario pro-indiviso ha establecido una servidumbre sobre la cosa común, y vende su parte á un tercero, como el comprador ha adquirido ese derecho gravado, si llega á obtener la propiedad de la totalidad, tendrá que respetar la servidumbre, pues se considera como establecida por él desde que ha venido á sucederle en sus derechos, art. 2987; pero si la cosa hubiera sido adjudicada á alguno de los condóminos, la servidumbre quedaría sin efecto, porque la existencia del derecho está sometida á la condición de la división; lo mismo sucedería si el adquirente de la parte indivisa gravada fuera uno de los condóminos que obtuviera la cosa por licitación, pues en ese caso, se considera como que ha sido único dueño desde un principio. Si uno de los condóminos hubiera adquirido la parte indivisa gravada, y le correspondiese la cosa por la división, se debe distinguir: si por su parte propia le fué adjudicada toda la cosa, la servidumbre ó hipoteca se extingue, porque estaba sujeta á la partición; si se le adjudicó una cosa por su parte y otra por la comprada á su condómino, esta última debe soportar el gravamen en los mismos términos que lo impuso su vendedor; lo mismo sucedería si adquiriese la cosa por licitación. Aubry y Rau, § 221, texto á la nota 11, dicen con más claridad: «sin embargo, los actos de enajenación, de constitución de servidumbre ó de hipotecas y los arrendamientos *consentidos por uno de los condóminos* vendrán á ser parcial ó integralmente eficaces, si por el resultado de la partición, todo ó parte de la cosa común cayese en el lote de este último»; porque estando determinada su parte caerá sobre ella; si ha adquirido el todo se reducirá á la parte gravada, porque sólo esa es la obligada. —Comp. ZACHARIÆ, § 279. TOULLIER, III, nº 573. DEMOLOMBE, XII, nº 742. — Véanse arts. 1331, 1512, 2504, 2678, 2682, 2697, 2986 á 2988, 3123á 3124, y 3504.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2683.—Zachariæ, § 279.—Toullier, tom. 3, nº 573.—Pardessus, tom. 2, nos 250 y siguientes.—Demolombe, tom. 12, nos 742 y siguiente.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación al art. 2683.—Véase fallo al artículo anterior. LXI, 426.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2683.—Si uno

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la licitación, la servidumbre se mantendría; si por el contrario, la cosa hubiera sido adquirida por otro, quedaría extinguida. Si el co-propietario hubiera constituído una servidumbre, y después vendiese su parte indivisa á un tercero, que viniera á adquirir la cosa, la servidumbre deberá mantenerse en los mismos términos en que hubiera sido obligatoria para su causante.

§ 749.—Cargas comunes á los condóminos

Cada condómino es dueño exclusivo de su parte indivisa, y puede venderla, hipotecarla ó gravarla con completa independencia; pero su derecho con relación al uso de la cosa común se encuentra limitado no sólo por el derecho análogo de los demás, sino también por la naturaleza de la misma, no pudiendo emplearla en otros usos que aquellos para los que está destinada. Así, es que: *todo condómino puede gozar de la cosa común conforme al destino de ella, con tal que no la deteriore en su interés particular* (**art. 2684**), y no impida á sus condóminos usar de ella según

---

(**Art. 2684.**) El único límite impuesto al derecho del condómino, es no perjudicar la cosa común, ni impedir el derecho análogo de sus condóminos; por consiguiente no podrá cambiar el destino de la cosa sin el consentimiento de los demás. En la indivisión forzosa, como en los patios ó pasajes comunes, hay una especie de confusión de derechos concurrentes, y cada uno puede ejercer la totalidad del derecho, siempre que no impida el análogo de sus condóminos. En la indivisión forzosa se deben seguir las reglas del condominio y no las de las servidumbres, porque es á título de co-propietarios que ejercen esos derechos.

Perjudicaría el derecho de los otros condóminos, por ejemplo, si teniendo una propiedad contigua al fundo común, estableciera vistas rectas á menos de tres metros de distancia, fundándose en que son sobre un terreno común. No es necesario que el deterioro sea en beneficio propio, porque no puede atacar el derecho de los demás, aunque no saque provecho.—Comp. Aubry y Rau, § 221, nº 3. Demolombe, XI, nº 445 y XII, nº 565. Freitas, art. 4351.

Si han arreglado el modo de usar la cosa, como si cada uno debiera

---

de los condóminos exige judicialmente el pago de las mejoras, no procede la división hasta la resolución del litigio.—Jur. Civ., VIII, 295. Sér. 6ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sus derechos; por consiguiente, si el condómino fuera dueño de la propiedad vecina, no podría establecer vistas sobre la común, sino dentro de las distancias fijadas por la ley.

Como la cosa común proporciona á cada condómino un goce que se estima por la parte que cada uno tiene en ella, de ahí es que, *todo condómino puede obligar á los co-propietarios en proporción de sus partes á* (pagar) *los gastos de conservación ó reparación de la cosa común; pero pueden librarse de esta obligación por el abandono de su derecho de propiedad* (**art. 2685**).

---

tenerla en su totalidad alternativamente por año, podrá arrendarla y usarla como único propietario durante ese tiempo; pero cualquier contrato estará sujeto á la división final.

(**Art. 2685.**) Si suponemos que se ha legado á dos la propiedad de una cosa, y á otros dos el usufructo, los propietarios no tienen que contribuir á los gastos de conservación, que los usufructuarios deben ejecutar. No creo como algunos, que sería enmendar el texto de la ley el aceptar la doctrina de Freitas, art. 4359, de que los gastos de conservación deben soportarse en proporción de los frutos que cada uno perciba; porque el artículo solo dice: en proporción de su parte, y si bien en general debe suponerse que es de su parte en la propiedad, porque es con relación á ésta que se tiene el goce; no podemos suponer el absurdo de que se le debería obligar á esos gastos, aunque sólo tuviera la nuda propiedad y los demás el usufructo; ó cuando teniendo la mitad de la propiedad sólo tuviera una cuarta parte en los frutos. Se debe, pues, entender que contribuirá con los gastos en proporción de su parte, cuando goza de la cosa en esa proporción; pero no en caso contrario. Aubry y Rau, § 221, nº 5, de donde ha sido tomado nuestro artículo dicen: proporcionalmente á *su interés*, y así lo enseñan los autores en general. ¿Por qué ceñirse al texto material, cuando de su aplicación resulta una injusticia ó un absurdo? El art. 2690 confirma nuestra tesis, desde que la parte del insolvente debe repartirse en proporción del interés.—Véase DEMOLOMBE, XI, nos 448 y 449. ZACHARIÆ, § 279.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2684.—Demolombe, tom. 11, nos 445 y siguiente.—Pardessus, *Servitudes*, tom. 1, nº 192.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2684. — El condómino que ocupa para su uso el bien en condominio, no está obligado á pagar los frutos ó rentas al otro condómino, si no hubiese contrato que así lo determine.—Jur. Civ., III, 224. Sér. 1ª.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Si la parte que tuviera en la propiedad fuera diferente de la que correspondiese al uso ó goce, se debe atender á éste, porque se trata de la conservación para gozar de la cosa. Si por testamento se hubiera legado la mitad de la nuda propiedad á uno y el usufructo de esa mitad á otro, legándose á un tercero la otra mitad; éste no podría exigir al co-propietario en la nuda propiedad, los gastos de conservación y reparación, sino á su co-usufructuario, desde que á él le corresponden esos gastos, dividiéndose proporcionalmente al usufructo.

El abandono debe hacerse cuando el co-propietario sea requerido para contribuir á los gastos comunes. Si á unos correspondiese el usufructo y á otros la nuda propiedad, el abandono debe ser del usufructo, cuando el usufructuario no quisiera contribuir á los gastos de conservación.

Cuando el co-propietario hubiera ocasionado el daño, él debe responder personalmente, sin que los demás condóminos estén obligados á contribuir, ni aun á las consecuencias que hubieren sobrevenido con ocasión de éste.

Si requerido el condómino para contribuir á los gastos de reparación ó conservación no lo hiciera, el co-propietario que los hubiere hecho podrá demandar el pago de la cuota que le corres-

---

Cuando los gastos fueran rechazados por uno de los comuneros, por no considerarlos de conservación, será necesario la decisión judicial, y sólo cuando la sentencia es firme debe procederse al abandono, si no quiere contribuir á ellos. Si los gastos de conservación vinieran por culpa del co-propietario, él debe hacerlos á su costa, sin que pueda libertarse por el abandono, porque se trata de hechos personales de que es el único responsable. — Comp. POTHIER, *Sociedad,* nº 192. PARDESSUS, *Serv.,* I, nº 192, y DEMOLOMBE, l. c.—Véanse arts. 1677, 2686, 2722, 2726 y 2727.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2685.—Zachariæ, § 279.—Pothier, *Société,* nº 192.—Pardessus, *Servitudes,* tom. 1, nº 192.—Demolombe, tom. 11, nos 448 y siguientes.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2685.—El condómino tiene derecho á percibir de los demás condóminos, el importe de las mejoras que hubiese hecho en el bien común, según tasación, pero debe concurrir á los gastos de conservación, á menos que prefiera abandonar su derecho á la propiedad.—Jur. Civ., III, 529. Sér. 1ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ponda, por eso dice el **art. 2686**: *no contribuyendo el condómino ó los condóminos, pagarán los intereses al co-propietario que los hubiere hecho, y éste tendrá derecho á retener la cosa hasta que se verifique el pago,* y no podrá libertarse haciendo el abandono de ella ó de su goce, porque la interpelación extrajudicial lo ha constituído en mora, y como deudor moroso su obligación es personal.

§ 750. — De las deudas contraídas por los comuneros para la cosa común ó con su garantía

Cada uno de los condóminos tiene un interés en la cosa común, y para su conservación y mejora pueden ejecutar todos aque-

---

(**Art. 2686.**) No contribuyendo *á tiempo* con su cuota, dice Freitas, art. 4361, y así debemos considerarlo; porque el abandono sólo puede hacerse cuando es requerido para los gastos; pasado ese tiempo y cayendo en mora, la deuda viene á ser personal, y no puede libertarse por el abandono. Se entiende, pues, que la palabra *cuota* ha sido suprimida por olvido, porque no podría pagar intereses de la cuota en los gastos, si no debiera ésta.

Cuando hubiere abandonado la propiedad ó el usufructo, si fuere usufructuario, deberá compensar con la parte de frutos que le pertenezcan y que no percibió, hasta la concurrencia de lo que importen éstos, abonando la restante. El co-propietario que hizo los gastos de conservación sin mandato expreso, se considera como un gestor de negocios, y expresamente lo establece Freitas, art. 4358; si tuvo mandato, será mandatario, y por consiguiente tiene el derecho de retención hasta el completo pago de los gastos, en uno y otro caso.

No es exacto que el abandono hecho fuera de tiempo libere al condómino de pagar los gastos, en proporción al valor del derecho á que renuncie, ni que Freitas establezca este principio; porque una vez hechos los gastos después de la interpelación, la obligación por la cuota y los intereses viene á ser personal, pues el condómino obra como gestor, y á lo único que tiene derecho es á compensarlos con los frutos que la cosa haya producido hasta donde alcancen. Con mayor razón no se libertará por el abandono, cuando el que hace los gastos fuera administrador nombrado, porque entonces tendría los derechos del mandatario. —Véanse arts. 2685, 2687, 3939 á 3946.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2686.—Véase fallo al art. 2685.—Jur. Civ., III, 529. Sér. 1ª.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

llos actos que juzguen conveniente, pero como obran por sí y sin autorización expresa, se obligan personalmente, salvo su acción contra sus co-interesados, y por eso se ha establecido, que, *á las deudas contraídas en pro de la comunidad y durante ella, no está obligado sino el condómino que las contrajo, el cual tendrá acción contra los condóminos para el reembolso de lo que hubiere pagado* (**art. 2687**), como gestor de negocios, y en aquello en que les fuera provechoso á sus co-propietarios.

Los que hubieren contratado con el condómino pueden ejecutarlo en su parte indivisa, y en su lugar y grado ó repetir lo que los demás co-propietarios le debieran.

La circunstancia de que todos los condóminos contrajeren una deuda para la conservación ó mejora de la cosa común, no les crea la solidaridad si expresamente no la hubieren estipulado, así, dice el **art. 2688**: *si la deuda hubiere sido contraída por los condómi-*

(**Art. 2687.**) Se entiende que es cuando procede como gestor de negocios, porque si hubo mandato expreso para el acto, ó si fué nombrado administrador, lo estarán en los términos del art. 1945, solidariamente por la parte de los demás, menos por la que corresponda al condómino que ejecuta las reparaciones. La obligación contraída por el condómino para con los terceros que hicieron las reparaciones es puramente personal, salvo los casos en que pudieran alegar privilegio sobre la cosa, y como obligación personal no pueden ir sino contra el que ordenó los trabajos; sin embargo, cuando fuera insolvente, los acreedores pueden ejercer sus derechos contra los otros condóminos. Cuando deba considerársele como gestor de negocios su acción se dirigirá contra los demás por su cuota en los gastos, y si alguno de ellos fuera insolvente y no alcanzaré á pagar con la parte que tenga en la cosa común, se dividirá la deuda entre los solventes á prorrata entrando á contribución el que hizo los gastos. Si los demás co-propietarios ratificaren la gestión se regirá por el artículo 2305.— Comp. Cód. de Chile, art. 2307. — Véanse arts. 1731, 2299, 2305, 2685 á 2690 y 2709.

(**Art. 2688**) Se sabe que las cláusulas del contrato son la ley de los contratantes, y que esta sólo regla las relaciones en caso de silencio; así, cuando todos los comuneros se hubieran obligado, la ley supone con razón, que no habiendo hecho salvedad ni excepción, cada uno tiene una

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2687.—Cód. de Chile, art. 2307.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nos colectivamente, sin expresión de cuotas y sin haberse estipulado solidaridad, están obligados al acreedor por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya pagado de más, respecto á la cuota que le corresponda; pero se hace una excepción, *en las cargas reales que graven la cosa, como la hipoteca, cada uno de los condóminos está obligado por el todo de la deuda* (**art. 2689**); debió haber dicho de la carga, porque todos

---

parte igual en la cosa y debe responder por ella, desde que la solidaridad es necesario estipularla. Si varios de los condóminos, pero no todos, hubieran contratado las reparaciones, sólo ellos responderán á los terceros, por iguales partes, salvo su derecho para con los demás. Pothier, *Sociedad,* nº 177, sirve de fundamento á este artículo, y se establece en él una presunción legal que no admite prueba en contra para los terceros contratantes. Respecto á la cuota, véase lo dicho en la nota al artículo 2685, sobre el interés de cada uno. — Comp. Cód. de Chile, art. 2307, § 2.—Véanse arts. 691, 1747, 1752, 2685 y 2686.

(**Art. 2689.**) Cuando las cargas fueren indivisibles, como por ejemplo, una servidumbre predial, cada uno será tenido por el total, porque la carga no es susceptible de partes desde que la presta toda la heredad; lo mismo sucederá tratándose del derecho real de hipoteca que grava la cosa común en su totalidad, cuando ha sido constituida por el causante de los comuneros ó por estos en su totalidad, porque no se puede ejecutar una parte de ella. Como cada uno de los comuneros responde por la totalidad de la hipoteca, se podría seguir el juicio ejecutivo contra cualquiera de ellos, salvo lo que dispusieren las leyes de procedimiento; sucede como en las deudas solidarias en que cada uno de los deudores puede ser demandado por el todo.

El artículo ha sido tomado de Pothier, *Sociedad,* nº 188, que después de hablar de las *cargas* indivisibles que pesan sobre todos los comuneros agrega: «igual cosa sucede, cuando *esas cargas* son de aquellas que no solamente pesan sobre toda la cosa, sino sobre todas sus partes, tales como la hipoteca, que son *jus in fundo, et in qualibet parte fundi,* cada uno de los cuasi-asociados es obligado por el total»; pero esto no esta-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2688.—Cód. de Chile, artículo citado.—L. 10, Tít. 1, Lib. 10, Nov. Rec.—Marcadé, sobre el tít. 3, lib. 3.—Cód. Francés, nº (art.) 592.—Italiano, art. 488.—Pothier, en el nº 187, enseña que los comuneros son únicamente responsables por su parte viril; que todos ellos han contraído la obligación, lo que hoy no puede sostenerse.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y cada uno responden con la cosa. La hipoteca pesa de una manera indivisible sobre el todo y cada una de las partes, sin que pueda libertarse parcialmente por el pago de alguna de las cuotas.

La indivisibilidad está en la hipoteca que grava toda la cosa; pero eso no debería establecer solidaridad en los deudores sino para responder con ella. El artículo enseña lo contrario y crea la solidaridad para toda la deuda. Y como una consecuencia de este principio, en que los deudores solidarios garanten la solvencia de los co-deudores, resultará, que: *cuando entre los condóminos hubiere alguno insolvente, su parte en la cosa debe repartirse entre los otros en proporción del interés que tengan en ella, y según el cual hubieren contribuído á satisfacer la parte del crédito que correspondía al insolvente* (**art. 2690**); es decir, que la parte de éste no la

---

blece solidaridad sino por lo que respecta á la cosa ofrecida en garantía.

Estoy en un todo conforme con la crítica que hace el Dr. Segovia á este artículo, porque no hay razón para quebrantar los principios sobre la solidaridad. Debería entenderse como lo trae Pothier, que se refiere á la *carga real* y no á la deuda; pero el artículo siguiente no deja lugar á dudas, desde que divide la parte del insolvente entre los demás solventes, que es uno de los caracteres de la solidaridad. Convendría reformar estos dos artículos reduciéndolos á sus justos límites.

(**Art. 2690.**) El presente artículo ha sido objeto de dudas y de duras críticas. Creo se puede explicar bien su contenido. Se refiere á la deuda hipotecaria del artículo anterior, en que cada condómino está obligado por toda la carga ó deuda, pues se responde solidariamente. Supongamos que la casa ha sido hipotecada en 5000 pesos por los tres únicos propietarios. Uno de ellos es concursado y presenta, como es natural, entre sus bienes, la tercera parte de la casa. El hipotecario ejecuta la propiedad que se vende por 15.000 pesos y se satisface la deuda; como los demás condóminos son solidarios, ellos pagan la parte del insolvente dividiéndose la que su condómino *tenía en la casa*, y van al concurso como acreedores por esa parte. Si la casa se vendió por nueve mil, la parte de su condómino será de tres mil y esa es la que se dividirán entregando al concurso la del insolvente: si la venta produjera treinta mil, el concurso tendrá diez mil, habiendo pagado los condóminos sólo cinco

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2689.—Pothier, *Société*, n° 188.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

adquieren sus condóminos, sino el concurso; pero como esa parte está afectada con la hipoteca, si es absorbida, la pagarán á éste, concurriendo por su valor á la masa de los demás acreedores. Es, pues, el valor de esa parte la que los co-propietarios deben pagar en

---

por los que ocurrirán como acreedores. Así es que la parte que corresponde al concursado en la casa común hipotecada siempre quedará salvada, porque debe ser pagada por sus co-deudores solidarios que son á la vez co-propietarios. Es lo que sucedería si la propiedad no estuviera hipotecada y uno de los condóminos fuera insolvente, teniendo una deuda solidaria que pagar con sus otros condóminos; éstos pagarán la parte del insolvente é irán al concurso con los demás acreedores, pero la parte del insolvente en la propiedad pertenecería al concurso. La redacción ha debido ser más clara, lo que se hubiera obtenido expresando, que lo que debe repartirse entre los condóminos es la *parte en la deuda* que está garantida con la hipoteca, y por la que se extiende la solidaridad; sin embargo, el artículo es congruente con el anterior, porque si se entiende que los condóminos están obligados solidariamente por el todo de la deuda hipotecaria, siempre tendrán que entregar al concurso la parte que tenía en la cosa el concursado. He manifestado mi opinión contraria; pero no se puede corregir la ley, y cuando dice que cada uno de los condóminos están obligados por el todo de la *deuda,* no se debe entender que es por sólo la *carga,* porque en el primer caso hace solidaria la deuda y en el segundo la limita con la cosa. Si entendiéramos literalmente el artículo resultaría que basta la insolvencia de uno de los condóminos para que los otros se tomen la parte del insolvente; casi una confiscación!

No estoy de acuerdo con la interpretación dada por el Dr. Llerena, porque cuando el condómino insolvente ha hecho cesión de bienes, su parte indivisa entra en la cesión, y sería injusto é ilegal que esa parte se perdiera para los acreedores y se adquiriese para los condóminos. Supongamos que la parte del insolvente en la deuda fuera de mil, y el valor de su parte en la cosa de diez mil ¿por qué la adquirirían los condóminos que han pagado?

Sería todavía más aceptable que el concurso la pagase y tomase la parte del concursado; pero como sería acordar á los condóminos un privilegio que no tienen, lo más conforme es que se prorrateen entre todos los solventes, como hacen los deudores solidarios, y por su importe vayan al concurso como los demás acreedores, y eso es lo que se hace.

La siguiente hipótesis del mismo autor es insostenible ante los prin-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA BIBLIOTECA CENTRAL NACION

proporción al interés que tengan en la cosa, y según el cual hubieren contribuído. Si la hipoteca no hubiere absorbido todo el bien hipotecado, los co-propietarios entregarán al concurso siempre el valor de la parte que tenía en la cosa el concursado, porque

---

cipios: «supóngase, dice, que Pedro, Juan y Diego son comuneros en un inmueble, el primero por la mitad y los otros dos por la cuarta parte. Se demanda el pago de una deuda que pesaba sobre la cosa; Juan declara estar insolvente y hace *abandono* de sus bienes á sus acreedores. Pedro y Diego para evitar la ejecución pagan la deuda; en este caso, el inmueble queda, por el abandono que ha hecho Juan, de propiedad de Pedro y Diego, etc.,» agregaremos que no sería posible, porque el concurso se quedaría mirándolos sin recibir un peso. No; Juan al hacer cesión de bienes no ha abandonado su parte á sus condóminos, porque no puede hacerlo; si la cosa estaba hipotecada, debe ejecutarse la hipoteca, y la parte del insolvente pertenece á los acreedores, porque los co-deudores solidarios la han pagado. Es el concurso quien debe tomar esa parte, y los condóminos sólo deben repartirse para pagarla. Es otro error el suponer, que la ley ha querido evitar que uno solo de los comuneros pague la deuda del insolvente para quedar con su parte, y que por eso obliga á pagar á todos para que tengan una parte proporcional en la cosa; porque la ley no se interesa en los comuneros, sino protege en sus derechos á los acreedores del concursado á quienes no puede despojar, y porque la parte que los acreedores solidarios deben repartirse abonándola, corresponde á los acreedores del concursado.

El Dr. Segovia ataca el artículo, porque lo interpreta por la letra, pero los fundamentos que aduce para demostrar el error de la doctrina, debieron convencerle, que no se podía ir en ese camino, sin llegar á una especie de confiscación. En su obra posterior, Cód. Civil Anot., trata de *absurdo* é *inmotivado* el artículo haciendo notar el error en la copia ó traducción. Yo estaría conforme con su opinión, si debiera entenderse el artículo tal como aparece de su contexto; pero como las leyes no son jamás absurdas para los que tienen el deber de explicarlas, ó aplicarlas, de ahí la necesidad del comentador para hacerlas aparecer razonables y justas. Y esta lo es, en mi opinión, si se entiende que la parte *en la cosa* que debe repartirse entre los demás comuneros solventes, es el valor de esa parte que deben pagar al acreedor (y no tomar para sí) repartiéndosela en proporción al interés de cada uno. El artículo no dice ni puede decir que *toman* esa parte los otros comuneros, se la *reparten*, para pagarla; porque son deudores solidarios y es el único

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

siendo ellos deudores solidarios con el insolvente, deberán pagar por éste y ocurrir al concurso.

Como la comunidad crea relaciones recíprocas entre los copropietarios, y cada uno de ellos es considerado respecto de los otros como gestores de negocios, en la administración de la cosa común, cuando no tienen mandato expreso, resultará que, *cada uno de los condóminos es deudor á los otros, según sus respectivas partes, de las rentas ó frutos que hubiere percibido de la cosa común, como del valor del daño que les hubiese causado* (**art. 2691**).

---

sentido que puede dársele para que no resulte un absurdo. Y adviértase que no se puede substituir la expresión de «su parte en la cosa» por la de «su parte *en la deuda*», porque entonces la segunda parte del artículo sería una repetición inútil, mientras que manteniéndola tal como está y dándole el sentido que proponemos, viene á ser una explicación de lo que deben repartirse entre los deudores solidarios á los efectos del pago, en la hipótesis de que esa parte haya sido absorbida por la acreencia hipotecaria. La dificultad estaría en averiguar, si el concurso puede tomar esa parte en el bien hipotecado ó de los co-deudores solidarios; pero como el acreedor hipotecario está garantido con la hipoteca y nada tiene que ver con la insolvencia de uno de sus deudores, á menos de existir créditos privilegiados al suyo, son los deudores los que deberán esa parte al concurso, por regla general, salvo las excepciones en caso de privilegio.

(**Art. 2691.**) Como en el condominio simple cada condómino sólo es dueño de su parte indivisa idealmente determinada, le corresponde en esa parte la porción de los frutos ó rentas que la cosa ha producido. Si el condómino usare de la cosa en otro destino del que tuviera, sólo estará obligado por los frutos que ésta hubiera producido ordinariamente; pero pagaría los perjuicios recibidos con ocasión del uso indebido.

Téngase presente que cuando el condómino obra sin poder, se considera siempre como un gestor de negocios, con relación á sus condóminos, art. 2709, y debe los intereses de los frutos percibidos en el caso del art. 1913, porque no puede ser de mejor condición que el mandatario, pues no sería justo que habiendo empleado en su propio interés valores que corresponden á sus condóminos, no pagara los intereses; pero no en los demás.

Cada condómino es responsable por el daño causado por su culpa

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2690.—Pothier, obra citada, nº 191.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Tratándose del daño en la cosa, la responsabilidad es personal para el que lo hubiera hecho, y si fueren dos ó más los causantes su responsabilidad será solidaria.

§ 751. — Facultades y limitaciones de los comuneros en la cosa común

Como el co-propietario es dueño absoluto de su parte indivisa, que puede hipotecar ó vender subordinándose al resultado de la partición, resulta que, *cada co-propietario está autorizado á pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida en una indivisión forzosa* (**art. 2692**), respe-

---

en la cosa común, sea destinándola á otro uso que al ordinario, sea por la mala administración. Y como estos derechos son recíprocos, los demás condóminos deben su parte en los gastos necesarios que uno de ellos hubiese hecho en la cosa común, más los intereses, si requerido para contribuir, no lo hubiere verificado. El Cód. de Chile, art. 2308, enseña que cada comunero debe á la comunidad lo que saca de ella, inclusos los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares. — Comp. Maynz, § 363, texto á la nota 28. — Véanse arts. 2684, 2701, 2707 á 2709.

(**Art. 2692.**) Cuando la ley reconoce un derecho, da una acción para ponerlo en movimiento, de modo que pueda defenderse cuando sea desconocido ó atacado; no se concibe derecho sin acción. Cuando la acción se extingue, el derecho queda sin defensa, y por consiguiente no existe en realidad. Cuando la ley guarda silencio, el derecho y la acción destinada á defenderlo, tienen vida aun sin declaración expresa, porque la actividad humana no tiene más límite que la prohibición de la ley, y

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2691.—Pothier, n° 190.—L. 8. Dig., *Commun. div.*

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2691.—Los frutos de la herencia indivisa deben dividirse proporcionalmente entre los herederos, sin que el poseedor de los bienes pueda alegar contra los demás la posesión de hecho.—Jur. Civ., VI, 204. Sér. 2ª.

Las cantidades adjudicadas, sobre un bien testamentario, para el pago de la hijuela, de deudas aumentan el haber del heredero encargado de ese pago, y en consecuencia los condóminos herederos, no pueden pretender que se dividan las rentas por partes iguales, sino equivalentes.—Jur. Civ., X, 235. Sér. 4ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tando la estipulación que se hubiere hecho por un término que no pase de cinco años, ó la establecida en el testamento ó donación que no exceda del término.

Si la ley hubiera guardado silencio, tanto respecto de la di-

---

su propia impotencia. Así, cuando la ley reconoce la propiedad, sin poner un término al derecho, éste se ejerce perpetuamente, y no se pierde sino por los medios que la ley crea ó reconoce. En la co-propiedad, la ley ha puesto un límite á la indivisión, no autorizándola sino por cinco años que pueden renovarse á voluntad; si no hubiera existido ese límite la co-propiedad podría haber sido perpetua. El ejercicio de un derecho se considera perpetuo, y no se altera ni se pierde mientras no vengan hechos ó actos posteriores que lo limiten ó lo extingan. Si la ley no dijera que el derecho de pedir la división es perpetuo, lo sería, porque es una de las facultades que nace de la propiedad, y porque el individuo no puede ser limitado en sus derechos sino por una prohibición. Cuando se ha dicho que es imprescriptible el derecho de pedir la división, mientras dura la indivisión de los comuneros, no se ha hecho sino declarar que el co-propietario no puede perder su derecho por el no uso de una facultad que nadie ha podido apropiarse. Mientras el derecho de propiedad existe en el individuo y no ha pasado á otro, el propietario puede ejercer perpetuamente los derechos que le son anexos, y del mismo modo, existiendo la co-propiedad, no habiéndose extinguido por contrato ó por la ley, el derecho de hacer cesar la indivisión existe y puede pedirla en cualquier tiempo, porque es una facultad que no puede perderse sino con la co-propiedad, á la que va anexa. Se habla del condominio simple, porque cuando la indivisión es forzosa, la imposibilidad de hacer la división impide que ésta pueda demandarse. La prescripción ó pérdida de la acción, importa la pérdida del derecho, porque lo deja sin defensa.

La acción de división es la *comuni dividundo* de los romanos, que la consideraban como mixta de real y personal; pero que nuestro Código ha desconocido, porque no hay derechos mixtos, pues, ó son reales ó son personales. Troplong, Carré y Chauveau, sobre Carré, han sostenido que la acción es real, y Boncenne, sostiene que es personal. Me inclino á creer que es real, y como es una cuestión importante para decidir de la competencia, daré los fundamentos de mi opinión; 1°, porque nace del dominio, sin tener en cuenta las personas, y acompaña, por decirlo así, á la cosa sobre que se tiene la propiedad; es como la reivindicación. Cualquiera que posea la cosa en que tengo co-propiedad, me tiene que reconocer el derecho de hacer cesar el condominio; 2°, que cuando pido la división

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

visión de la cosa común, como con relación á la duración de la indivisión, los particulares habrían siempre podido pedirla, porque es una facultad inherente á la propiedad, como habrían podido convenir en la indivisión perpetua, si no hubiera limitación.

---

no voy á buscar la persona, sino la cosa, y la demando al juez donde ésta se encuentra situada, y no al del domicilio de los otros condóminos que nada me deben; 3°, que al pedir la división ejerzo una facultad que nace de la propiedad, sin que persona alguna se encuentre obligada hacia mí ni por contrato ni por ley; 4°, que el carácter esencial de la acción personal es el de limitar la libertad de la persona, obligándola á hacer algo que tiene derecho de no ejecutar, mientras en la división no existe, porque los condóminos á nada se obligaron; 5°, que el condómino puede reivindicar su parte indivisa, y la reivindicación sólo nace de la propiedad.

Veamos las razones de la opinión contraria, dicen: 1ª, que es personal por su origen y fundamento, pues nace pura y exclusivamente la ley ó de la convención. Es una generalidad que no tiene su aplicación inmediata á la división. La propiedad tiene su origen en la ley que la reconoce y en la convención que la transmite, y sin embargo es un derecho real. Que si la ley callase, se necesitaría un convenio para la partición; lo que es inexacto, porque nadie puede ser obligado á hacer lo que la ley no manda, ni ser privado de lo que ella no prohibe; 2ª, que el condominio es el dominio sobre una parte indivisa y que el condómino no tiene derecho á la totalidad de ella; nadie sostiene lo contrario; pero de ahí no se deduce que sea un derecho personal, desde que no hay persona obligada; 3ª, que los condóminos son deudores del co-propietario que pide la división, porque puede compelerlos á ella; pero esta obligación deja de serlo desde que se piensa, que no es un derecho contra la persona sino contra la cosa; la persona nada me debe, ejerzo un derecho propio al separar mi derecho del de los demás; 4ª, que son personales por el fin que se proponen; como si el objeto fuera desligar las personas y no hacer cesar la indivisión de las cosas!

Los principios que hemos sentado al comienzo de esta nota, nos llevan necesariamente á reconocer que la extinción de una acción, importa á la vez la adquisición definitiva del derecho por el que lo ejercía y viceversa. Así, la extinción de la acción de reivindicación proviene de la pérdida del derecho á la propiedad y aunque jurídicamente la acción no se prescribe sino la cosa, no es menos cierto que se ha extinguido con el derecho á que iba anexa. La prescripción adquisitiva ó usucapión se

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las facultades que nacen del derecho de propiedad no se extinguen por el no uso: por ejemplo, el que jamás ha alquilado su casa, no pierde el derecho de hacerlo por el transcurso del tiempo; pero se extinguen los derechos anexos, con la pérdida de la propiedad.

La ley, por consideraciones económicas ó sociales, ha puesto un límite á la voluntad de los particulares, respecto de la indivisión y ha dicho: *los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida el derecho de pedir la división; pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas las veces que lo juzguen conveniente* (**art. 2693**). La ley quiere una manifestación

---

refiere á las cosas corporales, y la extintiva comprende los derechos que no pueden ser objeto de una posesión; pero es cierto el principio de que la extinción de la acción importa la pérdida del derecho destinado á protegerlo.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, texto á la nota 16, y § 746, nota 12. POTHIER, *Intr. á las Const. de Orleans,* nº 121, CARRÉ, *Leyes de organización y de competencia,* I, pág. 474 y sigs., CHAVEAU, *Leyes de procedimientos,* Cuestión 253. TROPLONG, *Venta,* nº 625.—Véanse arts. 2693, 2694, 2710, 2745 y 3452.

(**Art. 2693.**) Por tiempo *indefinido* no se debe entender el indeterminado, como si se pactase no dividir la cosa durante la vida de uno de los comuneros, pues entonces se reducirá á cinco años; lo que la ley prohibe es pactar por tiempo ilimitado, como si se conviniera en no dividir la cosa, ó se renunciare á la facultad de pedir la división; en estos casos la cláusula se tendría por no puesta. Esta disposición constituye una regla de interés general ó de orden público, que está por en-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2692.—L. 1, Tít. 15, Part. 6ª.—Cód. Francés, art. 815.—L. 1, Tít. 2, Lib. 10, Dig.—L. última, Tít. 37, Lib. 3, Código.—Zachariæ, § 279.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2692.—Siendo forzosa la venta del bien, para la división del condominio, la existencia de un contrato de locación, no puede modificar la regla. — Jur. Civ., II, 250. Sér. 3ª.

Reconocido por instrumento público y privado la existencia de condominio sobre un inmueble, procede la división, aun cuando el contrato no haya sido elevado á escritura pública.—Jur. Civ., XIV, 252. Sér. 4ª.

Para gestionar la división del condominio, basta la autorización del juez del concurso, pero se requiere autorización expresa de los acreedores para demandar á terceros.—Jur. Civ., VI, 51. Sér. 6ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

expresa de la voluntad, una vez concluido el tiempo convenido, de modo que no se podrá deducir el consentimiento tácito de continuar en la indivisión.

Y para ser consecuente con el respecto que se debe tener por

---

cima de la voluntad individual. Y creo que la disposición de este artículo que permite la indivisión por cinco años, no puede ser aplicada á los herederos forzosos cuando es impuesta por su causante, porque la porción legítima debe pasar á ellos sin carga alguna; pero me inclinaría á la opinión contraria, cuando no fueran forzosos, porque entonces vienen á quedar en la categoría de los legatarios, excepción hecha de sus obligaciones; y porque el art. 3452 no es absoluto sino para los que tengan «algún derecho declarado por las leyes», como son los herederos forzosos, los acreedores y los que por contratos se lo hubieran creado, á quienes el testador no puede imponerles condiciones. ¿Por qué sería ilegal que el testador impusiera la indivisión de la herencia por cinco años, cuando la deja á extraños ó á los que no son herederos forzosos? ¿No puede imponerla acaso á los legatarios? El art. 3452 se debe, pues, limitar á los que *tienen derechos* en la herencia.

No se habla de la indivisión forzosa porque no hay necesidad de pactarla, como sucedería cuando un inmueble común estuviera afectado por una servidumbre que perteneciera á los inmuebles que lo rodean, y que fueran de otros propietarios.

Respecto á la prorrogación del término de cinco años, la regla es la siguiente: los comuneros no deben ser obligados jamás á permanecer en la comunidad más de cinco años; es decir, que si el primer término fué de cinco y se prorroga á los tres por otros cinco, se debe contar desde el nuevo contrato, como que ha concluido el anterior, y si á los tres se renueva por otros cinco, esos tres plazos no alcanzarán sino á once años en vez de quince. Si la prórroga se hubiera realizado entre algunos sin el acuerdo de los otros, los que no han concurrido no están obligados á respetarla y pueden pedir la división; pero si ellos no la piden no podrán demandarla los que convinieron en prorrogarla.

¿Qué sucederá cuando la división se hace por los que no consintieron en la prórroga de la indivisión? Las opiniones se dividen: unos creen que es necesario hacer una partición de tal modo, que los comuneros que consintieron en la indivisión puedan continuar en ella, de esta opinión son Vazeille y Dutruc; otros, que la indivisión de la propiedad queda concluida, pero que los goces deben continuar en común, como si fuere una sociedad, Duranton y Chabot sostienen esta opinión. Demo-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la voluntad individual, siempre que no hiera el interes general de la sociedad, la ley ha facultado á los donantes ó testadores para imponer el mismo término, así, *cuando la co-propiedad en la cosa se hubiere constituido por donación ó por testamento, el testa-*

---

lombe cree que es una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, y que para resolverla es necesario interrogar los términos del contrato y las circunstancias del hecho; pero que en tesis general se debe decidir, que la convención no es obligatoria; conclusión que nos parece más jurídica. En efecto, se debe tener en cuenta la voluntad de los que han convenido la indivisión, porque si de ella resulta que se buscaba el consentimiento de los demás, ó que les era inútil, ó perjudicial sin que toda la cosa permaneciera en común, la comunidad no debe mantenerse, como si la división separase los lotes de cada uno de los comuneros. La regla general está fundada en que los condóminos han convenido en la indivisión de la cosa común, no de la parte de cada uno de ellos, y que dividiéndose, el contrato ha desaparecido, á menos que resultara de sus términos que su voluntad era continuar en común aun después de la división.

La convención suspensiva de indivisión ¿se puede oponer á los acreedores personales de alguno de los condóminos? Tratándose de los herederos, nuestro art. 3452 faculta á los acreedores, sin distinción, para demandar la cesación del condominio; pero cuando es el resultado de la convención, la situación ha cambiado por completo. El dueño de la cosa puede gravarla, venderla ó disponer de ella, sin que sus acreedores tengan derecho á atacar esos actos sino en caso de fraude; por consiguiente el hecho de ser acreedor anterior en nada puede limitar al propietario el uso de sus derechos, mientras que en el caso de los herederos, la herencia no existe sino después de haber pagado á los acreedores de ella, y por consiguiente estos pueden pedir la división; el heredero no es dueño de los bienes hasta el pago de todas las cargas. Es cierto que el art. 2698 establece que se debe aplicar las reglas de las sucesiones, pero con las restricciones impuestas en el presente título. La indivisión convenida posteriormente no puede perjudicar al derecho real de hipoteca, prenda, anticresis, usufructo ó servidumbre, porque pesando sobre la cosa ella no ha podido pasar sino con los gravámenes, que la acompañan. — Comp. TOULLIER, II, nº 406. DURANTON, VII, nº 78. MARCADÉ, al art. 815. AUBRY y RAU, § 221, texto á las notas 21 y 22, y DEMOLOMBE, XI, nºs 500 y sigs.

Freitas, art. 4365, declara nula la cláusula al solo efecto de redu-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dor ó donante, puede poner la condición de que la cosa dada ó legada quede indivisa por el mismo espacio de tiempo (**art. 2694**);

---

cirla á los cinco años, lo que consideramos más jurídico, porque la nulidad no debe ir más allá de la facultad concedida.—Véanse arts. 2692, 2694 y 3452.

(**Art. 2694.**) El artículo ha venido á decidir la controversia suscitada en derecho francés sobre el art. 815; pero ha dejado la duda sobre si esa condición se puede imponer por el testamento á los herederos no forzosos, ó si es únicamente á los legatarios como lo hace entender la última parte. El Dr. Segovia en su *Espl. y Crit.*, siguiendo á Demolombe y Aubry y Rau, opina «que tal condición puede ponerse á la institución de herederos en persona extraña»; pero parece reaccionar contra su primera opinión, al afirmar en su nota 2070, *Cód. Civ. anot.*, que la «palábra *legada* dice con harta elocuencia que este artículo no trata de herederos, y no es aplicable á los herederos voluntarios». Creo fundada la primera opinión, por las razones que hemos dado en la nota anterior, y porque la palabra testamento no puede ser limitada por la expresión de cosa legada puesta para dar mayor claridad al pensamiento. Y no hay razón que pueda justificar tal prohibición al testador que no tiene herederos forzosos, pues, el art. 3452 se refiere á los herederos que tienen derechos á la sucesión, y no á los extraños. Demolombe, XI, nº 511, hablando de los herederos legítimos en que sólo se admitirá la condición cuando la parte legada entre en la porción disponible, dice: «es necesario suponer que el *de cuyus*, á fin de asegurar la eficacia de su prohibición, habrá hecho una liberación en los límites de su cuota disponible, sea instituyendo á extraños en lugar de los que violaren su prohibición, sea atribuyendo una ventaja por mejora á los que se sometieran á ella», pareciendo que sin esas circunstancias la condición quedaría sin efecto, lo que no es sostenible por nuestro derecho, porque entonces sería un legado y el artículo expresamente faculta para imponerla. ¿Por qué si puede legar una cosa bajo esa condición, no podría imponerla al heredero extraño, que al fin es un legatario disfrazado de heredero? No hay colisión entre el presente artículo y el 3452, porque aquí se habla de extraños y allí de herederos ó acreedores que tienen derechos en la herencia. Siendo la licitación uno de los modos de hacer la división, es claro que la prohibición de no dividir la cosa, se extiende á

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2693.—Zachariæ, § 279.—Aubry y Rau, § 221, nº 5.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

es decir, por el de cinco años, sin que puedan imponer la indivisión indefinida.

No se reputará como una imposición de la indivisión, el simple consejo consignado por el donante ó testador, porque eso no es una prohibición.

La indivisión perpetua no sólo perjudica á la movilidad de la propiedad, sacándola en cierto modo de la circulación, sino que es una fuente perenne de disputas y pleitos.

§ 752. — Efectos de la división ó licitación entre los co-propietarios

Nuestro Código ha establecido una semejanza entre la co-propiedad que nace del contrato, con la que viene á crearse por la herencia, y ha asimilado dos situaciones completamente diversas, teniendo que ir en su desenvolvimiento lógico á conclusiones inaceptables con relación á los principios del derecho.

La ley ha podido suponer con razón, que el heredero á quien le ha correspondido una cosa en la división de la herencia, la tiene directa é inmediatamente de su causante, y que los demás jamás han tenido derecho alguno en ella; pero esa suposición no se puede hacer en la co-propiedad adquirida por contrato, porque los hechos demuestran lo contrario.

Se comprende que en la indivisión hereditaria, la división sea sólo declarativa, como lo es la sentencia que reconoce el derecho; no así en la división de los comuneros. Pero el Código, siguiendo la asimilación de estas posiciones ha declarado que, *la división en-*

---

la de no venderla por ese tiempo; esa es la razón de mi opinión, pero debe armonizarse el término de cinco años con el del art. 2613, que extiende á diez años la prohibición de no enajenar.

En este artículo fué corregida la palabra *donatario* por la de *donante*. —Comp. Aubry y Rau, § 221, nº 5, texto á la nota 22. Demolombe, XI, 511 y sigs., y Freitas, art. 4364. — Véanse arts. 2692, 2693, 3452 y 3598.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2694.—Aubry y Rau, lugar citado.—Zachariæ, lugar citado.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tre los co-propietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como que hubiere sido desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido ningún derecho de propiedad en lo que ha tocado á los otros condóminos (**art. 2695**), posición completamen-

---

(**Art. 2695.**) El principio de que la división entre los co-propietarios es sólo declarativa y no translativa de la propiedad, es casi verdadero cuando se trata de la indivisión entre los herederos que tienen su derecho del causante; pero es completamente falso en la co-propiedad que nace del contrato, pues, el que ha adquirido una tercera parte de la cosa no puede decir que la adquirió en su totalidad desde un principio, y que la partición ha venido sólo á reconocerle y declararle un derecho, que ha tenido anteriormente. La sentencia declara y reconoce un derecho existente desde un principio, mientras la partición transforma un derecho indiviso que existe sobre la totalidad de la cosa común, en otro exclusivo, que se ejercerá sobre una parte materialmente determinada. La división en las sucesiones no es translativa de la propiedad como en la venta, porque el heredero antes de la partición se encuentra investido de un derecho indiviso en cada una de las partes de que se compone la herencia. Hay tan poca exactitud en decir que la división es sólo declarativa, como en afirmar que es translativa; hace más que declarar el derecho, y hace menos de transmitir, desde que existía en parte; pero en la co-propiedad es completamente inexacto, porque no sólo transforma el derecho primitivo sino que viene á extinguirlo, y esto se evidencia en el caso de la licitación del artículo siguiente, así como en la evicción del art. 2141, en que cada condómino responde por su parte en la cosa, lo que prueba que la división produjo una enajenación verdadera. La disposición de este artículo sólo se justifica por el objeto que se propone, que es anular ó extinguir todos los derechos reales que hubiera constituido cualquiera de los condóminos, cuando la cosa no les correspondiera en la división, porque esos derechos eran condicionales y sujetos al resultado de la partición, de modo que si ésta viene á establecer que no tenía derecho en la cosa hipotecada ó gravada, se consideran como si no hubieran existido. Pero esta especie de privilegio es concedido á la división, de modo que si el constituyente quedara en condominio con otro sobre la misma cosa, continuaría el derecho que constituyó, y sobre su parte, si ésta hubiérase determinado; porque en el primer caso no ha existido división, y en el segundo ha quedado deter-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

te falsa, y que nos lleva á reconocer que los demás que poseyeron la cosa á título propio, no la han tenido sino para su condómino.

Y en este camino de las presunciones legales, se ha ido hasta reconocer que, *el mismo efecto tendrá* (que es declarativo y no translativo), *cuando por licitación, uno de los condóminos hubiere venido á ser propietario exclusivo de la cosa común, ó cuando por cualquier acto á título oneroso, hubiera cesado la indivisión absoluta, pasando la cosa al dominio de uno de los comuneros* (**art. 2696**). Y

---

minada la parte.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, nº 5, y § 625. DURANTON, VII, nº 522. MARCADÉ, al art. 883, nº 2.

Zachariæ, § 279, texto y notas 26 y 27, sostienen la no aplicación del principio, cuando la cosa común es vendida en remate por los acreedores y comprada por uno de los co-propietarios.—Véanse arts. 2678, 2683, 2696, 2697 y 3503.

(**Art. 2696.**) El presente artículo enseña que la licitación entre los comuneros produce el mismo efecto que la división; es decir, que es declarativa y no translativa de la propiedad, y por consiguiente extingue las cargas constituidas por los otros condóminos, pues se reputa que jamás fueron propietarios. Para que exista la ficción legal es necesario que la licitación haga cesar la indivisión de una manera absoluta, produciendo el mismo efecto que la división. Así, cuando se ha vendido la parte de uno ó más condóminos, y las adquieren los otros, como la indivisión continúa, no hay caso, y si la parte comprada ó cedida reconocía una hipoteca la cosa continuará gravada, sujetándose al resultado de la licitación ó de la división que haga cesar el condominio. Si á consecuencia de esa división se hubiera adjudicado á la parte del condómino cedente un lote determinado en el terreno común, la hipoteca pesará sobre ese lote, pues, como lo enseña Demante, III, 225, *bis*, II «el lote del cesionario soportará las cargas constituidas por su cedente, como si él mismo

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2695.—Aubry y Rau, lugar citado.—Duranton, tom. 7, nº 522. — Marcadé, sobre el art. 883, nº 2. — Zachariæ, § 179, y nota 27.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2695.—El condómino que compra en remate judicial la finca común, sólo está obligado á oblar la parte que según liquidación corresponda al condómino ejecutado.—Jur. Civ., III, 381. Sér. 1ª.

El tutor puede comprar bienes de la testamentaría, en tanto se mantenga la indivisión y existan otros herederos.—Jur. Civ., XII, 356. Sér. 4ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

como es una disposición de derecho excepcional, debe limitarse á los términos expresos, de modo que si la cosa hubiera pasado á

---

las hubiera establecido»; conclusión ajustada á los principios del derecho.

Pero si por la licitación ó la división toda la cosa perteneciera á uno de los condóminos, la hipoteca constituida por uno de ellos quedaría extinguida, y la cosa pasaría al adquirente, libre de todo gravamen, porque se reputa propietario exclusivo desde un principio, y que los demás nunca lo fueron. Esta ficción legal que tiene su explicación lógica en la herencia indivisa, no se puede llevar como lo hace nuestro Código á la indivisión de los comuneros; porque en la herencia cada heredero á quien le ha correspondido un lote por la división, se reputa que ha sucedido á su causante, como si hubiera sido solo heredero en ese lote, y la propiedad le viniera única y exclusivamente de él, mientras tal suposición no tiene sentido en el condominio, porque todos lo adquirieron del enajenante, por la parte que tenían según el título. De esta situación tan diferente provienen dificultades que nos conducirán á situaciones al parecer arbitrarias é injustas, y que no son sino la aplicación de un principio que no tiene su explicación en el condominio. Así, cuando uno de los condóminos hipotecó su parte indivisa á un tercero, y después la ha cedido á otro de sus condóminos, si éste obtiene la cosa en su totalidad por la licitación, la hipoteca ha quedado extinguida, salvo el derecho del acreedor hipotecario para ir contra el primitivo deudor ó contra el cesionario, según los casos, como acreedor personal. Y ha quedado extinguida en virtud de la ficción legal, de que el comunero definitivamente dueño por la división ó la licitación se reputa que ha sido el único, pues los demás no fueron propietarios. Pero ¿es injusta ó arbitraria esta conclusión? El acreedor hipotecario sabía que su hipoteca llevaba la condición de no subsistir, cuando el bien no correspondiese á su deudor, ó si cualquiera de sus condóminos lo adquiriese por licitación. ¿De qué puede quejarse? Sobre todo, su acreencia no pierde de su fuerza, sólo desaparece una garantía que era eventual cuando se constituyó. Demolombe, XVII, 288, defiende esta opinión con muy buenas razones, tratándose de los *herederos* que han adquirido por cesión ó licitación la parte del co-heredero que la había hipotecado; «en efecto, dice, la cesión ó licitación que ha tenido lugar, no había puesto fin á la indivisión; la partición no estaba hecha, quedaba siempre por hacerse, y el co-heredero cesionario ó adjudicatario, tenía desde entonces derecho de tomar parte en ella y de invocar sus efectos en su calidad de co-heredero; porque de una parte se supone

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dos ó más, no se debe considerar que ha producido el efecto declarativo sino el translativo; en una palabra, que no ha habido división, desde que el condómino continúa.

---

que en su calidad de heredero se ha hecho adjudicatario en la licitación, y por otra que la licitación produce este efecto, que el co-heredero adjudicatario se reputa haber sucedido solo, en los bienes que le han correspondido en esa calidad; pues el co-heredero en nuestra hipótesis se reputa que ha sucedido en el objeto licitado, no como cesionario ó causahabiente de sus co-herederos, cedentes ó vendedores, sino en virtud de su propia calidad de heredero y del efecto declarativo de la licitación. Y por consiguiente, la porción que en su lote representa la porción hereditaria de sus cedentes, no es sino la porción que corresponde á éste en el precio de la adjudicación; es decir, un puro valor mueble que no es susceptible de hipoteca.»

El Dr. Segovia sostiene la opinión contraria tratándose de los condóminos, con muy buenas razones, y en teoría estamos de acuerdo; pero la disposición terminante de nuestro artículo hace que la rechacemos en la práctica, porque sería corregir la disposición que atribuye á la licitación el efecto de que la propiedad ha pasado al condómino como si hubiese sido propietario exclusivo desde un principio, y que los otros no hubieran tenido parte alguna. En efecto, si el cedente no hubiera podido mantener su hipoteca ante la licitación de uno de sus condóminos, ¿por qué la mantendría su cesionario? Él no ha podido transmitirle un derecho más extenso del que gozaba, y si su hipoteca se extinguía por la adquisición de la totalidad de la cosa hecha por la licitación, su cesionario no ha podido conservarle un derecho que él mismo no habría podido mantener. Se dice: «es que el adquirente tiene el doble papel de co-heredero y de cesionario, sin que ambos caracteres se reasuman en uno, ni prevalezca el uno sobre el otro»; pero su carácter de cesionario sólo le atribuye los derechos que tenía su cedente, y al hacer la licitación lo ha hecho en su carácter *propio de co-heredero*, cuya calidad no ha podido hacerle perder su papel de cesionario. Se agrega: «que la doctrina del artículo (es la de Demolombe) facilita el dejar burlado al acreedor hipotecario, y que llevaría á esta consecuencia en todos los casos de licitación, pues el co-heredero que hipotecó su parte indivisa y adquirió después el inmueble en licitación, podría argüir siempre que él tiene el inmueble por el mismo título que un extraño». Esto no es posible que suceda, porque la licitación que extingue la hipoteca, y hace considerar al condómino como dueño desde un principio, no es aplicable á los ex-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La división, licitación ó cualquier acto á título oneroso que haga cesar por completo la indivisión, tiene efecto retroactivo, y

---

traños; y el condómino que adquiere la cosa por licitación no puede reputarse jamás como tal, y si lo fuera tendría que tomar la cosa gravada como se encuentra, porque el adquirente extraño no tiene privilegio alguno y la recibe con los gravámenes reales que tenía. Por otra parte, la hipoteca subsiste, porque se ha realizado la condición de que le correspondiese en su lote por la división ó la licitación, y esto se ha efectuado, art. 2678.

En lo que todos los autores están contestes es en considerar que la licitación ó cualquier acto á título oneroso, para que cause el efecto de reputar al condómino como si hubiera sido dueño desde un principio, debe ser de aquellas que haga cesar de una manera *absoluta* la indivisión; por consiguiente no puede ser aplicable á una partición *parcial* que deja subsistente el condominio; pero si la partición parcial hubiera separado materialmente la parte de uno de los condóminos dejando á los demás en condominio, no habría razón para no considerarse como definitiva para el condómino que ha dejado de serlo, continuando los demás como si no se hubiera operado la división. Si hubiera varios inmuebles en indivisión, la división de uno de ellos no se consideraría parcial.

Si tres condóminos poseen un terreno, y á uno de ellos se le dió su parte, se considera como si él hubiera sido propietario de esa parte desde un principio, y que los otros no lo han sido jamás; pero respecto del condominio que queda, se aplicarán las reglas establecidas; lo mismo que cuando se dividió uno de los inmuebles entre varios que fueran comunes. En este caso no hay una división *parcial,* porque no lo es para el que se separa completamente, sino para los que quedan; es absoluta y total para el que se ha separado, y relativa y parcial para los que permanecen en condominio; en el segundo es una división verdadera para todos. Pero no es aplicable cuando se refiere á dos ó más comuneros que adquieren la parte de su condómino, no sólo porque va contra el texto expreso del artículo que exige que la totalidad de la cosa pase *á uno de los comuneros,* sino porque subsistiendo la indivisión, no hay razón para el efecto retroactivo, que no ha podido tener lugar, hasta que no haya cesado de una manera *absoluta* la indivisión, como sucede en la segunda hipótesis. No creo, pues, sostenible la teoría de que la adquisición de la parte indivisa de uno de los condóminos, hecha por los otros, importe una partición, y se considere ni más ni menos como si desde un principio hubieren sido los adquirentes, los únicos dueños; porque no habiendo cesado la divi-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

se considera que la propiedad ha pertenecido desde un principio al condómino adquirente, y *las consecuencias de la retroactividad*

---

sión la parte cedida ha llevado los gravámenes que le impuso su anterior dueño, y no desaparecerán sino por la licitación de uno de los condóminos. Además, tal teoría no se encontraría en armonía con la sostenida anteriormente, de que el comunero cesionario ha tomado la parte de su cedente con el gravamen que tenía, y aun en el caso de adquirir la cosa por licitación, conserva ese gravamen. La ficción legal, que es un verdadero privilegio, no se extiende sino al comunero que ha tomado toda la cosa, haciendo cesar de una manera absoluta la indivisión, y por consiguiente no se aplica á la cesión ó venta de los derechos de los comuneros que no hicieran cesar la comunidad, como lo enseñan todos los autores. La circunstancia de que sea uno de los comuneros el adquirente de la parte indivisa ó lo sean todos, en nada altera la naturaleza del derecho cedido, y en uno y otro caso serían cesionarios y cedentes, mientras dure la indivisión; pero dejarán de considerarse como tales, una vez que hubiere adquirido uno de ellos la cosa por licitación. Marcadé, al art. 883, nº 416, demuestra perfectamente la inconsistencia de la doctrina que combatimos.

Cuando fueren varios los inmuebles poseídos en condominio, el acto por el cual uno de esos inmuebles pase á uno solo de los co-propietarios, tendrá el efecto de la partición ó licitación.

Cuando es un extraño el adquirente, la cosa pasará con el gravamen, á menos de que la venta se hiciera por mandato de la justicia con citación del hipotecario, en que quedaría extinguida la hipoteca para ejercerse sobre el precio; pero no hay duda alguna cuando hubiera sido adquirido por un co-heredero ó un condómino, en que la ficción legal produce su efecto.

Cuando la parte indivisa hipotecada, y después cedida á uno de los condóminos, viniera á ser determinada en un inmueble, ese inmueble se consideraría gravado con la hipoteca, porque se ha cumplido la condición; pero si lo ha adquirido por licitación, el heredero, que es á la vez cesionario, la hipoteca se habría extinguido. Tratándose de la indivisión proveniente de una sucesión, que se extiende á diversos inmuebles, si uno de los herederos ha hipotecado su parte indivisa, y se vende en remate, una de esas propiedades, antes de la división, el acreedor hipotecario no puede pretender una colocación actual de su crédito por la parte proporcional que tenga su deudor en la cosa, porque puede resultar de la división que no tenga parte alguna; otra cosa sería si se vendieran todos

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de la división serán las mismas que en este Código se determinan

los bienes, pues los compradores extraños exigirían que se levantare la hipoteca que sobre todos esos bienes pesaba, ó harían citar al acreedor hipotecario, para que la hipoteca quedara extinguida con la oblación del precio, art. 3196, si esto no tuviera lugar, el acreedor hipotecario podría ejercitar su derecho sobre cada propiedad, considerándola en condominio, por la parte que habría correspondido á su deudor. Si el adquirente de todos los bienes fuera uno de los co-herederos se reputaría que él ha sido único heredero, y por consiguiente los gravámenes impuestos habrían desaparecido.

La ley exige que el acto de enajenación sea á título oneroso, porque es sabido que si ha donado su parte y se ha quedado insolvente, el acreedor hipotecario puede hacerlo revocar; y porque el que dona no tiene por objeto dividir la cosa.

¿Cuáles son los actos que asimilándose á la división ó á la licitación producen el mismo efecto? La cesión ó venta hecha al condómino de modo que éste venga á ser único dueño de la cosa común, ¿importaría una división? Algunos sostienen la negativa, de una manera absoluta, y yo distinguiría: si la venta no ha hecho cesar la indivisión y continúa la comunidad con los demás, estoy de acuerdo; pero no, cuando ha cesado de una manera absoluta; porque precisamente esa es la condición de la ley para que la ficción legal produzca efecto. ¿Pero no es injusto que el derecho hipotecario que ese comunero constituyó quede extinguido por la venta? Indudablemente; pero eso mismo sucede cuando en licitación el comunero ha adquirido la cosa, en que se reputa que ha sido el único dueño desde el principio. Aquí, por la venta cesa todo condominio y la cosa pasa al dominio de uno de los comuneros, que es la condición exigida por la ley. Y si se admite que «el perito adjudique á uno solo de los comuneros el inmueble, con cargo de pagar á los otros una cantidad determinada», y haga cesar la indivisión, ¿por qué le privaría al mismo dueño que haga lo que puede hacer un extraño? Pero es que ese dueño ha hipotecado su parte y no puede venderla después como libre se dice. Es cierto, y también lo es que la hipoteca estaba sujeta á esas condiciones. ¿Cuál es la exigencia de la ley? Que el acto sea á título oneroso y haga cesar la indivisión de una manera absoluta, pues si cesa con la venta, permuta, transacción, etc., la ley debe ser obedecida. Así dice Demolombe, XVII, 278: «poco importa el carácter de la operación por medio de la que se obtenga el resultado..... ¿Hace cesar la indivisión? Pues es suficiente» y son de esta opinión, Delvincourt, Demante y Aubry y Rau.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sobre la división de las sucesiones (**art. 2697**); es decir, que la cosa la ha adquirido directamente del enajenante sin que los

---

Es necesario distinguir, si el acto á título oneroso pone fin á la indivisión, entonces se considera como *declarativo* y surte todos los efectos de una partición ó licitación; si deja subsistente la indivisión, es meramente *translativo*. Así, cuando uno de los comuneros vende ó cede á los otros su parte indivisa, como la comunidad no ha cesado, no hay efecto declarativo, como no lo hay cuando cede á uno solo; pero si la cesión ó venta hace cesar la indivisión, el acto tiene efecto declarativo y el comunero adquirente se reputa como dueño originario. — Comp. CHABOT, II, pág. 661.

Los acreedores hipotecarios podrán tomar todas las medidas convenientes para conservar sus derechos. No obstante lo expuesto, creo que el artículo debe reformarse, porque el principio sentado es perfectamente lógico en las sucesiones donde la ficción legal tiene su explicación; no así en el condominio, pues no se puede suponer al comunero único dueño desde un principio.

(**Art. 2697.**) La asimilación del condominio á las sucesiones es falsa en principio, y no debe aceptarse sino porque el Código la establece claramente. En la herencia, la ley puede suponer que el heredero á quien se le ha adjudicado una cosa en la partición la tiene directamente de su causante; pero esa hipótesis no puede hacerse en la cosa común, porque va contra la realidad de los hechos sucedidos. En la herencia, la ley puede suponer que cada heredero ha sucedido solo é inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, y que no ha tenido derecho en los demás, ó que su derecho le viene inmediatamente del difunto, art. 3503, porque la naturaleza de la sucesión autoriza tal hipótesis. ¿Pero cómo suponer que el condómino que ha adquirido la cosa por compra en unión con los demás, no ha tenido jamás derechos en ella?

Las consecuencias de la retroactividad son todas las que fluyen de esta suposición: que el condómino adquirente de la cosa ha sido dueño

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2696. — La cita anterior, y Zachariæ, lugar citado, nota 26.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2696.—Véase. LIV, 193.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2696.—El condómino que compra en remate judicial la finca común, sólo está obligado á oblar la parte que según liquidación corresponda al condómino ejecutado.—Jur. Com., III, 381. Sér. 1ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

demás hayan tenido jamás derecho alguno. Y como una consecuencia de esta asimilación, que hemos criticado, *las reglas relativas á la división de las sucesiones, á la manera de hacerla y á los efectos que produce, deben aplicarse á la división de cosas particulares* (**art. 2698**).

---

exclusivo de ella desde un principio, y que los demás no han sido propietarios; por consiguiente la posesión de éstos ha sido en nombre y para el condómino que resulta único dueño; pero estos principios no se aplican á los terceros extraños ni en favor ni en contra, porque los hechos sucedidos no pueden alterarse para ellos.

Es una consecuencia de la retroactividad, que ni la división ni la licitación sean el título de la adquisición, porque ambas son declarativas y no translativas de la propiedad; el único título será, pues, el primitivo, que se tomará en cuenta para la prescripción.

¿Se aplicará este principio en materia fiscal, de modo que se considere que no hay enajenación en la licitación hecha por uno de los condóminos? Desde que es declarativa y no hay enajenación debería aplicarse igualmente, porque la licitación no importa una venta, sino la declaración de que la compra hecha por todos ha sido para uno solo, el licitante; pero como las leyes de impuestos varían y se sancionan anualmente, será necesario recurrir á ellas para decidir la cuestión en cada caso. Las hipotecas y demás derechos reales constituidos por uno de los condóminos quedan sin efecto.

¿Puede estipularse que la licitación de uno de los condóminos se anulará si no pagare el precio? Aunque los términos del artículo anterior son absolutos, no creo se pueda destruir el principio de que el contrato es la ley de las partes, si no hay prohibición; por consiguiente se puede estipular esta cláusula como cualquiera otra no prohibida.

Cuando todos los herederos venden á un tercero la cosa común con el objeto de dividirla, no hay caso, la cosa se adquiere por la venta, pues se trata de un tercero para quien no hay efecto declarativo sino translativo, y la cosa pasará con los gravámenes que tuviera.—Comp. DEMOLOMBE, XVII, nos 304 y sigs. AUBRY y RAU, § 625. MARCADÉ, al art. 883, nos 414 y sigs. FREITAS, al art. 4371.—Véanse arts. 1313, 2503, 2504, 2678, 2683 y 2695.

(**Art. 2698.**) Más lógico habría sido ir de lo particular á lo general; es decir, del condominio á la herencia; así es que se deben aplicar las reglas establecidas en el capítulo de la indivisión de la herencia, tít. 6, lib. 4. Cuando se tratase del modo de dividir la cosa común, las reglas

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

De esta situación tan excepcional creada en beneficio del condómino adquirente, resulta que la cosa ha sido suya desde un principio, y por consiguiente todos los gravámenes ó cargas que cualquiera de los otros hubieren impuesto en la cosa común, han desaparecido, como si fueren creadas por personas extrañas.

---

del cap. 2, del mismo título. Los efectos producidos por la división están determinados en los arts. 2695 á 2697, y los de la evicción en los art. 2140 á 2144 y 3505 á 3513, así como respecto á los privilegios los arts. 3928 y 3929.

La expresión tan general de la última parte del presente artículo, autoriza á suponer que la división hereditaria y sus efectos debe aplicarse á las sociedades, siempre que se produzca condominio, y en cuanto sea compatible con la naturaleza de la institución. El derecho de pedir la división no se prescribe como algunos lo enseñan, sino de una manera indirecta, perdiéndose la co-propiedad, en cuyo caso no hay prescripción de la facultad, sino de la cosa á que va unido el derecho de pedir la división. Freitas, art. 4371, con mayor exactitud dice: las disposiciones del lib. 4, sobre la partición amigable ó judicial entre co-herederos son extensivas en todo lo que fuere aplicable á la división amigable ó judicial de la cosa común.

Nuestro artículo fué tomado del Chileno, art. 2698, que sólo se refiere á las obligaciones y derechos, y no á la manera de hacer la división.— Véanse arts. 1313, 1788, 3452 á 3459, 3472, 3475, 3928 y 3929.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2698.—Reconocida y declarada por sentencias ejecutoriadas, la partición extrajudicial y consiguiente entrega de los bienes á los herederos, la parte dispositiva que ordena la formación de la cuenta particionaria colacionando los bienes entregados, equivale á una declaración expresa de haber cesado el estado de indivisión ó posesión en común de los bienes hereditarios.—Jur. Civ., VIII, 203. Sér. 4ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA COSA COMÚN

§ 753. — Del inquilino y del administrador

Los condóminos pueden convenir en el modo de usar y gozar la cosa, sea teniendo en común su goce, sea separadamente; pero, *siendo imposible por la calidad de la cosa común ó por la oposición de alguno de los condóminos, el uso ó goce de la cosa* (en) *común, ó la posesión* (en) *común, resolverán todos si la cosa debe ser puesta en administración, ó alquilada ó arrendada* (**art 2699**). La opo-

---

(**Art. 2699.**) Cada condómino es dueño de su parte indivisa, y mientras la cosa permanece en este estado, puede ejercitar los derechos compatibles con la naturaleza de ella, y arreglar el modo de servirse, ya sea poseyéndola en común y gozando de sus frutos, ya teniéndola en el todo alternativamente; sólo cuando no pudieran avenirse es que debe ser puesta en administración. Como cada condómino tiene idénticos derechos, la oposición de cualquiera impedirá el derecho de los demás, pues ninguno de ellos puede atribuirse la propiedad de toda la cosa, ni de una parte determinada. Así, pueden hacer cesar el condominio ejercitando la acción de división é impidiendo que la cosa sea puesta en administración. Aunque la cosa ofrezca cómoda división de uso, como si fuera un campo en que cada uno pudiera gozar de la parte que tiene en él, bastaría que uno se opusiera para que no pueda obligársele. La cosa puede ser divisible, pero sujeta á indivisión temporal, y durante ese tiempo hay indivisión forzosa y rige la disposición del presente artículo y del siguiente. Se debería decir como lo hace Freitas, art. 4352, que la disposición es para el caso en que sea imposible el uso ó goce *en* común,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sición de cualquiera de los condóminos bastará para impedir que los demás lleven á cabo actos de administración en la totalidad de la cosa.

Cada condómino tiene tres caminos: ó pedir la división de la cosa común, ó demandar que la cosa sea arrendada ó alquilada, ó que sea puesta en administración bajo la autoridad de un mandatario. Si alguno usara del primer medio, la indivisión cesará; pero no empleándolo, ni *conviniendo alguno de los condóminos en cualquiera de estos expedientes, ni usando del derecho de pedir la división de la cosa, prevalecerá la decisión de la mayoría, y en tal caso dispondrá el modo de administrarla, nombrará y quitará los administradores* (**art. 2700**), cuando se hubiere decidido que la

---

ó la posesión *en* común.—Véanse arts. 1512, 1613, 2680, 2682, 2702 y 3451.

(**Art. 2700.**) Hay dos cuestiones: una la de poner la cosa común en administración; la otra, el arrendarla ó alquilarla; si la mayoría ha resuelto que se ponga en administración, ella resolverá sobre el nombramiento de administrador ó administradores, respecto al modo de la administración, como debe reemplazarlo y demás circunstancias; pero no podrán conferirle mayores facultades que las comprendidas en una administración general; así, el administrador no podrá dar en arriendo la cosa común por más de seis años, art. 1881, nº 10, porque necesita poder especial de todos para arrendarla por más tiempo. El arrendamiento hecho por el administrador, que es un verdadero mandatario, será respetado por todos los condóminos, y si pidieren la división de la cosa común, lo que pueden hacer en cualquier tiempo, como si la cosa se vendiere para hacer cesar la indivisión, deberán respetar el arrendamiento hecho; si la vendieren como libre, ellos responderán al arrendatario, á menos que el contrato no gravase la cosa habiéndose tomado razón en el registro de la propiedad, donde estuviere creado para este fin, pues la ley sobre el registro de la propiedad sólo rige para la capital y territorios federales. No creo, pues, como algunos, que el arrendamiento sólo debe durar hasta que se haga cesar la indivisión, porque el co-propietario que no usó de su derecho antes de que la cosa fuera puesta en administración, si bien no lo pierde, tiene que reconocer lo que su mandatario

---

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2699.—El condómino tiene derecho á exigir el nombramiento judicial de un administrador de la cosa común, siempre que exista disconformidad.—Jur. Civ., V, 580. Sér. 1ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cosa sea puesta en administración; pero *determinándose el arrendamiento ó el alquiler de la cosa, debe ser preferido á persona extraña, el condómino que ofreciere el mismo alquiler ó la misma renta* (**art. 2702**); mas no se debe seguir la misma regla, cuando se

---

ha hecho en su nombre dentro de los límites del mandato. Si todos hubieren convenido en arrendarla, con mayor razón deben cumplir el contrato de arrendamiento, sin que esto les prive de pedir la división ó la venta que debe efectuarse respetando el contrato. Freitas, art. 4354, propone que en caso de igualdad de votos entre el condómino propuesto para administrador y un extraño, debe preferirse al condómino; pero como nuestro Código nada dice al respecto, se debe aplicar la regla general del art. 2706, y en último caso el juez deberá decidir sumariamente. —Comp. DEMOLOMBE, XV, nº 484, y LAURENT, X, pág. 217.

(**Art. 2702.**) El artículo sólo comprende el caso de haber decidido la mayoría el arrendamiento de la cosa, y no cuando se ha convenido ponerla en administración, como lo hace Freitas, art. 4354, y por consiguiente no estamos autorizados para crear de una pieza una disposición que no existe, por más que nos inclinemos á pensar, que los jueces al decidir en último resorte, deben dar preferencia al condómino que ofrece las mismas condiciones que un extraño, pues teniendo parte en la cosa es creíble que ponga mayor cuidado en la administración; sin embargo, cuando se necesite de cierta inteligencia y competencia, será más de tener en cuenta estas circunstancias que el interés material del condómino. Freitas, art. 4355, da preferencia en caso de empate, á la opinión que decidiera el arrendamiento en remate público, contra la que lo ordenara en privado; pero guardando silencio nuestro Código, nos decidimos por el modo designado en el art. 2706 para hacer cesar el empate. Si hubiere más de dos opiniones y ninguna llegara á reunir mayoría, el Código no impone la obligación de concretarse á las dos que hubieran obtenido mayor número de votos, y por consiguiente no habrá decisión, ni caso para que el juez resuelva, y nada se hará hasta que se reuna

---

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2700.—Las disposiciones relativas á la administración de la cosa común, son aplicables al condominio por confusión de límites.

Respecto de dicha administración, debe resolverse por mayoría de votos de los comuneros, y habiendo empate, por el Juez de la causa. XXXII, 5.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2700.—Véase fallo del art. 2699.—Jur. Civ., V, 580. Sér. 1ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

trate del nombramiento de administrador entre una persona extraña y uno de los condóminos, en cuyo caso el juez debe decidir.

Para tomar cualquiera decisión relativa á la administración de la cosa común, es necesario que todos concurran por sí ó por medio de sus representantes, voluntarios ó necesarios, pues, *ninguna determinación será válida, si no fuese tomada en reunión de todos los condóminos ó de sus legítimos representantes* (**art. 2703**).

Cualquiera resolución que se tomara sobre la administración deberá ser por *mayoría* (pero) *no será numérica* (ó de personas) *sino en proporción de los valores de la parte de los condóminos en la cosa común, aunque corresponda á uno solo de ellos* (**art. 2704**);

---

mayoría en favor de una opinión. En los casos de empate, en que la suerte ó el juez resuelve, deben estar representados todos los condóminos de modo que la mitad sostendrán una opinión y la otra mitad la contraria.

(**Art. 2703.**) El mandato absoluto de que todos los condóminos estén representados en la deliberación, so pena de nulidad, nos induce á creer que cuando alguno de ellos se resista á asistir, se deberá ocurrir al juez para que le nombre de oficio un representante, con el que se celebrará la junta. Si el condómino resistente representara la mitad ó más del valor de la cosa, no se le podrá compeler á la asistencia, ni se podrá formar la junta; no les quedará otro camino que pedir la división de la cosa, y cuando la indivisión estuviera en suspenso, nada se hará. Se entiende que la disposición del artículo es para cuando no hubiere estipulación en contrario, pues en ese caso el contrato será la ley de los contratantes. —Comp. FREITAS, art. 4356, nº 1, y art. 3105, nº 1.

(**Art. 2704.**) En estos casos, la mayoría debe residir en el interés que tienen los condóminos, y si la ley manda se reunan para tomar una decisión que á todos afecta, aunque uno de ellos tenga la mitad ó más de la propiedad, es porque desea se escuche la opinión de los condóminos; así, el que tenga la mayoría no podrá disponer nada sobre la cosa, sino después de escuchar en junta á los demás, y aunque él puede hacer

---

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2702.—Cualquiera de los condóminos puede tomar en arrendamiento la cosa común, aun cuando exista administrador nombrado judicialmente.—Jur. Civ., IX, 184. Sér. 1ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2703.—Véase fallo al art. 2399.—Jur. Civ., V, 580. Sér. 1ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y esa *mayoría será absoluta, es decir, debe exceder el valor de la mitad de la cosa. No habiendo mayoría absoluta nada se hará,* (**art. 2705**), y por consiguiente, autoridad alguna podrá intervenir, y los condóminos que se sientan perjudicados no tienen otro expediente que el pedir la división.

Habiendo empate y no prefiriendo los condóminos la decisión por la suerte ó por árbitros, decidirá el juez sumariamente á solicitud de cualquiera de ellos con audiencia de los otros (**art. 2706**); este ex-

---

prevalecer su voluntad, pueden ser tan fuertes y convincentes las razones de los otros, que lo hagan adoptar la opinión contraria. Por lo demás, es justo que así sea, desde que tiene el mayor interés en la cosa y será el que reciba mayor perjuicio. Si el art. 3462 ha exigido sólo la mayoría contada por personas, es porque los herederos tienen una parte igual en la herencia; no hay, pues, razón para creer que la presente disposición se separa de los principios, ni que sea derogatoria del art. 3465, nº 3, que es una excepción de la regla general establecida por el art. 3462.—Comp. FREITAS, art. 4356, nº 2.

(**Art. 2705.**) Sea que la cosa la hubiesen obtenido fijando el valor que cada uno tenga en ella, ó tomando la parte que cada uno pusiera en la adquisición, como si uno dió 3,500 y los demás 3,000, ó si expresara que uno tiene las $^5/_8$ partes y los demás las $^3/_8$. Si se hubiere convenido al tiempo de la adquisición que tales condóminos serían los administradores, no los podrán revocar sin causa, porque su nombramiento es el resultado del contrato; lo mismo sucederá cuando se hubiere convenido la indivisión por un término no mayor de cinco años. Cuando no hay mayoría absoluta de valores, *nada se hará*, dice la ley, y no hay autoridad alguna que pueda compeler á los que tienen la mayoría. Los jueces no tienen facultad sino en caso de empate.—Comp. FREITAS, art. 4356, nos 3 y 4.—Véase art. 3451.

(**Art. 2706.**) La cuestión puede suscitarse también, porque unos quieran que se decida por la suerte y los otros por árbitros; en ese caso, si hay empate, el juez decidirá la forma en que debe decidirse. La forma sumaria impuesta está sujeta á lo que las leyes de procedimiento determinaren en cada provincia. El juez, al decidir las cuestiones, tendrá en cuenta todas las circunstancias del caso que puedan favorecer la opinión que resultare apoyar. Freitas, art. 4356, nº 5, dice: «con audiencia del otro ó de todos los otros», y así debe entenderse, porque si son sólo dos

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pediente se seguirá tratándose de cualquiera de las cuestiones relativas á la administración en que sea necesario de la decisión de la mayoría. Cuando no se pudiera reunir mayoría, nada se hará.

El condómino que ejerciere la administración, será reputado mandatario de los otros (en la parte que á ellos corresponda) *aplicándosele las disposiciones sobre el mandato, y no las disposiciones sobre el socio administrador* (**art. 2701**), pero cuando *cualquiera de los condóminos que sin mandato de los otros, adminis-*

---

condóminos que poseen la mitad cada uno, será uno el que reclame la decisión, en cuyo caso se resolverá con audiencia del otro.

(**Art. 2701.**) Téngase presente que el condómino obra como mandante por sus co-propietarios, y como propietario por la parte que á él mismo corresponde en la cosa común, pues no puede ser mandatario de sí mismo; por consiguiente la solidaridad á que están obligados los otros por el art. 1945 se limitará á las partes correspondientes á los demás co-propietarios. Se trata de los actos de la administración que se le han confiado, si excediere los límites de ella, como si á nombre de todos, vendiera la cosa común ó la hipotecara, esos actos no valdrán si no fueran ratificados por los demás, quienes pueden hacerlo, sin que el condómino vendedor ni el comprador puedan rechazar la ratificación. Se encuentra en el caso de los arts. 1161 y 1162, cuando se contrata á nombre de otro. Si la venta ó enajenación de la totalidad de la cosa se ha hecho en el solo nombre del co-propietario, no tendrá valor alguno, porque cae bajo la prohibición del art. 1331; pero podrá ratificarse por los demás.

Los condóminos conservan todos los derechos de los mandantes respecto de sus mandatarios, y pueden revocar el mandato, ratificar lo hecho en su nombre sin mandato y conferirle mandato especial.—Comp. FREITAS, art. 4354.—Véanse arts. 1161, 1162, 1676, 1904, 1945 y 2709.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2706.—Véase XXXII, 5.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2706.—Véase fallo del art. 2699.—Jur. Civ., V, 580. Sér. 1ª.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2701. — Reconocido por un condómino el hecho de la administración, debe rendir cuenta á los otros condóminos aun cuando no haya existido mandato en forma.—Jur. Civ., II, 143. Sér. 3ª.

Véase fallo al art. 1909.—Jur. Civ., VI, 240. Sér. 3ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

trase la cosa común, será juzgado como gestor oficioso (**art. 2709**), en la parte que á ellos correspondiese; aunque por la suya obre como dueño, pero como esa parte no está determinada sino idealmente, de ahí es que hace el negocio de todos.

Por regla general, la parte que cada condómino tiene en la cosa común, determina la proporción que le corresponde en los frutos ó rentas; así, dice el **art. 2707**: *los frutos de la cosa común, no habiendo estipulación en contrario ó disposición de última volun-*

(**Art. 2709.**) Respecto de su parte obra en su propio nombre, y por consiguiente la gestión de negocios es relativa á la de los otros aunque en realidad no haya verdadera gestión, pues el art. 2289, así lo hace suponer. Téngase presente que la gestión de negocios se refiere á la administración de la cosa común, como lo enseña Freitas, art. 4358, pues todos los demás actos que no lo fueren, necesitan de ratificación previa, y puede rechazarlos aquel en cuyo beneficio se ejecutaron. Como gestor tiene obligación de entregar á los demás comuneros los frutos líquidos, después de deducir la parte que le pertenezca.—Comp. DEMOLOMBE, XV, nº 485. Véanse arts. 2288, 2289, 2686 y 2687.

(**Art. 2707.**) Cuando el condominio es creado por donación ó testamento, puede establecerse, que á pesar de las partes iguales que se les acuerde en la propiedad, el uno tenga mayor parte en los frutos; en este caso los gastos de conservación deben ser en proporción del interés que tienen en la cosa, como se dijo en los arts. 2685 y 2690. Los interesados pueden convenir en igualar la parte del que hubiere contribuido con mayor cantidad á la adquisición, y que todos los frutos pertenezcan durante un tiempo determinado al que puso mayor cantidad; en ese caso los gastos de conservación de la cosa le corresponderán por completo hasta vencido el término de su goce. Freitas, art. 4357, dice: «los frutos serán divididos idénticamente, y si por la naturaleza de ellos fuera imposible, se procederá como respecto de la cosa común en caso semejante», y aunque nuestro artículo ha tomado la primera parte de Freitas, dejando la segunda, debe procederse así, porque no es justo que unos se tomen los frutos en su totalidad y den á los demás su parte en dinero, pues cada uno es dueño de la parte de los frutos en proporción de la que tengan en la cosa.—Véanse arts. 1778, 1784, 2084, 2691 y 3721.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2707.—Mientras no estén de acuerdo los condóminos sobre quién debe cobrar los alquileres, procede el depósito judicial para su justo reparto.—Jur. Civ., VIII, 507. Sér. 1ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tad, serán divididos por los condóminos, en proporción de los valores de sus partes; pero, *habiendo duda sobre el valor de la parte de cada uno de los condóminos, se presume que son iguales* (**art. 2708**), salvo prueba en contrario; si la comunidad naciera del testamento no se admitiría otra prueba que la de escritura pública posterior, que tenga todas las formas de aquellos.

(**Art. 2708.**) Como la duda procede de la falta de pruebas que establezcan la desigualdad, de ahí la presunción legal, de que son iguales las partes que corresponden á cada uno. Es, pues, una presunción que sólo puede desvanecerse con las pruebas que después se encontrasen, y en ese caso el condómino á quien se hubiera dado menos, tendría derecho para reclamar lo recibido de menos, considerando á los demás como poseedores de buena fe. Si el condominio nace del testamento ó de un contrato, no se admitirá toda clase de pruebas, como algunos lo enseñan, si el valor de la cosa pasa de 200 $, pues se rige por el art. 1193.— Véanse arts. 689, nº 3, 1264, 2691, 2707 y 2721.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO II

DE LA INDIVISIÓN FORZOSA

§ 754.—Definición y condiciones de la indivisión forzosa

La indivisión es una comunidad forzosa por la naturaleza misma de las cosas, ó por la voluntad de las partes, en los casos en que una cosa común esté afectada al servicio de otras heredades; así, *habrá indivisión forzosa, cuando el condominio sea sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos ó más heredades que pertenezcan á diversos propietarios, y ninguno de los condóminos podrá pedir la división* (**art. 2710**), como por

---

(**Art. 2710.**) Para que haya indivisión forzosa es necesario que dos ó más propiedades necesiten del uso de una cosa, y que ésta sea común á los dueños de esas propiedades. La propiedad común debe estar afectada á las otras como un accesorio indispensable, por ejemplo, un patio ó un pasadizo común á las dos propiedades. La indivisión forzosa participa del carácter de la servidumbre, con la que se confunde: 1°, porque no puede existir sino en el interés de las heredades y no de las personas; 2°, porque no puede aprovechar sino á las heredades en el interés de las que se ha establecido; pero la semejanza se detiene ahí, para diferenciarse esencialmente, en que cada uno de los co-propietarios de los diversos fundos á cuyo servicio está afectada la cosa común, como indispensable para su servicio, tiene un verdadero derecho de propiedad sobre esa cosa, aunque esté indivisa. La regla que rige las relaciones de los co-propietarios que tiene como accesorio indispensable la cosa común, será, pues, que cada comunero podrá ejercer todos los derechos que nacen de la propiedad, si no perjudican la cosa común, teniendo en cuenta su naturaleza y destino, y siempre que no impidan á los demás el ejercicio de los mismos derechos.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ejemplo, una pared medianera donde cargan los dos edificios, nos daría la idea de una indivisión que proviene de la naturaleza de las cosas; un patio común que sirviera á las dos heredades contiguas, estando afectado por la voluntad de las partes al servicio de ambas, nos dará la idea de la indivisión creada por la voluntad de las partes, y que puede cesar.

Los derechos que en tales casos (indivisión forzosa) *corresponden á los condóminos, no son á título de servidumbre, sino á título de condominio* (**art. 2711**), porque el predio que podemos llamar

---

La indivisión más común y de las que se ocupa especialmente el Código, es la que se refiere á los muros, cercos y zanjas construidas expresamente para ambas heredades, á las que se puede agregar las de pozos, aljibes, bebederos, etc., establecidas como indispensables para el uso de las heredades vecinas. Cuando la cosa común indispensable dejara de serlo, la indivisión forzosa cesará, y aquella podrá dividirse ó venderse; indicando así las ocasiones en que las causas de la indivisión desaparecerían.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, *ter*, nº 3. DEMOLOMBE, XI, nº 445. —Véanse arts. 2674, 2692, 2713, 2714 y 2716.

(**Art. 2711.**) Esta diferencia trae consecuencias de grande importancia; porque si el condómino usa de la cosa común á título de propietario, el no uso de cualquiera de sus facultades no dará ocasión á la prescripción, y sólo podrá perderla cuando se haya prescripto la propiedad, lo que no sucede con las servidumbres. Además, puede dar lugar á acciones posesorias de los co-propietarios entre sí, lo que no ocurre con la servidumbre. La indivisión no constituye una carga, es una limitación al dominio impuesta por circunstancias especiales, pues cada copropietario ha afectado la cosa común en beneficio de otros inmuebles de los que son propietarios. La indivisión proviene del servicio que la cosa común presta á las heredades de los comuneros, de modo que cada una de éstas vienen á considerarla como accesorio indispensable. En la servidumbre, es el fundo de uno que presta el servicio al otro, sin que el propietario del dominante tenga propiedad en el sirviente; aquí es el fundo común el que presta el servicio á las propiedades de los dueños del sirviente.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, *ter.*, nº 1, texto á la nota 5.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2711.—Aubry y Rau, § 221, ter, nº 1. —La situación de las cosas que supone el artículo es ordinariamente calificada de servidumbre de indivisión.—Pardessus, *Servitudes*, tom. 1, nos 190 y siguientes.—Duranton, tom. 5, nº 149.—Pero esta calificación puede conducir á

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sirviente les corresponde como á co-propietarios, mientras la servidumbre se ejerce sobre la cosa en que otro es propietario exclusivo.

La indivisión forzosa puede provenir de la ley ó de la voluntad de las partes; de la ley, cuando por consideraciones de interés general ella las crea baciéndolas obligatorias, como en el caso de los muros divisorios; por la voluntad de las partes, cuando por conveniencias particulares han acordado en mantener la cosa en común por un tiempo determinado, aplicándose en este caso la indivisión á la misma cosa y no á la que sirve de accesorio.

Habrá también indivisión forzosa, cuando la ley prohibe la división de una cosa común, ó cuando lo prohibiere una estipulación válida y temporal de los condóminos, ó el acto de última voluntad también temporal que no exceda, en uno y en otro caso, el término de cinco años, ó cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesario para que no haya perjuicio en los condóminos (**art. 2715**), como se trata de

---

(**Art. 2715.**) La indivisión no es en sí misma perpetua ó temporaria, porque puede variar según la voluntad de los comuneros, ni es un atributo de la propiedad en su esencia; pero sí, es forzosa ó voluntaria, según la imponga la ley ó la voluntad de los particulares. La ley impone la indivisión forzosa en las paredes, muros, fosos y cercos, pero pueden renunciarla, sin perjuicio de volverla á adquirir. Los particulares pueden imponerla siempre que no exceda de cinco años, pudiendo renovarla á voluntad en los términos del art. 2693. El término se contará desde el tiempo del contrato de prórroga y no desde la indivisión. Cuando la división fuese nociva ó perjudicial á los condóminos, debe ser demorada hasta que desaparezcan los motivos; pero si sólo fuera dañosa á uno y no á los demás, ¿será causa suficiente para la suspensión? La ley no distingue y basta que perjudique á uno para que se suspenda. Son cuestiones de hecho que deben apreciarse por los magistrados.

---

consecuencias completamente erróneas, pues la indivisión forzosa no constituye una carga impuesta á la cosa indivisa, sino una simple restricción á la facultad de pedir la división. Es verdad que el uso de la cosa comun está restringido á la utilidad que pueden obtener las heredades en el interés de las cuales la cosa ha quedado indivisa, pero no es esta una razón para decir que este uso se ejerce á título de servidumbre.—Véase Demolombe, tom. 11, nos 444 y 445.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

una ley de orden público, los particulares no pueden alterarla, y cualquier estipulación en contrario no tendrá valor alguno, si alguno de ellos la reclamase. Si por ejemplo, se hubiesen convenido en dividir la pared que separa las dos heredades, cualquiera de ellos puede volver á hacerla común.

El tipo de la indivisión forzosa creada por la ley, y que da una idea completa de ella, es el condominio de las paredes que separan dos heredades, porque aunque las partes hubieren renunciado al condominio obligándose á no volverlo á adquirir, y aunque se las hubieran dividido por mitad, pueden volver á recobrarlo, como si no hubiera existido contrato; por eso dice el **art. 2716**, *el condominio de las paredes, muros, fosos y cercos que sirvan de separación entre dos heredades contiguas, es de indivisión forzosa;* dando los medios para adquirirla, renunciarla y volverla á adquirir, creando así la obligación en el propietario de soportar la co-propiedad.

§ 755. — Cómo se debe usar la cosa común

En el estado de indivisión, cada propietario sólo tiene derecho á usar *de su parte* como verdadero dueño, pero debe hacerlo

---

En la indivisión impuesta por donación ó testamento, debe distinguirse el mandato expreso del simple consejo que no es obligatorio.— Comp. Freitas, art. 4363 y 4364. Zachariæ, § 279, texto y nota 19.— Véanse arts. 2675, 2693, 2694, 2716, 3452 á 3454.

(**Art. 2716.**) El condominio forzoso es una comunidad *sui generis,* porque cada condómino puede usar de toda la cosa como si fuera suya propia, mientras en la comunidad ordinaria cada uno es dueño de su parte y puede usar de la cosa en la medida que le corresponda. Esta diferencia nace de la naturaleza de la cosa común, cuyo uso no puede dividirse; así, los condóminos de una pared pueden cargar en ella como si fuera exclusivamente de cada uno de ellos; los dueños de un foso divisorio ó de un cerco se sirven de él para proteger ó separar sus heredades, como si fuera de cada uno. La indivisión forzosa creada por la ley puede cesar, por contrato ó por acto de última voluntad, sin perjuicio de que el renunciante pueda volver á adquirirla.—Comp. Aubry y Rau, § 222, texto á la nota 3.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

en la proporción que le corresponda, dejando que los demás puedan usarla en la que tuvieran. Una casa común á dos no podrá ser ocupada en su totalidad por uno solo, y si lo hiciera, deberá pagar á su condómino la mitad del alquiler; pero esto puede tener lugar en la comunidad, cuando no hay indivisión forzosa, porque si la hubiere, como el servicio que debe prestar la cosa común á los predios de ambos propietarios, es de tal naturaleza que no puede dividirse, resultará necesariamente, que *cada uno de los condóminos, puede usar de la totalidad de la cosa común y de sus diversas partes como de una cosa propia, bajo la condición de no hacerla servir á otros usos que aquellos á que está destinada, y de no embarazar al derecho igual de los condóminos* (**art. 2712**).

(**Art. 2712.**) Este es el único caso en que el propietario pro-indiviso puede usar de la cosa como si fuera suya, por la naturaleza del servicio que presta á las propiedades de que son dueños los condóminos, y es lo que ha dado motivos para que se confunda con la disposición del art. 2676, tan clara y precisa. El servicio que presta la cosa común es de tal naturaleza que no se puede dividir, de ahí la necesidad de que cada uno se sirva de ella en su totalidad sin impedir á los demás el mismo derecho. El sacar agua de un aljibe, usar de una cloaca, etc., es un uso que no se puede dividir, y todos y cada uno tienen que usar de la cosa en su totalidad; pero cuando la cosa común fuere un patio, que sirviera á las demás heredades, nadie podría negar al co-propietario de él y propietario de una de las heredades dominantes, el levantar las paredes que dan sobre ese patio y abrir ventanas y puertas ó dirigir las aguas pluviales de su heredad.

No creo se pueda aplicar la disposición del presente artículo, que habla de la indivisión forzosa, al condominio, que no lo es, como en el caso en que uno de ellos ocupara con haciendas todo el campo común, que resolvió la Cámara de Apelaciones de la Capital de Buenos Aires, I, pág. 228, negando al otro condómino el arrendamiento de su parte; cuya resolución sólo sería aceptable, si resultare que el condómino usó del campo en la proporción de la parte que tenía, no cuando lo hubiese ocupado totalmente. Lo mismo sucedería tratándose de una cosa común que uno de los condóminos ocupara en su totalidad; pero son cuestiones de hecho que deben resolverse según las circunstancias.

No creo tampoco, que cada condómino pueda hacer las construcciones que quiera para su uso particular, con tal de no estorbar á los otros un

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La diferencia esencial de la comunidad en la indivisión forzosa, es que la cosa común está destinada á servir á los predios de los propietarios de la cosa y no á estos personalmente; que ese servicio tiene que ser completo, como si la cosa perteneciera al que se sirve de ella, porque no puede prestarse por partes ni dividirse su uso; que es una cosa común la que sirve á los predios como de un accesorio indispensable; mientras en la comunidad ordinaria son los co-propietarios que se sirven de la cosa y por consiguiente no deben usarla sino en la medida de la parte que tuvieren en ella.

Como se trata de una cosa que los propietarios han dejado en común para el servicio de sus predios, el contrato establecerá el servicio que debe prestar, y cuando no se hubiere pactado, *el destino de la cosa común se determina no habiendo convención, por su naturaleza misma y por el uso al cual ha sido afectada* (**art. 2713**),

---

derecho igual en otra parte de la cosa, porque si ésta debe permanecer en indivisión forzosamente para que sirva á las demás propiedades, mal pueden emplearla en construcciones que la desnaturalizarían. La cosa indivisa tiene que permanecer sin alteración alguna, para prestar el servicio que debe á las demás propiedades; pero los co-propietarios podrán hacer en sus propiedades dominantes las construcciones que quieran, aunque diesen sobre la cosa común, ese es su derecho; pero la cosa indivisa debe prestar á las demás propiedades el uso para que se la destinó y que constituye un accesorio indispensable de las propiedades dominantes; por consiguiente, una construcción cualquiera haría imposible el derecho análogo del vecino; así, no podría establecer un depósito de materias infestantes.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, *ter.*, texto á la nota 9, y DEMOLOMBE, XI, nº 445.

(**Art. 2713.**) Se trata de una cosa indivisible considerada como accesorio indispensable de otras propiedades, y por consiguiente no debe confundirse con las cosas comunes destinadas al uso personal de los condóminos. Un muro común, un aljibe ó pozo se emplearán en el uso que están destinados á prestar á ambas propiedades; pero puede suceder que los propietarios hubieren convertido de hecho el pozo de agua en sumidero, y en ese caso continuará prestando ese servicio.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2712.—Aubry y Rau, lugar citado.—Demolombe, tom. 11, nº 445.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

siendo una cuestión de hecho que se resolverá según los lugares y los usos que se hicieren de cosas semejantes.

Resulta igualmente, que estando destinada la cosa común para servir á las heredades de los que la han dejado en indivisión, *los co-propietarios de la cosa común no pueden usar de ella sino para las necesidades de las heredades, en el interés de las cuales la cosa ha sido dejada indivisa* (**art. 2714**), y como una consecuencia de

---

Se debe tener presente que la cosa indivisa es de los propietarios á cuyas propiedades sirve, y que al usarla en beneficio de ellos ejercen un derecho de propietario, derecho que no se debe confundir con la servidumbre. Así, cuando en su propiedad abren ventanas sobre la cosa común, usan de un derecho propio que no debe ser restringido, porque los otros propietarios pueden hacer la misma cosa en sus propiedades, y la abertura puede hacerse á cualquier altura, pues el muro da sobre una propiedad que les pertenece; pero si se tratase de vistas rectas y la propiedad indivisa fuera un camino ó callejón de menos de tres metros, debe guardarse esta distancia; si se tratase de una callejuela común que separase ambos edificios pueden tener vistas rectas á menos que se les hubiese dado un destino especial en contrario.—Comp. AUBRY y RAU, § 221, *ter*.—Véanse arts. 1503, 1504, 1554, 2676, 2684 y 2712.

(**Art. 2714.**) Se trata de propiedades comunes cuyo uso se ha afectado á los fundos vecinos; así como patios, caminos, senderos, pozos de agua, aljibes, sumideros, etc., que sirven á las heredades, no á las personas. Algunos son completamente indivisibles por el uso que están destinados á prestar, otros admitirán cómoda división y los co-propietarios de común acuerdo pueden hacer cesar la indivisión, como si un patio fuera bastante grande para dividirlo, y aunque no lo fuera, bastaría que todos consintieran en hacer cesar la indivisión para que ésta desapareciera. No se puede establecer una regla general sobre la materia, porque en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho. Así, cuando uno de los comuneros solicitare la división de un patio que sirve á las demás propiedades, se examinará si cada una de ellas tiene lo suficiente con la división para el servicio que les presta; porque la indivisión proviene de una necesidad que se debe hacer cesar, cuando ella

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2713. — Así, el propietario de un patio común, puede alzar su edificio que dé sobre él hasta donde quiera, y abrir puertas y ventanas, arrojar al patio común las aguas pluviales de su edificio, y aun las aguas de que se hubiese servido en los usos domésticos.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

esta comunidad de uso, cada uno de los co-propietarios debe soportar las cargas de la cosa común en la proporción que se hubiere establecido en el contrato ó en caso de silencio, en la del interés que cada uno tenga, salvo el derecho de abandonarla en favor de los co-propietarios, como se dirá más adelante.

---

desaparece. El límite del uso debe ser la necesidad del fundo, de modo que si por los trabajos hechos en uno de ellos, ó porque el propietario hubiere establecido una fábrica, se consumiera más agua de la que ordinariamente se emplea y dejara sin ella á la propiedad vecina, ésta puede hacerlo reducir al uso ordinario. Como la cosa común sirve á los fundos que vienen á ser como propiedades dominantes, es claro que el arrendatario, usuario, usufructuario, y cualquiera que posea la cosa á nombre del propietario puede usar de la cosa común indivisa en los mismos términos que éste, á menos de restricciones expresas. — Véanse arts. 2710 y 3094.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2714.—Demolombe, tom. 11, n° 444.—Aubry y Rau, § 221, ter., n° 1.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO III

DEL CONDOMINIO DE LOS MUROS, CERCOS Y FOSOS

§ 756.—Presunción de la medianería de paredes

La medianería de paredes ó muros, que es la forma más clara de la indivisión forzosa creada por la ley, se adquiere por el hecho de construir en terreno común y á gastos comunes una pared divisoria de dos heredades, ó por el pago de la mitad del valor del terreno y de la pared; pero aquí vamos á tratar de las presunciones.

La ley en materia de tanta importancia, para evitar cuestiones y pleitos ha establecido la presunción en favor de la propiedad común, cuando se trata de edificios, y ha dicho: *toda pared ó muro que sirve de separación de dos edificios, se presume medianero en toda su altura hasta el término del edificio menos elevado* (**art. 2718**, 1ª parte); es decir, en toda la altura cuando dos edi-

---

(**Art. 2718.**) Las hipótesis contenidas en el artículo son: 1° que el muro de separación entre dos edificios se presume medianero en toda su altura, cuando las dos construcciones presentaren la misma elevación; 2° que si no fueren de la misma altura, la presunción de medianería sólo se extiende hasta el edificio menos elevado; 3° la presunción de exclusiva propiedad en favor del dueño del edificio más alto, por la parte que excede en elevación al otro. Estas presunciones pueden ser desvanecidas por la prueba contraria que cada uno diera en su caso, aunque de la segunda parte del artículo parece referirse sólo á la presunción de propiedad de la pared más alta. ¿La prueba testimonial es exclusiva? No le creo; cuando se tratare de hechos, como el de la construcción de la pared por uno solo de los propietarios, pagada de su peculio, puede darse

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ficios tienen la misma elevación, ó cuando uno es menos elevado que otro, hasta la altura del menos elevado. Esta presunción puede ser desvanecida por la prueba contraria.

Otra presunción ha sido creada en favor de la libertad de la pared que se reputaba medianera hasta la altura del edificio menos elevado, y se ha establecido, que *la parte de la pared que pasa la extremidad de la última construcción* (es decir, de la más baja), *se reputa que pertenece exclusivamente al dueño del edificio más alto, salvo la prueba en contrario, por instrumentos públicos, privados ó por signos materiales que demuestren la medianería de toda la pared, ó de que aquella no existe ni en la parte más baja del edificio* (**art. 2718**, 2ª parte); porque no es presumible que el dueño

---

la prueba testimonial del constructor que recibió el precio, y de los que suministraron los materiales, ó como dicen Aubry y Rau, para demostrar que las condiciones á la que está subordinada la presunción de medianería no existían cuando se construyó el muro, con tal que no hayan corrido treinta años. Pero no se admitirá la prueba testimonial contra el título. Los signos materiales se refieren á los vestigios que existieran demostrando, ya la exclusiva propiedad de la pared, ya la medianería.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2718. — Demolombe, tom. 11, nº 317.— Marcadé, sobre el art. 653. — Aubry y Rau, § 222, nº 1. — Zachariæ, 322 y nota 4.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2718.—Se presume medianera una pared que sirve de separación de dos edificios contiguos que cargan sobre ella.

Admitida la medianería de una pared, los colindantes tienen derecho de servirse de ella para todos los usos á que está destinada, con tal que no le causen deterioro ni comprometan su solidez ni estorben el ejercicio de iguales derechos para el vecino. XIII, 442.

Las paredes divisorias se presumen comunes de los dueños de los predios colindantes. IV, 485.

Todo muro divisorio se reputa común, á menos que alguno de los propietarios de los edificios colindantes, pruebe que le pertenece exclusivamente.

Es una prueba de la comunidad de un muro, el hecho de negarse la parte que pretende ser propietario exclusivo, á presentar sus títulos, cuando el contrario ofrece los suyos. V, 251.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2718.—El reconocimiento de la medianería de un muro divisorio en el convenio de cesación de un condominio, hace improcedente toda acción ulterior, fundada en la diferencia de extensión de los lotes adjudicados.—Jur. Civ., IV, 137, Sér. 2ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

del edificio más bajo haya contribuido á los gastos del más alto, cuando no lo necesita, mientras la presunción en la parte á que alcanza el edificio más bajo está fundada en el servicio que á ambas propiedades les presta.

Pero la presunción de *la medianería de las paredes ó muros no se presume sino cuando dividen edificios, y no patios, jardines, quintas, etc., aunque éstos se encuentren cerrados por todos sus lados* (**art. 2719**); porque no existiendo la razón en que se funda

---

(**Art. 2719**). El principio general es que la medianería de las paredes no se presume sino cuando dividen edificios. Se ha originado una viva discusión, diciendo unos, que había falta de armonía y aun contradicción entre el presente artículo y el 2743 referente á propiedades *rurales* y por consiguiente aplicable á cercos y zanjas y no á paredes, porque no se acostumbra hacer.

La doctrina francesa ha sido rechazada expresamente y no debemos ocurrir á sus comentadores que nos enseñan lo contrario á lo expuesto en el artículo.

Cuando un edificio separa el patio ó el jardín de la propiedad vecina la ley presume con razón que no es medianera, porque (como dicen Aubry y Rau § 222 nota 9, que se encuentra copiada al pie del art. 2719) no es probable que el propietario de un patio ó jardín, simplemente obligado á concurrir á la construcción de un muro cualquiera de encerramiento, haya contribuído á los gastos de levantar una pared que desde su origen estaba destinada á sostener un edificio.

Pero lo que es evidente tratándose de edificios que separan patios, no lo es para algunos cuando se refiere á simples paredes divisorias. Así, algunos sostienen que cuando la pared que no es de un edificio, divide dos patios ó dos jardines, se reputa medianera, mientras otros enseñan

---

Aun justificada la propiedad exclusiva de la pared divisoria, y la del terreno sobre que esté construída, la ley la supone medianera, si existía carga sobre ella, consentida por el propietario.—Jur. Civ., VIII, 546, Sér. 2ª.

La pared divisoria de los edificios se presume medianera. — Jur. Civ., II, 289, Sér. 1ª.

Al que afirma haber adquirido la medianería corresponde justificar el pago —Jur. Civ., VIII, 159, Sér. 1ª.

El propietario colindante puede reconstruir los muros medianeros sin responsabilidad, pero no sólo está obligado á dejar la pared en el mismo estado, sino que debe abonar los daños y perjuicios que resulten innecesarios ya sea por obras indebidas ó por negligencia de los constructores. —Jur. Civ., X, 330, Sér. 3ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la presunción, el servicio á los dos edificios, no se debe suponer que ambos han contribuido á levantar la pared á gastos comunes.

---

que no lo es, con los que estoy de acuerdo, no sólo porque el artículo habla de paredes ó muros sin distinción, ni indicar de si pertenecen ó no á edificios, sino porque las presunciones no se crean por una opinión, es necesario que la ley las establezca. El artículo crea la presunción de medianería, cuando la pared divide edificios, y en esto repite la primera parte del artículo anterior; pero cuando esa pared pertenezca á un edificio, ó divide patios ó jardines no se presume medianera, porque respecto al último caso no hay ley que cree la presunción.

El art. 2743 se refiere á propiedades *rurales* y el presente á las *urbanas,* se ha dicho; y aunque no estuviera expresa esa diferencia, sería necesario hacerla para que no haya colisión. Además, el artículo habla de *paredes ó muros* y el 2743 de *cerramientos* de propiedades rurales que se presumen comunes, y siempre habría sido necesario separar el cerramiento de muros, desde que el artículo no lo supone medianero, para aplicarlo á las demás clases de cerramiento.

Freitas, art. 4388, de donde fué tomado el nuestro, dice con más claridad: «á falta de prueba escrita sobre la medianería de paredes divisorias entre edificios ó terrenos no edificados, ó de muros entre terrenos no edificados, la medianería no se presume». Esa es la doctrina enseñada por el artículo, siendo inexacto que las paredes que dividen jardines se presumen medianeras.

Tres hipótesis se pueden hacer: 1°, que el muro separe dos edificios; 2°, que el muro de un edificio separe la propiedad de un patio ó un jardín; 3°, que un muro sin edificio separe los patios ó jardines. En la primera la medianería se presume, en las otras dos no hay presunción.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2719.—Aubry y Rau, § 222. — Duvergier, tomo 3, n° 187, nota A. — Marcadé, sobre el art. 653, n° 2. — Pothier, n° 202. — Duranton, tomo 5, n° 303. — Algunos autores enseñan, sin embargo, que en los lugares donde el cerramiento es forzoso, la pared del edificio contiguo á un patio ó á un jardín debe presumirse medianera hasta la altura fijada para los muros de encerramiento. — Merlin, *Rep. verb. Mitoyenneté,* § 1, n° 3.—Toullier, tomo 3, n° 187.—Pardessus, tomo 1, n° 159. Mas para refutar la opinión de estos autores, bastará observar que ellos elevan á presunción legal, una mera conjetura, cuya exactitud las más veces será cuestionable, pues que no es probable que el propietario de un patio ó de un jardín, simplemente obligado á concurrir á la construcción de un muro cualquiera de encerramiento, haya contribuido á los gastos de levantar una pared que desde su origen estaba destinada á sostener un edificio.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La presunción de medianería impone la carga de la prueba al que alegare lo contrario, mientras si no hay presunción, el que pretende la medianería debe probar que le corresponde.

§ 757. — De la adquisición de la medianería de paredes. — Derechos que confiere

La medianería se adquiere de dos maneras: por construcción ó por adquisición posterior. Por construcción, *un muro es medianero y común de los vecinos de las heredades contiguas que lo han hecho construir á su costa en el límite separativo de las dos heredades* (**art. 2717**); por adquisición posterior, cuando *un propie-*

(**Art. 2717.**) Para que se produzca el condominio de muros ó paredes es necesario: 1°, que la construcción sea común; 2°, que sea sobre terreno común; 3°, que sea en el límite separativo de las heredades.

El condominio puede adquirirse posteriormente pagando la mitad del valor de la pared y del terreno, pero no es ese el caso del presente artículo, aunque bien pudo agregarse para que estuviera comprendido como lo hace Pothier, de donde fué tomado el artículo.

Carece de importancia la discusión de si la expresión del artículo es estrecha, desde que no comprende la adquisición posterior de la medianería. Se ha usado de las palabras *medianero* y *común* criticada por algunos entre nosotros, porque hay autores como Toullier y Taulier que sostienen que no son sinónimas, y Pothier mismo apercibiéndose de esa pretendida diferencia, dice: «un muro es *medianero* y *común*», para

---

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2719.—Véase fallos al artículo anterior.—V, 251 y IV, 485.

Las paredes divisorias de los terrenos se presumen comunes de los dueños de éstos.—IV, 456.

Se presume medianera una pared que sirve de separación de dos edificios contiguos que cargan sobre ella.—XIII, 442.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2719.—Al que afirma haber adquirido la medianería, corresponde justificar el pago.—Jur. Civ., VIII, 159, Sér. 1ª.

El hecho de estar construida una pared divisoria en terreno exclusivo de uno de los linderos, no basta para obligar al otro á su adquisición, si no justifica que ha sido construida á su costa.—Jur. Civ., IV, 301, Sér. 1ª.

Se supone pared medianera la divisoria, salvo prueba en contra, que debe producir el que pretenda la propiedad exclusiva. — Jur. Civ., IX, 223, Sér. 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tario cuya finca linda inmediatamente con una pared ó muro no medianero, tiene la facultad de adquirir la medianería en toda la extensión de la pared, ó sólo en la parte que alcance á tener la finca de su propiedad hasta la altura de las paredes divisorias, reembolsando la mitad del valor de la pared, como esté construida, ó de la porción de que adquiera medianería, como también la mitad del valor del suelo sobre que se ha asentado; pero no podrá limitar la adquisición á sólo una porción del espesor de la pared (**art. 2736**, 1ª parte).

Cuando no se tratare de edificios, *si sólo quisiere adquirir la porción de altura que deben tener las paredes divisorias,* (tres metros) *está obligado á pagar el valor de la pared desde sus cimientos* (**art. 2736**, 2ª parte), y aunque el artículo parece limitar á

---

hacer comprender que abraza la medianería y la comunidad. Por nuestro derecho, medianería y comunidad no son tampoco sinónimos, porque aquella significa indivisión forzosa, y esta puede comprender lo que no lo es, pues es más general y extensa. El artículo quedaría mejor diciendo: «un muro es medianero y común de los vecinos de las heredades contiguas que lo han hecho construir á su costa en el límite separativo de las dos heredades, ó cuando uno solo lo ha hecho construir á sus gastos sobre su terreno, y el otro adquiere la medianería», como dice Demolombe.

(**Art. 2736.**) Es un derecho perpetuo que no se puede perder por prescripción. Todos los códigos dejan en la mano del adquirente la facultad de comprar la medianería en la extensión que la necesite el vecino, y creo que el nuestro no ha alterado ese derecho, y nos fundamos en que la condición para adquirir la medianería es que la pared linde inmediatamente con el terreno vecino, porque si ha dejado un espacio cualquiera, aunque sea con el objeto de substraerse á la adquisición, no se podrá adquirir. Bien pues, lindando inmediatamente con el muro no medianero, el vecino puede adquirir en todo ó en parte la medianería de ese muro, sea en su longitud y altura total, sea en la parte que alcance á tener la finca de su propiedad.

Pueden ocurrir las hipótesis siguientes: 1° que adquiera todo el

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2717. — Pothier, *Apéndice al Tratado de la Sociedad,* n° 199.—Aubry y Rau, § 222, n° 1.—Zachariæ, § 322, sobre todos los artículos de este capítulo.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

este caso el pago de los cimientos, debe comprender todos los demás, porque no es justo que estando obligado á abonar la mitad del

---

muro en su longitud y altura; 2º que lo adquiera sólo en su longitud total hasta la altura de tres metros; 3º que lo adquiera sólo en una parte hasta tres metros de altura; 4º que lo adquiera en la longitud y altura que alcance á tener la finca del adquirente. En las dos primeras hipótesis todos están conformes, menos en la tercera y cuarta, porque creen que la expresión, *en la parte que alcance á tener la finca de su propiedad,* está limitada por la frase que le sigue: *hasta la altura de las paredes divisorias,* cuando ella se refiere y comprende tanto el caso en que se adquiera la longitud total de la pared, como á una parte. Un propietario que limita en veinte metros, ¿podrá adquirir solo diez? Así lo creo, porque no hay disposición alguna que lo obligue á adquirir el todo. En efecto, el artículo sólo dice: en *toda la extensión ó en la parte que alcance á tener la finca,* tomando la palabra finca como sinónima de edificio, por que si la considerásemos como equivalente del terreno, sería una repetición, pues ya se dice que puede adquirir toda la extensión de la pared colindante con el terreno. La duda podría venir si supusiéramos que el vecino no tiene que edificar, y quisiera adquirir sólo una parte hasta la altura de tres metros. ¿Pero por qué no tendría derecho de adquirir esa parte? Es cierto que el artículo no legisla sino tres hipótesis, la 1ª, 2ª y 4ª; pero no vemos la razón por qué se le privaría en el caso de la 3ª. Cuando se autoriza al vecino para adquirir la parte que alcance á tener la finca, se entiende que es para adquirir la medianería de la pared en la altura y longitud necesaria para esa finca; lo demás queda de propiedad del dueño de la pared. Y si ocurrimos á la fuente de la disposición, que es Aubry y Rau, § 222, nº 4, vemos que estos autores dicen: «todo propietario de un terreno que linda con un muro no medianero, tiene la facultad de adquirir la medianería *en todo ó en parte,* reembolsando la mitad del valor del muro, ó de la *porción que él quiera hacer medianera,* así como la mitad del valor del suelo en que está asentado ese muro ó esa porción», y agregan las palabras «*ó en parte* se refieren tanto á la altura como á la longitud del muro.» Freitas, art. 4377, dice: «en el todo ó solamente en parte, en las dos extremidades ó en una de ellas, ó en el medio, siempre que sea en toda su grosura ó espesor». Se debe tener en cuenta que cuando hubiere duda se optará por la libertad, y que en todo caso debe dejarse á la voluntad del adquirente el tomar lo que necesita.

Como es una venta forzosa la que hace el dueño de la pared, debe

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

valor de la pared y del terreno no pague aquéllos que son parte esencial de ésta.

§ 758. — De los derechos que confiere la medianería

La adquisición de la medianería tiene el efecto de poner á los vecinos en un pie de perfecta igualdad, y da al que la adquiere la facultad de pedir la supresión de obras, aberturas ó luces establecidas en la pared medianera que fueren incompatibles con los derechos que confiere la medianería (**art. 2740**); porque siendo

---

pagársele el valor de la mitad tal como se encuentra hecha, así como la mitad del terreno, por el que tenga en el momento de la enajenación, sin que pueda alegar que la calidad de los materiales son de un costo y solidez que él no necesita; pero no estará obligado á pagarle las pinturas murales, que probablemente no habrá hecho para el lado del vecino. Debe pagarse la pared desde los cimientos, y en caso ésta se apoyase en paredes que forman parte de zótanos no pagará sino los cimientos de éstos.—Comp. Aubry y Rau, l. c. Demolombe, XI, nº 363. Pothier, *Sociedad,* nº 251. Duranton, V, nos 324 y sig. Freitas, l. c.—Véanse arts. 2656, 2728, 2739 y 2740.

(**Art. 2740.**) Son igualmente dueños de la pared y pueden ejecutar en ella los trabajos que creyeren convenientes, siempre que no impidan el derecho igual de su condómino. Adquirida la medianería puede pedirse la supresión de las obras existentes que fueren incompatibles con ella, así como oponerse á las que quisieren realizarse. La supresión de las obras ejecutadas debe hacerse á costa del que las hizo.—Comp. Aubry y Rau, § 222, texto á la nota 61.—Véanse arts. 2617, 2656, 2730, 2737 y 2739.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2736.—Marcadé sobre el art. 661.—Demolombe, tomo 11, nº 363.—Pardessus, tomo 1, nº 156.—Pothier, nº 251.—Duranton, tomo 5, nº 327.—Zachariæ, § 322 y notas 19 y siguientes.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2736.—La acción sobre adquisición de muros divisorios, sólo es procedente contra el propietario del terreno y no contra el que en él edifique, aunque sea con contrato por tiempo determinado—— Jur. Civ., V, 37, Sér. 1ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2740.—Demolombe, tomo 11 nos 369 á 372.—Pardessus, tomo 1, nº 172.—Aubry y Rau, § 222, nº 4.—Duranton, tomo 5, nº 325.—En contra Toullier, tomo 3, nº 527.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ambos propietarios de la misma pared, no pueden privarse de idénticos derechos. Así, el uno no podrá negarse á cerrar las ventanas, alegando que el condómino puede usar del mismo derecho en las otras partes de la pared, porque éste, á su vez, alegaría que tiene el derecho de cerrarlas desde que la pared es de su propiedad. No debe existir colisión de derechos, y los que se ejerciten no impedirán un derecho análogo; por consiguiente, *el uno de los vecinos no puede hacer innovaciones en la pared medianera que impidan al otro un derecho igual y recíproco. No puede disminuir la altura ni el espesor de la pared, ni hacer abertura alguna sin consentimiento del otro vecino* (**art. 2737**); sin embargo, los colindantes pueden convenir respecto á la altura y espesor de la pared medianera, pero esto no les privará del derecho de pedir se cumplan con las disposiciones relativas; mas *la disposición del artículo anterior no es aplicable á las paredes que hagan frente á las plazas, calles ó caminos públicos, respecto de las cuales se ob-*

(**Art. 2737.**) El derecho de los condóminos en la indivisión forzosa no tiene más limitación que el derecho del otro, pudiendo proceder como si fuera dueño del todo, porque son facultades que no se dividen, sin perjuicio de que por convenios particulares se puede estipular el modo de ejercerlos. Si bien hay facultades que no se pueden renunciar por contrato, porque interesan al orden público, mientras no haya reclamo y consientan las partes, nadie puede intervenir; entre éstas podemos citar la renuncia á pedir la división de la cosa común, la de no hacer cerramiento cuando es forzoso, la de hacer muros de tres metros de altura, que no pueden renunciarse. Así, cuando el artículo dice: se puede disminuir la altura ó espesor de las paredes con consentimiento del otro vecino, sólo quiere expresar que mientras permanezca esa voluntad pueden mantenerse así las cosas; pero el día que cualquiera de ellos lo exigiera podrá obligar que se cumpla la ley, haciendo levantar la pared hasta los tres metros, y dándole el espesor de diez y ocho pulgadas; como el de pedir el cerramiento forzoso á que hubieren renunciado por contrato. No sucede lo mismo con las aberturas en la pared medianera, que sólo miran al interés individual. Y se dice que aquellas son de orden público, porque aun renunciadas pueden exigirse. El presente artículo es un complemento del 2731. — Comp. AUBRY y RAU, § 222, texto á la nota 61. DEMOLOMBE, XI, nos 369 á 372. — Véanse arts. 2656, 2712, 2726, 2730 y 2731.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

servarán los reglamentos particulares que les sean relativos (**art. 2738**), con relación al espesor, á la altura de la pared y demás condiciones.

La medianería da derecho á cada uno de los condóminos á servirse de la pared ó muro medianero para todos los usos á que ella está destinada, según su naturaleza, con tal que no causen deterioros en la pared, ó comprometan su solidez, y no se estorbe el ejercicio de iguales derechos para el vecino (**art. 2730**), y por

---

(**Art. 2738.**) Este artículo ha sido criticado por unos, diciendo que no se comprende la medianería entre vecinos sobre paredes que dan á la calle ó camino público, cuando de su contexto no se puede suponer tal cosa; otros, que es sin objeto, porque los casos que prevé son siempre regidos por el derecho administrativo. Creo que no tienen razón de ser estas críticas. El artículo no se refiere á la medianería, sino á la altura y espesor de la pared que da sobre una calle pública, así como á las aberturas, y si bien es cierto que si nada se hubiera dicho estaría regido por el derecho administrativo, también lo es que habiendo reglamentado el Código la altura y espesor de las paredes, cuando el cerramiento es forzoso, los propietarios podrían prevalerse de este derecho para construirlas á voluntad, y por eso se dice con razón, que cuando dan á plazas ó calles se sujetarán á los reglamentos especiales. Los autores enseñan que la facultad de adquirir la medianería no puede ejercerse cuando los muros hacen parte de edificios públicos, como iglesias, prisiones, arsenales, etc., y aunque generalmente se construyen aislados, haciendo imposible la medianería, cuando no sucediera así, se debe aceptar la doctrina por el peligro que habría en ciertos casos.

(**Art. 2730.**) Los condóminos de una pared medianera pueden servirse de ella como si fueran dueños cada uno, con la única limitación de no perjudicar el derecho análogo de los demás; así, no podrán abrir ventanas, pero sí cargar en toda su extensión.

Como se trata de paredes divisorias de cerramiento forzoso, cuando se quiera cargar en ellas tendrá que hacerla del espesor que exigen los reglamentos municipales, pues, el vecino podría quejarse por el peligro de que estaría amenazado por no poder la pared soportar el peso. — Comp. Cód. Francés, art. 662. Toullier, III, n° 206 y Marcadé al art. 662.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2730.—Cód. Francés, art. 662.—Italiano, 557, y Marcadé, sobre dicho artículo.—Napolitano, art. 583.—De Luisiana, 681. —Toullier, tom 3, n° 206.—Pardessus, tom. 1, n°s 178 y 181.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

consiguiente, *cada uno de los condóminos puede arrimar toda clase de construcciones á la pared medianera, poner tirantes en todo su espesor, sin perjuicio del derecho que el otro vecino tiene de hacerlos retirar hasta la mitad de la pared, en el caso que él también quiera poner en ella tirantes, ó hacer el caño de una chimenea: puede también cada uno de los condóminos abrir armarios ó nichos aun pasando el medio de la pared con tal que no cause perjuicio al vecino ó á la pared* (**art. 2731**); así como *cada uno de los condóminos pueda alzar á su costa la pared medianera sin indemnizar al vecino por el mayor peso que cargue sobre ella* (**art. 2732**).

(**Art. 2731.**) La regla general es que cada uno de los condóminos puede emplear el muro como si fuera único dueño, con la limitación de no privar al condómino de un derecho semejante, ni perjudicar la solidez del muro. Se entiende que esta facultad está restringida por los arts. 2621 á 2625, con los que debe armonizarse, y que tratándose de ciertas construcciones deben sujetarse á los reglamentos municipales. El condómino no tiene que dar aviso ni pedir permiso á su condómino para ejercer sus derechos; pero cuando uno de ellos quiera hacer chimenea ó cargar tirantes sobre la pared, puede hacer que los retire hasta la mitad. — Comp. AUBRY y RAU, § 222, nº 3. DEMOLOMBE, XI, nº 411. POTHIER, l. c., nº 207.—Véanse arts. 1133 nº 3, 2621 á 2625, 2676, 2730, 2737.

(**Art. 2732.**) Lo que no debe indemnizar es el mayor peso que recibe la pared; pero si á consecuencia de ese peso, esta se abriera y sufriese perjuicios el condómino, podrá exigir, como dice Freitas, art. 4395, la indemnización de todos los daños que de la obra le resultaren *inmediata-*

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2730.—Véase el fallo al artículo 2718, XIII, 442.

No es lícito á un lindero usar del derecho de cargar la pared común, sino á condición de dejar expedito el que también corresponda al otro lindero.

La suspensión de la obra, impidiendo el uso de este derecho, hace responsable á quien la pidió de los daños y perjuicios, y de las costas.—IV, 486.

El cargar sobre un muro divisorio, no es un hecho que importe un nuevo título para iniciar posesión exclusiva, sino un derecho del propietario en común. —V, 251.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2731. — Véase el Cód. Francés, art. 657 — Italiano, 551 — Napolitano, 578 — de Luisiana, 676. — L. 12, Dig., *Comuni. divid.*— Demolombe, tom. XI, nº 411. — Pothier, nº 207. — Aubry y Rau, § 222, nº 3.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando la medianería se hubiera adquirido después de construída la pared, y el propietario exclusivo de ésta hubiera adquirido una servidumbre sobre el fundo, se dispone que *el vecino que ha adquirido la medianería no puede prevalerse de los derechos que ella confiere, para embarazar las servidumbres con que su heredad se encuentre gravada* (**art. 2741**); porque el contrato anterior no puede perder su efecto por la adquisición posterior de la media-

---

mente. Respecto de las pinturas que hubiera hecho en la pared y que se destruyeran, unos opinan que no tiene derecho á pedir su valor, otros que debe pagarlas, y creo más aceptable la opinión de Demolombe, XI, nº 405, que acuerda al vecino una indemnización cuyo monto no exceda el valor de pinturas y ornamentos ordinarios que aquel habría podido hacer sin imprudencia, quedando en los límites del destino de la cosa común; es decir, pinturas ó frescos *non pretiosissimas, sed vulgares*. Es entendido que deberá pagar los gastos de reconocimientos por peritos para saber si la pared resiste al peso que se le pone, así como todos los perjuicios hasta restablecer las cosas en el estado en que antes se encontraban.—Comp. Cód. Francés, art. 658. Freitas, l. c., y Demolombe, l. c.—Véanse arts. 2626, 2676, 2718, 2733 á 2735.

(**Art. 2741.**) La medianería se adquiere tomando la co-propiedad del muro, con los gravámenes ó servidumbres que la propiedad sirviente soportaba; porque siendo una venta forzada, el propietario exclusivo del muro, no puede ser privado de derechos adquiridos sobre el fundo vecino. Así, cuando el dueño exclusivo del muro ha adquirido la servidumbre de vistas sobre el fundo vecino, el dueño de éste, por la adquisición de la medianería, no puede privarle de esos derechos; pues, como dice Demolombe, (XI nº 374) «así, como el adquirente conservaría después de la adquisición de la medianería las servidumbres activas que podría tener por medio de este muro, sobre el fundo vecino, del mismo modo debe soportar las servidumbres pasivas que el propietario del muro tiene derecho de ejercer sobre su fundo». Si el propietario de la pared hubiera adquirido una servidumbre de paso abriendo una puerta en el muro para servirse, la adquisición de la medianería por el dueño del predio vecino, no le daría derecho para cerrar la puerta é impedir el derecho de pasaje. — Comp. Aubry y Rau, § 222, texto después de la nota 61—Véanse arts. 2656, 2740 y 3037.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2732. — Cód. Francés, art. 658 — Napolitano, 579 — Holandés, 685 — de Luisiana, 677. — Zachariæ, § 322.

Hojas
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nería, que responde exclusivamente á su propio interés. La pared debe tomarse como se encuentra, y el fundo gravado con la servidumbre, continuará como antes.

§ 759. — De las obligaciones de los condóminos en la indivisión de muros

Cada condómino se reputa propietario de todo el muro, pero como éste presta idénticos servicios á las dos propiedades que divide, de ahí nace la necesidad de que, *los condóminos de un muro ó pared medianera, están obligados en la proporción de sus derechos, á los gastos de reparaciones ó reconstrucciones de la pared ó muro* (**art. 2722**); mas no lo estarán cuando las reconstrueciones ó refacciones hubieren venido á ser necesarias á consecuencia de la demolición de uno de los edificios, en ese caso la abonará el que hizo la demolición por cuya causa se deterioró la pared.

(**Art. 2722.**) Se ha dicho que la comunidad forzosa se rige por las mismas reglas que la ordinaria, con la diferencia que en ésta, cada condómino es dueño de su parte y puede usar de la cosa en esa proporción, mientras en la forzosa, cada uno usa de la cosa como si fuera propia. Así es que cada condómino puede obligar á los demás para que contribuyan á las reparaciones ó reconstrucciones del muro, y el que no quiera concurrir puede abandonar la medianería. Si hubiere controversia sobre la necesidad de las reparaciones, la obligación nacerá después de la sentencia firme, y podrá hacerse autorizar á realizarlas á costa de los demás en la parte que les corresponda, que será según la altura de la pared. La reparación será indistintamente, en cualquiera de los lados, siempre que lo exigiere el estado de la pared. Si las reparaciones fuesen necesarias por el hecho de uno de los condóminos, el que hizo el daño debe repararlo á su costa. Ninguno de los condóminos está obligado á contribuir á los gastos de una pared más sólida, para que pueda soportar una carga mayor de la actual; ni puede derribar la pared porque amenace ruina; tendrá necesidad de la autorización de los condóminos ó del juez en su caso. Freitas, art. 4400.—Véanse arts. 2723 á 2728, 2736 y 2752.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2722.—Cód. Francés, art. 655—Italiano, 548—Holandés, 683—Napolitano, 576—de Luisiana, 674.—Pothier, *Société*, desde el n° 219.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando por sentencia firme se ordenare la reconstrucción de la pared, ninguno de los condóminos estará obligado á contribuir á una más sólida, sino á restablecerla en las mismas condiciones en que se encontraba la antigua.

Cada uno de los condóminos de una pared puede libertarse de contribuir á los gastos de conservación de la pared, renunciando á la medianería, con tal que la pared no haga parte de un edificio que le pertenezca, ó que la reparación ó reconstrucción no haya llegado á ser necesaria por un hecho suyo (**art. 2723**); de donde resulta que para renunciar en el primer caso, es necesario demoler el edificio á que sirve de apoyo el muro medianero, siendo siempre responsable del daño que causare á la pared con la demolición; en el segundo, aunque renuncie la medianería, estará obligado á la reparación del daño ocasionado.

El abandono del muro puede hacerse en su totalidad ó par-

(**Art. 2723.**) El principio general es que la medianería puede renunciarse, libertándose de contribuir á los gastos de conservación de la pared, con excepción de estos casos: 1°, que la pared haga parte de un edificio que le pertenezca; 2°, que la reparación se haya hecho necesaria por un hecho suyo. En cualquiera de estos casos la renuncia no lo liberta de contribuir á los gastos. Pero cuando el que quiere abandonar la medianería hubiera demolido el edificio de que formaba parte la pared, puede entonces abandonarla, desde que se encuentra en las condiciones ordinarias; pero será responsable ante su condómino por las consecuencias de la demolición; es decir, pagará los perjuicios que hubiere causado en la pared. El abandono de la medianería comprende el valor de los materiales, así como el terreno en que estuviere sentada la pared, y confiere al vecino la propiedad exclusiva del muro. Pero, como dicen Aubry y Rau, si el que la adquiere en lugar de conservarla ó de reconstruirla la dejase destruir ó la demoliese, el autor del abandono tendría derecho, *propter causam non secutan*, para repetir la mitad de los materiales y del terreno.—Comp. AUBRY y RAU, § 222, texto á la nota 27. MARCADÉ, á los arts. 655, 656. — Véanse arts. 2722, 2724, 2727 y 2736.

Nota del Dr. Vetez-Sarsfield al art. 2723.—Cód. Francés, art. 656—Italiano, 549—Holandés, 683—Napolitano, 577—de Luisiana, 675.—Toullier, tom. 3, n° 219. —Duranton, tom. 5, n° 319.—Marcadé, sobre los arts. 655 y 656.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cialmente; así, dice el **art. 2724**: *la facultad de abandonar la medianería compete á cada uno de los vecinos, aun en los lugares donde el cerramiento es forzoso, y desde que el abandono se haga, tiene el efecto de conferir al otro la propiedad exclusiva de la pared ó muro;* pero si el vecino, en favor de quien se hace el abandono, en vez de conservarla ó de reconstruirla, no lo hiciera ó la demoliera, el que la abandonó tendrá derecho á tomar en el último caso la mitad de los materiales y del terreno; y en el primero, volver á recobrar la medianería sin gasto alguno.

Como la adquisición de la medianería es una disposición de orden público, que aun renunciada por contrato puede ejercerse, resulta que, *el que hubiere hecho el abandono de la medianería por librarse de contribuir á las reparaciones ó reconstrucciones de una pared, tiene siempre el derecho de adquirir la medianería de ella en los términos expuestos* (**art. 2739**); es decir, como si jamás hu-

---

(**Art. 2724.**) El requerido para contribuir al cerramiento forzoso de una heredad, puede dar la mitad del terreno en que debe asentarse la pared, renunciando á la medianería. Se trata del cerramiento por paredes en los pueblos, no en las campañas. Pothier enseña la doctrina contraria; pero el artículo es apoyado por Demolombe, XI, nº 379, con fuertes argumentos. El abandono confiere la propiedad absoluta del muro, pero puede adquirirse la medianería en los términos del art. 2736 por el que la abandonó.

(**Art. 2739.**) La facultad como tal no puede ser objeto de prescripción, como se ha dicho; es como la de pedir la división, hipotecar, etc. En cualquier tiempo puede usarse de ella, y no se debe confundir con el derecho. Así, puede abandonarse la medianería y volverla á adquirir. ¿Es de orden público esta facultad? Creo que sí, contra la opinión de Aubry y Rau, § 222, texto á la nota 30. La renuncia que el individuo hace de una facultad no le priva de ejercerla, cuando ha sido acordada en mira de un interés general; así, la renuncia á no hacer un muro cuando el cerramiento es forzoso, la de no dividir jamás la cosa común, no tienen valor; del mismo modo, la renuncia á la medianería no le priva de volverla á adquirir cuando lo crea conveniente, porque es necesaria para la edificación. — Comp. AUBRY y RAU § 222, texto á la

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2724.—Aubry y Rau, § 222, nº 2.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

biera sido propietario. La facultad de adquirir la medianería es imprescriptible, como se ha dicho, y es absoluta, en el sentido de que puede ejercerse sin necesidad de demostrar interés ó utilidad alguna, sin que el dueño de la pared pueda negarse, alegando que le haría imposible el uso que hasta entonces le hubiera prestado el muro.

§ 760.—De la construcción de las paredes en el cerramiento forzoso

Con el objeto de promover en los pueblos la edificación y la división de las heredades por medio de muros, facilitando la adquisición de la medianería, se ha dispuesto que, *el que en los pueblos ó en sus arrabales edifica primero en un lugar aun no cerrado entre paredes, puede asentar la mitad de la pared que construya sobre el terreno del vecino, con tal que la pared sea de piedra ó de ladrillo hasta la altura de tres metros, y su espesor entero no exceda de diez y ocho pulgadas* (**art. 2725**), de modo que para adqui-

---

nota 59. Demolombe, XI, nº 357.—Véanse arts. 2723, 2724, 2735, 2736, 2740 y 2741.

(**Art. 2725.**) Esta es una medida que facilita la adquisición de la medianería en el porvenir, porque no habrá sino pagar la mitad del valor de la pared; pero hay cierta incongruencia en considerar la pared como de propiedad del que la hizo, cuando está sentada en terreno comun, despojando en cierto modo al dueño del terreno, que lo perderá en caso no pueda ó no quiera adquirir la medianería. El muro debe seguir las ondulaciones naturales del terreno, teniendo en toda su extensión la altura reglamentaria, que se debe medir desde el suelo en que se asienta, sin contar los cimientos. El Cód. Luisiana, art. 671, de donde fué tomado el artículo, comprende los cimientos que no deben tener más de tres pulgadas.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2739. — Toullier, tomo 3, nº 221.—Demolombe, tomo 11, nº 357.—Duranton, tomo 5, nº 322. — Aubry y Rau, § 222, nº 4.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2725.—Cód. de Luisiana, art. 671.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2725.—La línea imaginaria que divide dos propiedades debe fijarse en el centro de la pared,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

rir la medianería, no tendrá que pagar sino la mitad del valor de la pared.

Así, como en los campos hay cerramiento forzoso, cuando las propiedades colindantes quedaran completamente cerradas ó construyendo el cerco que las divide, con más razón debe existir esa obligación tratándose de los terrenos que se poseen en los pueblos ó sus arrabales, para dar mayor independencia y libertad á los vecinos, y promover indirectamente la edificación; por eso, *todo propietario de una heredad puede obligar á su vecino á la construcción y conservación de paredes de tres metros de altura y diez y ocho pulgadas de espesor para cerramiento y división de sus heredades contiguas, que estén situadas en el recinto de un pueblo ó en los arrabales* (**art. 2726**), siempre que el pueblo haya sido creado con autorización del poder público respectivo.

(**Art. 2726.**) Dos disposiciones contiene el artículo: 1°, respecto á la construcción de paredes divisorias en los cerramientos forzosos; 2°, á la altura que deben tener esas paredes. Se ha discutido en derecho Francés, sosteniendo Aubry y Rau, § 200, nota 5, que esas disposiciones no eran de orden público y Demolombe que lo eran. Laurent mantiene una teoría que podemos llamar intermedia, pues acepta como disposición de orden público, la que se refiere al cerramiento forzoso, y rechaza en ese carácter la que se refiere á la altura del muro. Entre nosotros, el Dr. Segovia sigue esta última teoría, reconociendo, sin embargo, que no sería obligatorio el contrato para los nuevos dueños de la finca, ofreciendo este curioso resultado, que el contrato valdría para el que lo hizo y no tendría fuerza para sus herederos que lo representan. Esta conclusión demuestra que la teoría es inaceptable.

La cuestión á resolver es, si los particulares pueden por sus convenios derogar esta disposición, obligándose válidamente para el porvenir. Yo creo, como Demolombe, que ambas miran al interés público y que no podrían ser objeto de una convención válida. Mientras el acuerdo entre los vecinos subsista, pueden permanecer en una especie de comunidad; pero así como no les es permitido obligarse á no pedir la división por más de cinco años, no pueden renunciar perpetuamente á no pedir el cerramiento. El argumento de Aubry y Rau, de que entonces los vecinos no podrían constituir el uno en provecho del otro servidumbres

---

siempre que por convenio expreso no se haya estipulado cuál de los frentes de la pared era divisorio.—Jur. Civ., VI, 303, Sér. 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Si merced á enajenaciones particulares se hicieran edificios, formando privadamente calles y caminos, sin que poder alguno autorizase ó declarase pueblo, no se podrán aplicar las disposiciones anteriores.

Cuando en lugar de exigir á su vecino la construcción á gastos comunes de la pared que encierra las dos heredades, la hiciera, dice el **art. 2728**: *el que hubiere construído en un*

---

que los obligaran á dejar sus fundos abiertos, no tiene fuerza, porque lo mismo sucede con la facultad de pedir la división, que es de orden público, y que no podría impedirla cualquier servidumbre que viniera á establecerla. En estos casos no hay en verdad una limitación al dominio, sino la defensa de facultades que renunciadas causarían daño á la comunidad. Lo mismo diríamos respecto de la altura de los muros: mientras ninguno de los vecinos reclame, pueden tener la altura que quieran darle; pero no pueden renunciar á pedir lo que la ley acuerda en beneficio de todos; la renuncia *in futurum* no tendría efecto, y esto es lo que reconoce indirectamente el Dr. Segovia cuando dice: «parece que no será obligatorio para los nuevos dueños de la finca aunque sean herederos». ¿Y por qué lo sería para su causante? ¿Acaso es una obligación inherente á la persona? Creo, pues, que cualquier contrato alterando la disposición de la ley sobre el cerramiento forzoso ó la altura de los muros sería de ningún valor.—Comp. DEMOLOMBE, XI, nº 378 y varias decisiones de Cortes Francesas. AUBRY y RAU, l. c. LAURENT, VII, nºs 947 y 498.

De la obligación que tienen los vecinos de contribuir al cerramiento forzoso, algunos han creado la presunción de medianería para los muros que dividen jardines ó patios; pero como uno de los vecinos puede libertarse de esa obligación cediendo el terreno y renunciando á la medianería, resulta que la ley no ha establecido la *presunción*, y por consiguiente, no pueden crearla ni la jurisprudencia ni la doctrina.

(**Art. 2728.**) La ley faculta al propietario para obligar al vecino á contribuir al cerramiento forzoso; si renunciando á esta facultad ha hecho el muro á su costa y sobre su terreno. ¿Con qué derecho podría obligarlo á que adquiriese una medianería que no necesita? Siguiendo la opinión de Aubry y Rau, § 220, texto á la nota 7, nuestro artículo ha de-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2726.—Cód. Francés, art. 663.—Marcadé, sobre dicho artículo.—Aubry y Rau, § 200.—Zachariæ, § 325.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

lugar donde el cerramiento es forzoso, en su terreno y á su costa, un muro ó pared de encerramiento, no puede reclamar de su vecino el reembolso de la mitad de su valor y del terreno en que se hubiere asentado, sino en el caso que el vecino quiera servirse de la pared divisoria; porque se reputa que ha renunciado á su derecho y ha querido hacer suya la pared.

Si para impedir la adquisición de la medianería, hubiera construído la pared dejando un pequeño espacio entre la línea divisoria y la pared levantada, el vecino no podrá adquirir la medianería, pero si el espacio tuviera cierta importancia podrá obligarlo á que contribuya al cerramiento forzoso del terreno dejado.

Si por el contrario, usando de la facultad conferida por el

---

cidido otra de las cuestiones que se debaten en derecho Francés. Si el adquirente para usar de la pared tuviera que demolerla, tendría aún que pagar el valor de la mitad de ella, no sólo porque la ley no hace distinción, sino porque es un derecho del que la hizo á su costo el indemnizarse; pero el que la derriba no estará obligado á pagar la mitad del terreno, si al construir la nueva, toma la mitad de su propio terreno; si necesitare más lo tomará del suyo y la pared será medianera hasta la altura de la primera. El que tomó más terreno del propio para construir la nueva pared, no podrá pedir indemnización alguna.—Comp. DEMOLOMBE, XI, nº 358, y TOULLIER, VIII, nº 198.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2728.—Toullier, tom. 3, nº 198.—Aubry y Rau, § 200.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2728.—La pared medianera que no puede soportar la mayor altura que se le quiere dar, puede ser demolida y reconstruida, sin que el vecino tenga derecho á reclamo por las incomodidades de la reconstrucción.

La demolición y reconstrucción debe ser á costa del que quiere alzarla.

Si la pared antigua había sido hecha á costa del vecino, éste no puede reclamar el pago de la mitad de su costo, y solamente tiene derecho á retirar los materiales de la pared demolida, XXXI, 320.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2728.—El hecho de estar construida una pared divisoria en terreno exclusivo de uno de los linderos, no basta para obligar al otro á su adquisición, si no justificó que ha sido construida á su costa.—Jur. Civ., IV, 301, Sér. 1ª.

El dueño de una pared divisoria destruida, no puede reclamar por ella daños y perjuicios, tan sólo su valor y la mitad del precio del terreno.—Jur. Civ., I, 150, Sér. 1ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

art. 2726, quiere obligar á su vecino al cerramiento forzoso, *el vecino requerido para contribuir á la construcción de una pared divisoria, ó á su conservación en el caso del artículo anterior puede librarse de esa obligación, cediendo la mitad del terreno sobre que la pared debe asentarse, y renunciando á la medianería* (**art. 2727**), sin que esa renuncia le impida en adelante volver á adquirirla.

Las paredes divisorias deben levantarse á la altura designada en (por) *cada municipalidad; si no hubiese designación determinada, la altura será de tres metros* (**art. 2729**), con el espesor de diez y ocho pulgadas, siendo de piedra ó de ladrillo, salvo el caso de disposición especial en contrario de las municipalidades.

§ 761. — De la destrucción de los muros medianeros

Se dijo que cada condómino podía alzar á su costa la pared medianera, sin indemnizar al vecino por el mayor peso, y hacién-

---

(**Art. 2727.**) El artículo se refiere á paredes divisorias que pueden llegar á ser comunes; pero que no lo serán si uno de los vecinos ha renunciado á la medianería cediendo la mitad del terreno en que debe asentarse, y como debe hacerse en 18 pulgadas, quiere decir que sólo cederá nueve. La cesión del terreno no es en realidad una venta, porque no hay precio, sino una enajenación en virtud de la ley. Nuestro artículo viene á decidir una de las controversias del derecho Francés. *Contra*, Demolombe, XI, nº 379. En favor del artículo, Aubry y Rau, § 200, texto y nota 6. La disposición del presente artículo debe concordar con el 2744.

(**Art. 2729.**) Se dijo en el art. 2725 que el espesor de la pared debe ser de diez y ocho pulgadas, cuando se trata de muros divisorios, y la altura de tres metros; por el presente se deja á cada municipalidad la facultad de determinar la altura, pero no así respecto del espesor. Sólo puede determinarlo cuando se trata de edificios ó de paredes de carga. ¿Pueden convenirse entre los propietarios vecinos construir muros de menos de diez y ocho pulgadas? Sí, pero ninguno estará obligado á respetar ese convenio para el porvenir, porque así como el cerramiento y la altura son de orden público, lo será también el espesor.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2727.—Marcadé, sobre el art. 663, nº 2.—Toullier, tom. 3, nº 218.—Aubry y Rau, § 200.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dose dueño exclusivo de la parte alzada, pero *cuando la pared medianera no pueda soportar la altura que se le quiera dar, el que quiera alzarla debe reconstruirla toda ella á su costa, y tomar de su terreno el excedente del espesor. El vecino no puede reclamar ninguna indemnización por los embarazos que le cause la ejecución de los trabajos* (**art. 2733**); *en el caso del artículo anterior, el*

(**Art. 2733.**) La demolición no se hará cuando el condómino se opusiera sosteniendo que la pared puede sostener el peso, y en ese caso el juez decidirá la controversia, después de oir á los peritos. Como la pared que va á levantarse con mayor resistencia será medianera hasta la altura de la antigua, los materiales de la demolición podrán ser empleados en su totalidad en la nueva. El mayor terreno ocupado por el que construye la pared, no le será abonado por mitad, sino cuando el otro quisiera emplear la pared en la parte no medianera, y respecto de los materiales, sólo pagará la mitad de la parte no medianera. El que derriba la pared, debe dar aviso previo al medianero por si quiere oponerse, y no le deberá perjuicio por el inconveniente; pero tendrá derecho para exigir que se levante la pared inmediatamente, y si pasara del tiempo en que ordinariamente pudo levantarse, podrá cobrar los perjuicios. Así, no podrá dejar abandonada la obra.

Si el condómino tuviera que disminuir el alquiler á su locatario, ó si no pudiera habitar su propia casa á causa de la demolición, el otro no le deberá esos perjuicios; pero el molestado puede exigir que la demolición se haga por partes hasta levantar la primera sección, y se continúe así. Debe causarse la menor molestia posible. Si por la demolición causare otros perjuicios que no fueran el de quedar descubierta la parte derribada, deberá pagarlos. La nueva pared debe quedar en el mismo estado que la anterior, con sus revoques ó pinturas, empapelada, etc. — Comp. AUBRY y RAU, § 222, texto á la nota 39. CÓD. FRANCÉS, art. 679. POTHIER, *Sociedad*, nº 215. DEMOLOMBE, XI, nºs 205 y siguientes. FREITAS, art. 4394. CÓD. DE CHILE, art. 857. — Véanse arts. 1520, 2626, 2730, 2734 y 3077.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2733. — Cód. Francés, art. 659 — Italiano, 554 — Napolitano, 580 — Holandés, 685 — de Luisiana, 678. — Pothier, *Societé*, nº 215. — Zachariæ, lugar citado.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2733. — Véase fallo al art. 2728, XXXI, 320.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2733. — La medianería de la pared á destruirse y del terreno sobre que debe construirse la

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nuevo muro, aunque construído por uno de los propietarios, es medianero hasta la altura del antiguo, y en todo su espesor, salvo el derecho del que ha puesto el excedente del terreno para volver á tomarlo, si la pared llegase á ser demolida (**art. 2734**).

(**Art. 2734.**) No debía suceder así, en estricta justicia, sobre todo cuando el que no ha contribuído á los gastos se sirve de la pared para otros usos que no habría podido hacer si no hubiera sido reforzada; pero la ley establece expresamente la medianería hasta la altura de la antigua pared, con cargo de que se le pagará la mitad del terreno aumentado cuando quiera adquirir la medianería de la pared alzada. Es sin duda teniendo en cuenta que el condómino que derriba la pared para hacerla más sólida, busca su propio interés. La parte elevada y que corresponde sólo al que la construyó, le pertenece exclusivamente, y por consiguiente puede en ella dar luz á las piezas guardando la altura establecida, á contar desde la parte que el muro es medianero. No creo que esté obligado á revocar esa parte de la pared, porque siendo suya, nadie puede forzarlo á que haga en su cosa lo que no quiere ejecutar.—Comp. AUBRY y RAU, § 222, texto á la nota 45. DEMOLOMBE, XI, n° 407. FREITAS, art. 4397.—Véanse arts. 2626, 2718, 2732 á 2735.

---

nueva, debe ser adquirida antes de empezar la obra. — Jur. Civ., VIII, 189, Ser. 3ª.

El propietario colindante puede reconstruir los muros medianeros sin responsabilidad, pero no sólo está obligado á dejar la pared en el mismo estado, sino que debe abonar los daños y perjuicios que resulten innecesarios, ya sea por obras indebidas ó por negligencia de los constructores. — Jur. Civ., X, 330, Ser. 3ª.

Para que el lindero pueda ser responsable de los daños y perjuicios, debe justificarse que le son imputables. — Jur. Civ., XII, 100, Ser. 6ª.

El lindero sólo tiene derecho á cobrar los desperfectos que haya sufrido su propiedad por la reconstrucción de la pared medianera, pero no los perjuicios por alquileres dejados de percibir — Jur. Civ., IX, 223, Ser. 3ª.

El lindero que por temor al derrumbe se ve obligado al desalojo de la propiedad, sólo puede reclamar como daños y perjuicios el valor de la locación durante el tiempo que dure la reconstrucción de la pared medianera.—Jur. Civ., IX, 428, Ser. 3ª.

Si bien el condómino tiene derecho para reconstruir la pared medianera, sin indemnización, debe ser condenado al pago de los daños y perjuicios causados por la omisión de medidas tendentes á evitar un accidente en la propiedad lindera. — Jur. Civ., IX, 438, Ser. 3ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2734. — Marcadé, sobre el art. 659. — Demolombe, XI, n° 407. — Aubry y Rau, § 222, n° 3. — Pothier, n°s 200 y 203.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando el vecino quisiera adquirir la medianería de la pared alzada, como esta es medianera hasta la altura del edificio que estaba construído cuando la pared se hizo, ó hasta la altura de la pared antigua cuando no había edificio, en ese caso dice el **art. 2735**: *el vecino que no ha contribuído á los gastos para au-*

(**Art. 2735.**) El artículo anterior suponía una pared medianera demolida para hacerla más sólida. Esa pared es medianera hasta la altura de la antigua, sin que nada se deba al que la construyó; lo que consideramos injusto, sobre todo cuando el condómino la empleara en construcciones para las que no habría servido antes; pero teniendo en cuenta que el constructor sólo ha buscado su propio interés, podía explicarse esta falta de equidad. Ahora se trata del caso en que se desee adquirir la medianería de la parte levantada, que es de la exclusiva propiedad del que la reconstruyó á su costa, y se obliga al que es medianero hasta la altura del muro antiguo, *á reembolsar* la mitad de los *gastos* de la pared, y la mitad del *valor* del terreno que hubiere tomado del suyo el constructor para aumentar su espesor; mientras que para adquirir la medianería en los demás casos establece el art. 2736 que se pague la mitad del *valor* de la pared y la mitad del valor del suelo en que está asentada. ¿Por qué en el primer caso debe pagar la mitad de los *gastos* de la parte alzada, y el segundo la mitad del valor? Por la razón de que siendo medianero ha podido contribuir á los gastos con la mitad, y eso es lo que deberá cuando quiera adquirir la medianería de la parte alzada; será la justa indemnización que debe á su condómino; que si gastó mil y la pared vale quinientos, le deberá la mitad de lo gastado, como si gastó los mil y vale después dos mil, deberá sólo los mil. Pero cuando adquiera la medianería, compra la mitad del terreno y la mitad de la pared y debe pagar la mitad del valor sin consideración al gasto.

Nuestro artículo dispone lo contrario de lo enseñado por Pothier, *Socie.* nº 217, cuando dice: «si he demolido y reconstruído solo á mis expensas el muro común, á fin de que fuera suficiente para sostener el alzamiento; cuando mi vecino quisiera construir contra la pared alzada, estará obligado á pagarme *además de la mitad del valor del alzamiento, la mitad de lo que me ha costado para poseer el muro común en estado de sostener el alzamiento*». Y por más justa que parezca la teoría de Pothier no podemos aceptarla, porque el artículo habla de los gastos de la parte alzada, y son esos gastos los que se deben reembolsar, y porque el art. 2734 ha declarado medianera la pared reconstruída hasta la altura de la antigua.— Comp. Cód. Francés, art. 660, Pothier l. c. De-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

mentar la altura de la pared, puede siempre adquirir la medianería de la parte alzada, reembolsando la mitad de los gastos, y el valor de la mitad del terreno en el caso que se hubiese aumentado su espesor.

En todos los casos en que la medianería se adquiera posteriormente á la construcción de la pared, deben pagarse la mitad de los gastos de los cimientos, en el caso del art. 2735, y del valor de ellos en el del 2736.

§ 762. — Del cerramiento forzoso en las campañas

La ley ha impuesto la obligación de construir muros de ladrillo ó de piedra para el cerramiento forzoso de las heredades en los pueblos y sus arrabales; pero no así en las campañas, en que se pueden cerrar con zanjas, cercos de alambre, arbustos, ó árboles vivos.

En las campañas los cerramientos medianeros deben hacerse á comunidad de gastos, si las dos heredades se encerraren. Cuando una de las heredades está sin cerco alguno, el dueño de ella no está obligado á contribuir para las paredes, fosos ó cercos divisorios (**art. 2742**); pero si el cerramiento fuera forzoso y uno quisiera

---

molombe, XI, nº 375. Aubry y Rau, § 222 texto después de la nota 45. Freitas, art. 3497.

(**Art. 2742.**) En las campañas, el cerramiento por medio de paredes no es obligatorio, porque habiéndolo limitado el art. 2726 á los pueblos, queda de hecho excluído para los demás lugares. Así es que la palabra *paredes* está demás, y no la contiene el original de donde fué tomada la disposición. Cuando uno hubiere cerrado su heredad y las demás se encuentran abiertas, nada podrá cobrar; pero si cualquiera de ellas viene á quedar cerrada por trabajos propios ó por los que hicieren los vecinos de los otros costados, cada uno podrá cobrar la medianería al dueño del terreno cerrado. Cuando se trata de cercos ó de fosos de cerramiento forzoso, ambos propietarios están obligados á contribuir á los gastos que ocasione el cerramiento; en ese caso no se puede renunciar á la media-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2735. — Cód. Francés, art. 660 — Italiano, 555.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

adoptar las zanjas y el otro el alambrado, el juez decidirá teniendo en cuenta el interés de ambos propietarios y el uso de los lugares.

Si uno de los vecinos sin exigir del otro la contribución para el cerramiento forzoso lo hiciera por su propia voluntad, no tendrá derecho para cobrar sino la mitad del menor valor de lo que hubiere gastado, si hubiera sido requerido para hacerlo. No estará obligado á pagar la mitad de lo que hubiere gastado en el cerramiento, si hubiere empleado materiales de primera clase construyendo una cerca de gran valor. Ha obrado en este caso como un gestor de negocios y debe cobrar sólo aquello en que fué útil la gestión á su vecino.

No se debe aplicar el art. 2728, condenándolo á no cobrar la cerca, porque en el cerramiento forzoso de paredes se puede libertar del pago, abandonando la medianería y dando la mitad del terreno, lo que no sucede con el cerramiento de los campos.

Cuando uno de los propietarios vecinos ha hecho su cercado encerrándose, mientras los otros terrenos vecinos permanecen abiertos, ese cercado no se puede presumir medianero; sin embargo, *todo cerramiento que separa dos propiedades rurales se presume medianero, á no ser que uno de los terrenos no estuviese cerrado, ó hubiese prueba en contrario* (**art. 2743**).

---

nería, porque los arts. 2723 y 2724 que la autorizan se refieren únicamente á las paredes.—Véase Cód. de Luisiana, art. 683.

(**Art. 2743.**) Se trata de cerramiento por cercos ó fosos y no por paredes. La regla general es que un cerco ó foso se presume medianero; si separa dos heredades; pero si sólo una de éstas estuviera cerrada, el cerco que la divide no se reputaría medianero y sería del dueño de la heredad cerrada á menos de prueba en contrario; esa es la única excepción, de manera que cuando las dos heredades están abiertas, el cerco que las separa se reputará medianero, salvo prueba en contrario. La presunción es en favor de la medianería.

La expresión de *todo cerramiento* debe tomarse con la limitación del art. 2719, y teniendo en cuenta que el presente se refiere á las campañas. Si hubiere, pues, un cerramiento por medio de muros en las cam-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2742.—Cód. de Luisiana, art. 683.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las obligaciones sobre construcción y conservación de los muros ó paredes medianeras que tienen los condóminos entre sí, y de que hemos hablado, se regirán por el **art. 2744**, que dice: *lo dispuesto en los artículos anteriores sobre paredes ó muros medianeros, en cuanto á los derechos y obligaciones de los condóminos entre sí, tiene lugar en lo que fuere aplicable respecto de zanjas ó cercos, ó de otras separaciones de los terrenos en las mismas circunstancias.*

Se ha dicho que la separación y cerramiento en los campos puede hacerse por medio de árboles vivos, en ese caso los árboles serán de los propietarios limítrofes; y *los árboles existentes en cercos ó zanjas medianeras, se presume que son también medianeros, y cada uno de los condóminos podrá exigir que sean arrancados si le causaren perjuicio. Y si cayesen por algún accidente no podrán ser replantados sin consentimiento del otro vecino. Lo mismo se observará respecto de los árboles comunes por estar su tronco en el extremo de dos terrenos de diversos dueños* (**art. 2745**).

---

pañas, no se reputará medianero y será del que pruebe haberlo construído. Nuestro artículo fué tomado del Cód. Francés, art. 666, reformado por la ley de 20 de Agosto de 1881; pero no creo que se aplique entre nosotros la doctrina francesa respecto de fosos.—Comp. DEMOLOMBE, XI, nos 450 y sig. DALLOZ, 1882, 4ª parte informe de MR. LERROY, pág. 7.

(**Art 2744.**) El artículo habla de los *derechos* y *obligaciones*, no de las presunciones que son completamente diversas. Y se deben aplicar en las mismas circunstancias, porque si se trata de zanjas ó cercos en las ciudades ó pueblos, es bien que se apliquen las disposiciones dictadas para los muros; pero las relativas á zanjas ó cercos no deben serlo á los muros. Por eso dice el artículo, las disposiciones sobre muros se aplicarán á las zanjas ó cercos, pero no éstas á aquellos.—FREITAS, art. 4402.—Véanse arts. 2730, 2742 y 2743.

(**Art. 2745.**) La presunción de medianería de la zanja ó cerco se extiende igualmente al árbol que existe en el terreno común, y como en la indivisión forzosa cada condómino ejerce el derecho sobre toda la cosa como si fuera propia, salvo el idéntico de su condómino, resultará que

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2743.—Cód. de Luisiana, art. 684.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 763.— De los títulos para combatir la medianería

Cuando la medianería se presuma, como en los casos de los arts. 2718 y 2743, es necesario desvanecer la presunción por una prueba contraria, que puede ser dada por instrumentos públicos ó privados ó por signos materiales. Si se presentaran *instrumentos públicos ó privados que se invoquen para combatir la medianería deben ser actos comunes á las dos partes ó á sus autores* (**art. 2720**);

---

cualquiera de ellos podrá exigir sea arrancado cuando le perjudique, en cuyo caso serán los gastos á cargo del que recibe el perjuicio, porque se reputa que procede como dueño. Como su derecho de hacerlo arrancar viene del perjuicio que le causa, resultará que si cortando las ramas cesa el perjuicio, cesará también su derecho. Si los árboles estuvieran no en cercos ni zanjas divisorias, sino que resultaren según la medición en el límite separativo de las dos propiedades, serán comunes y sometidos á la regla anterior, cuando su tronco estuviera en la línea separativa de las heredades, de modo que ocupara ambos terrenos. — Freitas, art. 4403.

(**Art. 2720.**) Nuestro artículo ha venido á decidir las dudas suscitadas por el art. 653 del Cód. Francés, que autoriza á combatir la presunción de medianería por un título contrario. Los autores enseñan, que ese título debía ser proveniente de actos comunes á las dos partes, en virtud del principio de que un título no puede ser opuesto sino á aquellos de quienes emana ó á sus autores.

Aubry y Rau, § 222, texto á la nota 16, de donde fué tomado nuestro artículo, dicen: «los títulos invocados para combatir directamente una presunción de medianería, deben ser de actos comunes, á las dos partes, ó á sus autores, en el supuesto de que las condiciones materiales á las que se encuentra subordinada esta presunción, existían al tiempo de la construcción del muro», lo que viene á completar el pensamiento y á explicarlo en el sentido de estos autores.

Nuestro Código autoriza á combatir la presunción de medianería con títulos que sean comunes á las dos partes, teniendo en cuenta que no hay

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2745.—L. 43, Tit. 28, Part. 3ª.—Código Francés, art. 673.—Holandés, 710.—Napolitano, 594.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

porque no podría razonablemente obligarlo á reconocer un derecho que otro hubiese concedido sobre la cosa que me pertenece; para que pueda obligarme es necesario que yo ó mi causante hubieramos intervenido en él.

Es un principio de derecho que á nadie puede oponerse los actos de una persona extraña, para crearse un derecho contra otro que no ha intervenido.

---

la dificultad que en derecho francés, pues entre nosotros la presunción de medianería existe cuando la pared divide edificios. La cuestión ha perdido su importancia entre nosotros.

¿Qué se entiende por título que provenga de actos comunes á las dos partes? Demolombe dice: «un propietario pide demostrar con sus títulos de propiedad que el muro está construído sobre su propio terreno y que le pertenece. ¿Puede hacerlo? Se cree que el título de que habla el art. 653 debe consistir en un acto que pruebe contradictoriamente con el vecino ó sus autores, la propiedad exclusiva del muro; (lo que no sucede entre nosotros) y se dice que el art. 653 establece recíprocamente y en cierto modo contradictoriamente, entre los dos vecinos, la presunción legal de medianería, y parece racional que el título en virtud del cual puede ser combatida esa presunción por el uno contra el otro, sea también un título común y contradictorio entre ellos. En vano uno de los propietarios establecería que él solo ha contruído el muro á sus expensas y sobre su terreno; el otro podría responderle, que la medianería ha podido ser comprada después, por sus causantes, y que la ausencia de toda señal de no medianería justifica esta presunción de la ley».

Así es que la prueba contra la presunción de medianería debe provenir de un título que sea común á ambos, ó en que ambos ó sus causantes hayan intervenido; teniendo presente que por nuestro derecho la medianería se presume sólo cuando divide edificios.

Freitas, art. 4387, dice: «habrá prueba en contrario de la medianería de paredes divisorias entre dos edificios de diversos dueños, en el caso sólo de existir instrumento público ó particular firmado, en que conste pertenecer exclusivamente la pared á uno de los vecinos; ó ese título remonte al tiempo de la construcción de ella, ó le sea posterior», teniendo presente que el título no puede ser opuesto sino á aquel de quien emana.—Comp. DURANTON, V, nº 308.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2720.—Duranton, tom. 5, nº 308.—Demolombe, tom. 11, nos 334 y siguientes.—Aubry y Rau, § 222, nº 1.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando se atacase la presunción de medianería dice el **art. 2721**: *en el conflicto de un título que establezca la medianería y los signos de no haberla, el título es superior á los signos;* porque la prueba negativa no debe prevalecer sobre la positiva que demuestra la existencia del derecho.

Estos mismos principios se aplicarán en los casos en que la medianería no se presume y quiera probarse su existencia.

(**Art. 2721.**) Pero prevalecerá contra el título cuando las señales existan después de treinta años, siempre que la inducción de prescripción sea corroborada por un juicio contradictorio regular que haya tenido lugar entre los vecinos, sea por actos materiales exclusivos de toda idea de medianería. La presunción de medianería no se combate sino con títulos comunes á las dos partes. El título que establezca la no medianería debe prevalecer contra los signos que la establezcan, á menos de prescripción fundada en hechos que demuestren lo contrario.—Comp. DEMOLOMBE, XI, nº 343.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2721.—Marcadé, sobre el art. 654, nº 2 —Demolombe, tom. 11, nº 343,—Aubry y Rau, § 222, nº 1.—Zachariæ, § 322, nota 4.—En contra, Pardessus, tom. 1, nos 161 y 163.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO IV

DEL CONDOMINIO POR CONFUSIÓN DE LÍMITES

§ 764. — De la acción de deslinde y de sus condiciones

El Código establece una especie de co-propiedad entre los dueños de predios rurales, cuando los límites de las propiedades se encontraren confundidas, y da una acción especial para hacerla cesar, esa acción es la de deslinde que corresponde á todo *el que poseyere terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los de un terreno colindante, repútase condómino con el poseedor de ese terreno, y tiene derecho para pedir que los límites confusos se investiguen y se demarquen* (**art. 2746**); y los que se fijasen en juicio

---

(**Art. 4746.**) La acción de *deslinde* por confusión de límites, que no se debe confundir con la de amojonamiento, tiene generalmente por objeto determinar de una manera cierta, el límite que separa dos propiedades contiguas, á fin de fijar el punto en que cada una comienza y donde termina; pero en algunas provincias se concede además la acción de deslinde, sin que haya confusión de límites, lo que sucede cuando poseyendo campos cercados ó amojonados, los compradores antes de recibirlos, exigen la entrega, previa mensura y deslinde, que se hacen sin contradicción, y se aprueban. En ese caso el deslinde confirma los límites que el terreno tenía y se mide la superficie contenida; de ahí es que el deslinde comprenda la *mensura* con la que se confunde, pues, como su palabra lo indica, mide y determina el área contenida dentro de ciertos límites; pero este no es un juicio, es un procedimiento que no altera derechos, en que no hay persona demandada, y una vez concluído, se entrega, al interesado, la operación aprobada. Por eso las leyes de procedimientos de las provincias establecen, que la operación de mensura en esas condiciones no afecta los derechos que los opositores puedan tener

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

contradictorio, determinarán de una manera irrevocable para los colindantes, el límite de ambas propiedades, que no podrá ser

---

á la propiedad del terreno medido. El art. 2384 reputa acto posesorio el deslinde, y lo es en realidad, cualquiera que sea el juicio ó el procedimiento.

El deslinde como juicio contencioso, no hace adquirir al propietario más derechos que los que el título le confería, y en este sentido se dice que es sólo *declarativo* y no *atributivo* de la propiedad, porque la sentencia no hace sino declarar los derechos que se tenían. El deslinde como *procedimiento,* que algunos lo clasifican de juicio voluntario, sin serlo, no altera derecho alguno sobre la propiedad. Cuando se pide el deslinde de un campo, cuyos límites no están confundidos, procedimiento no autorizado por el Código, pero que las provincias en uso de sus facultades lo han acordado, el que lo pide debe presentar el título de propiedad, porque es sólo á su calidad de propietario que se concede el derecho, sin que esto contradiga el art. 2749, que se refiere al deslinde por confusión de límites.

Hay pues que distinguir el deslinde como *procedimiento,* que no es ni juicio voluntario, ni sumario, que no tiene por objeto sino confirmar por medio de una operación técnica los límites que tenía el terreno, sin perjuicio de los derechos de los linderos; del verdadero juicio de *deslinde,* donde hay confusión de límites y se discuten contradictoriamente, para hacer cesar la incertidumbre, y en que la sentencia adquiere la fuerza de la cosa juzgada, porque no es permitido reabrir un proceso concluído. La sentencia, como todas las de su especie, no hace sino declarar los derechos, pues esa es su misión, y no se atribuye ni hace adquirir más derechos que los concedidos por el título. El deslinde en este caso es un juicio contradictorio, que entraña la reivindicación, en que cada una de las partes es demandante y demandada á la vez, y la sentencia firme que se pronunciará en él quedará inatacable, será la verdad que no puede contradecir la parte vencida.

En el juicio de deslinde sin confusión de límites, que admiten algunas provincias, los linderos citados pueden no concurrir ni oponerse, porque en nada perjudica á su propiedad. Será necesario atenerse al procedimiento creado en cada una de ellas.

La acción de *amojonamiento* tiene por objeto restablecer los mojones removidos ó perdidos, y se reduce á reponerlos con arreglo á la operación anterior; aunque el art. 2747 parece haberla suprimido, desde que obliga á deducir la reivindicación; pero debe tomarse en el sentido de

Lafayette
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

atacado sino en virtud de un nuevo título y por una nueva causa de adquisición.

---

que se sabe dónde se encontraban los mojones, y que uno de los linderos ha tomado más terreno del que le correspondía. Cuando se pidiere el restablecimiento de los mojones y hubiese dudas sobre si se han colocado donde se encontraban los antiguos, se seguirá un juicio contradictorio, pero se limitará á ejecutar la operación aprobada, sin que puedan atacarla.

Por estas razones no estamos conformes con los fundamentos de la resolución de la Corte Suprema, Sér. 2ª, IV, pág. 315, aunque sí con sus conclusiones. En ella se dice: «que teniendo por objeto el juicio de deslinde, que los *límites confusos* se investiguen y demarquen, no puede entablarse la acción *reivindicatoria, antes* que se resuelva el juicio de límites, mucho menos ante distinta jurisdicción, sin ocasionar la división de la contienda de la causa; que por otra parte pende ante la justicia local un juicio *posesorio* entre las mismas partes sobre los terrenos que se reivindican, y el juicio *petitorio* no puede tener lugar, antes que la demanda posesoria haya terminado». Si la acción de deslinde se ha deducido porque los límites estaban confundidos y existía condominio, la demarcación importa una división, y lleva consigo la acción reivindicatoria; por consiguiente no es un juicio posesorio, como no lo es el de dividir la cosa común. La acción de deslinde en este caso es la *finium regundorum* de los romanos, que se distinguía de la de *familiæ erciscundæ* y de la *communi dividundo,* sólo por las personas que intervenían. La 1ª se daba para demarcar ó dividir dos fundos que pertenecían á diversos propietarios, pero cuyos límites estaban confundidos; la 2ª, para dividir el fundo dejado á varios herederos; y la 3ª, para dividir el fundo común; pero en todas ellas la acción tenía por objeto la posesión y propiedad á la vez. La acción de deslinde por confusión de límites, mira esencialmente á la propiedad, como que divide una cosa común. Después de un juicio de deslinde en estas condiciones, en que se han discutido contradictoriamente los límites y se ha fallado el asunto definitivamente, no puede volverse á deducir la reivindicación que vendría á poner en tela de juicio la cosa juzgada. Estamos conformes pues, con la conclusión en que se declara incompetente el juez, porque el juicio está radicado ante un tribunal de provincia.

La acción de reivindicación procede siempre que uno reclama lo que es suyo y que otro posee, sin derecho, y si son terrenos sin edificios, el deslinde como operación técnica puede servir de prueba de la acción;

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La acción de deslinde tiene por antecedente indispensable la contigüedad y confusión de dos predios rústicos. Ella no se da

---

pero no el que se hubiere hecho por el propietario cuando no ha existido la confusión de límites. En este sentido se puede admitir que el deslinde no habiendo confusión, puede servir para preparar la acción de reivindicación, desvaneciendo el error en que estaba el propietario; pero de ninguna manera cuando se hubieren determinado los límites en juicio contradictorio. De esta confusión, que no hace ciertamente el Dr. Velez-Sarsfiel (nota al art. 2746), tomada de Maynz, § 363, notas 37 y 51, nace la divergencia de opiniones.

Se diferencia, es cierto, la acción de deslinde por confusión de límites, con la reivindicatoria, no por su objeto, sino por el procedimiento. En la reivindicatoria, el actor debe probar su propiedad, el demandado nada tiene que demostrar; en la de deslinde cada uno es demandante y demandado, y deben probar su derecho. Maynz, l. c., dice: «en cuanto á la acción *finium regundorum*, no es propiamente hablando una acción de partición de cosas comunes; porque se trata de determinar los límites de dos fundos que no son comunes, pero cuyos límites se encuentran confundidos» y más adelante agrega: «la ley autoriza, cuando no hay otro medio de salir de la confusión, á dividir las partes confundidas y adjudicarlas á los litigantes, en cuyo caso el procedimiento toma el carácter de una verdadera acción de partición»; así lo dispone nuestro art. 2755. Entre nosotros, es una acción de verdadera partición, desde que se declara expresamente que hay *condominio* entre los poseedores de los fundos confundidos, luego la investigación tiende no sólo á demarcar cada propiedad, sino á dividirla. Es un juicio sobre la propiedad de la cosa, sin que los linderos puedan alegar otros derechos respecto á los límites confundidos, que los de los condóminos en su caso. Así, los propietarios de los fundos con límites confundidos, no alegarán actos posesorios que puedan dañar al otro condómino, ni la prescripción; están en el mismo caso de los comuneros, y sólo cuando éstos pudieran alegarla, tendrían derecho para hacerlo.

Freitas, art. 4406, á quien el Código ha seguido, niega la acción de deslinde, cuando los límites no estuvieran confundidos, ó cuando los límites fueran ciertos y conocidos, aunque estuvieren contestados, ó cuando quedasen sin demarcación por haberse arrancado los mojones, porque en todos esos casos no hay condominio.

El Código no puede ocuparse de otra clase de deslinde, porque sería invadir la jurisdicción de las provincias, pero puede determinar el modo

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

para dividir los predios urbanos (**art. 2748**), porque estando divididos por las paredes, no puede existir verdadera confusión.

---

de hacer cesar el condominio, y ese es el objeto al conceder la acción de deslinde.—Comp. DEMOLOMBE, XI, 240 y sigs. AUBRY y RAU, § 199, nos 1, 3 y 5. MARCADÉ, al art. 646. ZACHARIÆ, § 320.

(**Art. 2748.**) Las condiciones para que la acción de deslinde tenga lugar son: 1° que los predios estén confinantes; 2° que pertenezcan á diversos dueños; 3° que los límites estén confundidos; 4° que los predios sean rústicos, porque no se concede en los urbanos.

El principio es que la acción de deslinde sólo se concede por el Código, cuando hay confusión de límites, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes de procedimiento con relación á otros casos, que no

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2746.—L. 10, Tit. 15, Part. 6ª.—Marcadé, sobre el art. 646.—Zachariæ, § 320.—Sobre la materia de este capítulo, Curasson, *Traité des actions possessoires et de bornage.*—Maynz, § 363.—La acción conocida bajo el nombre de acción *finium regundorum,* tiende sólo á reglar los límites de dos fundos que no son comunes. La acción de deslinde es muy distinta de la acción reivindicatoria, que se da cuando los límites no estuviesen confundidos, y los terrenos se hallasen ya demarcados. La acción por confusión de límites es una de esas acciones en las cuales cada una de las partes es á la vez demandante y demandado, y debe por consiguiente probar su derecho.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2746.—Reconocido por escrituras públicas y convenio de partes un límite natural y bien determinado de una posesión de pastoreo, lo que en contra de esto se ultrapase y ocupe, es sujeto á la restitución por vía de reivindicación, sin necesidad de un juicio previo de deslinde.—XXV, 216.

El juicio para fijación de límites y creación de condominio es un juicio de deslinde, y no pertenece á la jurisdicción federal, sino cuando surja la contenciosa siendo las partes de diversa nacionalidad ó vecindad. — XXVIII, 244.

Véase fallo á los artículos 2700, XXXII, 5 y 2679.—XXXV, 162.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2746. — Terminado el juicio, las partes que pretendan tener título sobre el terreno, deben iniciar nuevo juicio: el Juzgado no puede hacer declaraciones sobre ubicación que afecten el dominio.—Jur. Civ., II, 491, Sér. 2ª.

No procede la citación de evicción, en el juicio de mensura. — Jur. Civ., VII, 106, Sér. 9ª.

NOTA. — Esta decisión sólo puede aplicarse á la mensura como procedimiento, y no cuando se trata de confusión de límites. — N. DEL A.

Si ha existido durante largo término confusión de límites, ninguno de los linderos puede alegar á su favor posesión continuada y tranquila capaz de hacer procedente la prescripción adquisitiva.—Jur. Civ., X, 225, Sér. 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Como la acción de deslinde tiene por objeto hacer conocer hasta dónde se extiende la propiedad de los co-lindantes, resulta que, *esta acción compete únicamente á los que tengan derechos rea-*

---

tengan por fin hacer cesar la confusión entre los colindantes; por consiguiente, si entre los dos terrenos hubiere un camino público no habrá verdadera acción de deslinde, aunque se dará para averiguar si realmente los separa el camino, pues puede resultar que éste se encuentre en uno de los terrenos y no sea el verdadero límite. Si los predios corresponden al mismo dueño, ó si son comunes, no habrá la acción de deslinde sino la de división. Si no hay confusión y cada uno posee un área limitada por cercas ó zanjas no habrá acción de deslinde sino la de reivindicación, si los límites estuvieren cuestionados; sin embargo las leyes de procedimiento de algunas provincias las conceden.

Los predios deben ser rústicos para que haya acción de deslinde; es decir, deben ser terrenos sin edificios, porque si los hubiere en esa parte no puede haber confusión de límites y lo que correspondería sería la acción reivindicatoria. Las leyes romanas, así como las de Partida entendían por predio urbano á todo edificio, y la ley 4, § 10, tít. 1, lib. 10, Dig., dice: «esta acción (la de deslinde) no tendrá lugar con relación á los edificios construídos en la campaña, y puede tener lugar en la ciudad, si se tratase de jardines. Escriche enseña, que predio *rústico* es la parte de tierra vacía que se cultiva ó beneficio de algun modo; y predio urbano el sitio en que hay edificio para habitar, ya sea en poblado, ya en el campo; y agrega: no se distinguen, pues, los predios rústicos y urbanos por el lugar, como querían algunos jurisconsultos antiguos, sino sólo por la calidad y el uso». Nuestro Código ha confirmado esta opinión en el art. 1610, nos 2 y 3 al hacer la distinción entre las casas y los predios rústicos. Estoy, pues, conforme con la opinión de Demolombe, Aubry y Rau, Maynz, Laurent y otros que adoptan esta acepción, y creo que la acción de deslinde se puede deducir en los pueblos donde hay terrenos vacíos cuyos límites estuvieren confundidos, no así cuando no existiere confusión.—Comp., DEMOLOMBE, XI, nº 264. PARDESSUS, *Serv.* 1, nos 57 y 117. LAURENT, VII, nº 418, y Maynz, § 363.

Aubry y Rau, § 199, sostienen que la acción de deslinde se concede no sólo cuando las heredades contiguas sean terrenos sin edificios, sino cuando uno de ellos está edificado, y aun en el caso en que los dos edificios estén separados por un terreno libre de construcción; y que sólo cesa entre los propietarios cuyos edificios se tocan. — Véase FREITAS, art. 4406, l. 2, tít. 31, Partida 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

les sobre el terreno, contra el propietario del fundo contiguo (**art. 2749**); porque son los únicos que tienen interés en hacer

---

(**Art. 2749.**) El artículo ha decidido una de las cuestiones suscitadas en derecho francés, afirmando unos que era necesario ser propietario *plenum dominium* para ejercerla; otros que basta tener un derecho real en la cosa. Recuérdese que se trata de la acción de deslinde por confusión de límites, en que interesa tanto al propietario como al usufructuario, usuario, acreedor anticresista, saber hasta dónde pueden ejercer sus derechos. Pero no creo que pueda concederse al acreedor hipotecario, sino en caso de ejecución y venta de la cosa hipotecada; porque antes no tiene interés alguno; ni al inquilino con contrato registrado (por más de un año) que crea un derecho real según la ley del registro de la propiedad de la capital federal y de algunas provincias.

La acción de deslinde intentada por los que tienen un derecho real y están en posesión de la cosa, no perjudicará al propietario que no ha intervenido y para quien se reputará como no existente. Sería dudoso, si el usufructuario ó usuario pudieran obligar al propietario á tomar parte en el deslinde por confusión de limites, y á seguir un pleito para hacer cesar la especie de comunidad en que se encuentran los fundos. Me decidó por la negativa, porque los poseedores deben obrar en el límite de su interés, y les basta que se determine la división de las heredades, cosa que pueden hacer aun privadamente, sin que se alteren los derechos del propietario. Creo que las provincias no pueden derogar en sus procedimientos las disposiciones del Código Civil; pero no opino que la ley de la provincia de Buenos Aires, ni la de la capital, art. 610, deroguen el art. 2740 al permitir el deslinde sólo al propietario; porque ese artículo se refiere al procedimiento, no al juicio de deslinde por confusión de límites, en que la parte que lo solicita nombra el agrimensor; por eso el art. 612 hace la diferencia del juicio *contencioso* de deslinde por confusión de límites (á que se refiere el Código), en que todos deben nombrar de común acuerdo un solo perito ó en caso contrario cada uno indicará el suyo. En el procedimiento, que no es un juicio, las costas son á cargo del que solicita la mensura y no importa una demanda; en el juicio contencioso cada colindante es demandante y de-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2748. — Maynz, § 360. — LL. 2, 4, 5 y 6, Tit. 1, Lib. 10, Dig.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2748.—El juicio de mensura de predios urbanos, es improcedente.—Jur. Civ., VI, 396, Sér. 2ª.

El deslinde de predios urbanos, es improcedente.—Jur. Civ., IX, 222, Sér. 1ª

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

esa determinación, sea para ejercer sus derechos de usufructo, uso ó habitación, sea para hacerse pagar con la cosa que les estuviere obligada.

La acción de deslinde puede dirigirse contra los propietarios de los fundos cuyos límites estuvieran confundidos, sean personas de existencia visible, ó jurídica de existencia necesaria; así, *puede dirigirse contra el Estado respecto de los terrenos dependientes del dominio privado. El deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponde á la jurisdicción administrativa* (**art. 2750**).

---

mandado y las costas deben ser pagadas en proporción; en aquél es un procedimiento que á nadie perjudica; en éste se trata de la propiedad y lo resuelto hace cosa juzgada.—MAYNZ, § 363, DEMOLOMBE, XI, nos 256 y siguientes. AUBRY y RAU, § 199 texto y nota 12, l. 4, § 5, tít. 1, lib. 10, Dig.

(**Art. 2750.**) El estado general ó particular posee en su calidad de persona jurídica bienes que son de su dominio privado, y en cuya adquisición ó pérdida está sujeto á las leyes comunes, como los demás particulares; por consiguiente, si un propietario posee un campo lindero con uno del Estado y cuyos límites se encuentran confundidos puede pedir el deslinde. Si es la Nación, que no puede ser demandada sin su consentimiento, como es un juicio doble en que es á la vez demandante y demandada, se juzgará que concurre como demandante. Si el terreno lindero es del dominio público, el juicio puede seguirse, pero con el solo objeto de averiguar si es el camino ó río el límite divisorio; en lo demás estará sujeto al derecho administrativo. Es una cuestión que se decidirá por las leyes de procedimiento de cada provincia, la de averiguar si el lesionado por una decisión administrativa puede ocurrir directamente ante los jueces de primera instancia. En la Provincia de Buenos Aires debe ocurrirse á la Corte Suprema de la misma, en queja contra

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2749. — L. 4, Tít. 1, Lib. 10, Dig.—Demolombe, tom. XI, nos 259 y siguientes.—Duranton, tom. V, nos 253 y siguientes.—Merlín, *Rep. Verb, Bornage*, n° 3.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2749. — Sólo puede pedir la mensura, el que justifique tener dominio ó posesión sobre el terreno. —Jur. Civ., XI, 73, Sér. 4ª.

La de mensura y deslinde, sólo compete á los que tengan derechos reales sobre el bien objeto de la acción.—Jur. Civ., IV, 566. Sér. 2ª.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El deslinde de los terrenos puede hacerse entre los colindantes por acuerdo entre ellos que conste de escritura pública. Bajo otra forma será de ningún valor. El acuerdo, la mensura y todos los antecedentes que hubiesen concurrido á formarlo deben presentarse al juez para su aprobación, y si fuese aprobado, la escritura otorgada por personas capaces y la mensura practicada, servirán en adelante como título de propiedad, siempre que no se causare perjuicio á tercero. En lo sucesivo, el acto puede únicamente ser atacado por las causas que permiten volver sobre una convención (**art. 2753**).

---

las resoluciones del P. E.—Comp. AUBRY y RAU, § 199, texto y notas 16 y 17, y DEMOLOMBE, XI, 263.

(**Art. 2753.**) El deslinde practicado amigablemente es un verdadero contrato en que cada lindero se reconoce el límite establecido por la operación privada, y aun pueden hacerlo sin mensura, demarcando los límites convenidos. Semejante acto participa de los caracteres de la enajenación, de la transacción y de la división á la vez; de la enajenación, porque cada uno renuncia en favor del otro á la demasía que le hubiera correspondido y que no estuviera comprendida en su título; de la transacción, porque ni uno ni otro se garanten las partes divididas, pues sólo se han reconocido mutuamente derechos que cada uno pretendía tener; de la división, porque estando confundidos los límites se han repartido la parte que pertenecía en común. Un contrato semejante es no sólo declarativo, sino atributivo de la propiedad, porque uno y otro adquieren derechos á la parte que no le diese su título. Es un acto en que se transfiere la propiedad raíz, y debe ser hecha en escritura pública sopena de nulidad, como en el caso del art. 1184; pero valdrá como obligación de hacer escritura pública, si se hubiera hecho en documento privado. La demarcación en el caso del artículo viene á ser un verdadero contrato, y como tal no podrá atacarse sino por las causas que estos pueden serlo.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2750.—Demolombe, tom. XI, nos 260 y 263.—Pardessus, tom. I, n° 118.—Véase Foucart, *Droit administ.*, tom. 2, n° 794.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2750.—La operación de mensura mandada hacer por un Gobierno de Provincia con el objeto de averiguar la existencia de sobrantes fiscales, y no para atribuirse derechos posesorios, no autoriza la acción posesoria de retener deducida por el dueño del campo mensurado.—XLIX, 405.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

¿Qué importancia tiene la aprobación judicial? Es una mera formalidad que no puede quitar su valor al contrato, por más que

---

Téngase presente lo dicho en el art. 2746, distinguiendo el juicio de deslinde por confusión de límites, que lleva consigo la reivindicación, y en que la sentencia hace cosa juzgada; del *procedimiento* establecido en algunas provincias, donde se pide la mensura de terrenos cuyos límites no se encuentran confundidos; en este caso la aprobación de ésta no perjudica los derechos de propiedad de los linderos. Cuando los linderos hubieren protestado la mensura, y fueren al juicio á debatir sus derechos, como se trata de límites cuestionados en que cada uno sostiene que le pertenece tal ó cual área de terreno, la cuestión es de reivindicación y la sentencia hará cosa juzgada.

No estoy conforme con la opinión del Dr. Moreno en sus *Obras jurídicas* (tomo I, pág. 330), «de que cuando no hay protesta alguna á la operación de mensura, quede establecido *para en adelante* el precedente legal del reconocimiento de los límites, respecto de todos los propietarios colindantes... sin que *tengan derecho á desconocerlos*, sino en los casos de error de cálculo.» Debemos prevenir que esta discusión se hace bajo el punto de vista de la ley de procedimiento de la provincia de Buenos Aires sin tener en cuenta las disposiciones del Código Civil. La ley de procedimientos al facultar al propietario para pedir la mensura de su campo, no ha entendido que los límites estuvieran confundidos, desde que el solicitante nombra el perito para que dé forma gráfica á su terreno; si se obliga á que el agrimensor cite á los linderos, no es porque estos sean demandados, sino para que puedan oponerse en caso de ser perjudicados; pero si recibiendo perjuicios no reclamaren, la aprobación no puede privarles de la reivindicación cuando tuvieran derecho para deducirla. Practicada la mensura pueden dejar constancia de su oposición y no concurrir al juicio, pero si fueren citados para defender sus derechos en virtud de la demanda que hace el peticionante, y concurrieran tendrá lugar el juicio de reivindicación, cuya decisión hará cosa juzgada; si no lo hicieran se les dará por desistidos de la protesta y se aprobará la mensura; pero eso no impedirá al colindante que no compareció para entablar la acción reivindicatoria. Es que la mensura cuando no hay confusión de límites es un procedimiento, que no quita ni da derechos, por eso se dice que la aprobación no pasa en autoridad de cosa juzgada, pues no habiendo existido controversia, no importa sino un procedimiento que no perjudica á terceros. Bajo la legislación de forma de la provincia de Buenos Aires, la mensura puede ser

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tenga alguno de los caracteres de la transacción, y el art. 838, exija la presentación al juez en ese caso.

La base de los límites que se han dado los colindantes no debemos buscarlos en los títulos, sino en el contrato que los ha fijado de nuevo, si no estuvieren conformes con ellos; y en el reconocimiento, cuando los confirmaren.

Cada provincia determinará el procedimiento que debe seguirse, y aunque el Código diga, *el deslinde judicial se hará por agrimensor* (**art. 2754**, 1ª parte), las provincias podrán indicar otros peritos. Pero en lo que se relaciona con *los gastos en mejoras de la línea separativa, son comunes á los colindantes; pero cuando la demarcación fuese precedida por investigación de límites, los gastos del deslinde se repartirán proporcionalmente entre ellos, según la extensión del terreno de cada uno* (**art. 2752**). La palabra comunes tiene la significación de por mitad.

---

por confusión de límites, art. 612, ó sin que los límites estén confundidos, art. 610, en el primer caso, el juicio hace cosa juzgada, en el 2º, si no ha existido controversia, aunque hubiere habido oposición, la aprobación no perjudica á los colindantes, y si ha tenido lugar el pleito, la decisión hará cosa juzgada.—Comp., AUBRY y RAU, § 199, nº 5. FREITAS, arts. 4405 y 4422. DEMOLOMBE. XI, nºs 270, 278 y 281.—Véanse arts. 1157, 1184, 1199 y 2695.

(**Art. 2754.**) Esto corresponde á la ley de proceso, y si ésta faculta á otros peritos, podrán hacerlo, en este sentido es más propia la expresión general del art. 3468, que habla de peritos solamente. Téngase presente que el Código se refiere únicamente á los deslindes por confusión de límites, en que cada colindante debe tener derecho para nombrar el perito que le convenga. — Comp. DEMOLOMBE, XI, nº 272. CÓD. DE PROC. de la Capital y Provincia de Buenos Aires, art. 609 y sig.

(**Art. 2752.**) Nuestro artículo ha introducido la expresión extraña de los gastos en *mejoras*, cuando se trata de la demarcación de los límites separativos de las heredades. Freitas, art. 4420, de donde fué tomado el artículo, habla de los gastos de demarcación en los casos en que se

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2753.—Aubry y Rau, § 199.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2754.—Véase L. 2, Tít. 4, Lib. 3, Fuero Real.—L. 10, Tít. 15, Part. 6ª.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando por algún inconveniente *no fuere posible designar los límites de los terrenos, ni por los vestigios antiguos ni por la posesión, la parte dudosa de los terrenos será dividida entre los colindantes, según el juez lo considere conveniente* (**art. 2755**).

---

dividan las cosas comunes, ó en que no haya confusión de límites, refiriéndose á sus arts. 4225 y 4371; así es que consideramos como fuera de lugar la expresión *en mejoras*, debiendo quedar el artículo en esta forma: «los gastos de la línea separativa son comunes á los co-lindantes, etc.»

Nuestro artículo ha venido á decidir la cuestión suscitada en derecho francés con ocasión del art. 646, pensando algunos, que los gastos comunes del deslinde comprendían los gastos por mitad, y los otros en proporción á la extensión de las dos propiedades, adoptando la distinción aconsejada por Demolombe, que divide la operación material de la colocación de los mojones divisorios, cuyos gastos deben ser por mitad, del de la operación de mensura cuando los límites están confundidos, pues entonces deben pagarse según la proporción del terreno de cada uno. La colocación de mojones aprovecha por igual á los dos propietarios y deben pagarlos sólo en la parte que las propiedades se toquen; pero cuando hay deslinde por confusión de límites, como los terrenos tienen que medirse en su totalidad, es justo que cada uno pague en proporción de la extensión que poseyeren, cuando han nombrado un perito común; si cada uno hubiera nombrado el suyo, pagarán al que designaran.

Con relación á las costas del juicio, como en el fondo importa una reivindicación, las pagará el vencido, si es que fuera condenado expresamente; en caso contrario cada uno abonará las suyas.—Comp. FREITAS, l. c. DEMOLOMBE, XI, nº 276. LAURENT, VII, nº 435. — Véanse arts. 2722, 2726 y 2896.

(**Art. 2755.**) La acción de reivindicación se diferencia de la de deslinde por confusión, en que en ésta ambos son demandantes y demandados, y cada uno está obligado á demostrar su derecho; mientras en la reivindicatoria se reclama una área determinada de terreno, y el demandante está obligado á suministrar la prueba. Si bien la acción de deslinde lleva en sí la de reivindicación, cuando el colindante posea parte de la cosa, es diferente de ésta por su objeto. Es cierto que puede ocurrirse á la mensura, y con frecuencia será la única prueba, tratándose de grandes extensiones de campo, pero eso no alterará el objeto de la acción que es

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 765. — Casos de reivindicación

No puede existir condominio por confusión de límites cuando estos se encontraren determinados de antemano, y por consiguiente no se podrá demandar la cesación de una co-propiedad que no existe.

La mensura que algunas provincias autorizan aun en los casos de no existir confusión de límites, no están destinadas á alterar los que cada colindante tuviere, á menos de no exigir la comparecen-

---

de reclamar una cosa que dice le pertenece, mientras en la de deslinde ignora hasta dónde se extiende su propiedad.

El presente artículo da los medios á los peritos para que establezcan los límites, recurriendo á los vestigios antiguos ó á las posesiones de los colindantes, viniendo así á demostrarse que la acción tiene en parte el carácter de división de la cosa común, y que el juez la realiza en caso de duda. Supongamos que uno tiene una área, por ejemplo, de 4000 metros aproximadamente y el lindero ocho mil, más ó menos, y no existen sino 10,500 metros en total: ¿cada uno debe perder la mitad, ó el uno 500 y el otro los 1000? Como suponemos que no hay vestigios ni medios de hacer cesar la duda, creo más equitativo que cada uno pierda en proporción del terreno que tiene, porque así se procedería en la división de la cosa común, cuando faltare área. Se debe suponer que la cosa es común en su totalidad, pues son co-propietarios, y si falta ó sobra, cada uno debe tomar esa parte en la proporción en que se divide la cosa.

Se tendrá en cuenta que cuando los límites están confundidos la posesión de uno no puede perjudicar al otro, á menos de prescripción, lo que no debemos suponer, porque entonces no habría confusión de límites.

El estudio de los títulos, su valor, antigüedad de la posesión, etc., son elementos que deben servir á los peritos para hacer el deslinde, y el juez los apreciará en su caso. Así, cuando uno no tenga título, pero invoque la prescripción, deberá tomarse en consideración la excepción, y probada en juicio, limitará la propiedad del colindante. — Comp. Demolombe, XI, nos 272 y 272 *bis*. Freitas, art. 4418, y Laurent, VII, nos 432 y sig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2755. — Lib. 10, Tít. 15, Part. 6ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cia forzosa al juicio para sostener la protesta que se hubiere formulado, so pena de perder sus derechos. Generalmente no sucede así; porque el procedimiento tiene por objeto confirmar los límites que se tienen y dar la forma gráfica del terreno; por eso en la provincia de Buenos Aires el agrimensor nombrado por el que ha pedido la mensura, debe continuarla á pesar de la protesta de los linderos, que en ese caso no sufrirán perjuicio alguno por la operación, ni respecto de la *posesión* ni de la propiedad (art. 622, Cód. Proc.).

La operación según ese artículo no importaría un acto posesorio como el del art. 2384, que se refiere al deslinde por confusión de límites. Una operación en esas condiciones, indica al que la solicitó, que los límites de su terreno van más allá de los que él se atribuía, y puede dar origen á una acción reivindicatoria, en ese caso la mensura la prepararía, si el colindante no quisiera venir al juicio contradictorio á sostener su protesta.

No se dará la acción de deslinde, *cuando los límites de los terrenos estén cuestionados, ó cuando hubiesen quedado sin mojones por haber sido estos destruídos, la acción competente á los colindantes es la acción de reivindicación para que á uno de los poseedores se le restituya el terreno en cuya posesión estuviese el otro* (**art. 2747**); porque no hay confusión, pues en el primer caso

---

(**Art. 2747.**) La acción de deslinde por confusión de límites es un verdadero juicio contradictorio destinado á hacer cesar el condominio, en que cada uno de los interesados es demandante y demandado, y la operación pericial viene á servir de base para la división; mientras la acción de deslinde, cuando no hay confusión de límites, es un simple procedimiento destinado á dar mayor seguridad, y confirmar los límites que tienen, haciendo intervenir á la autoridad para evitar cuestiones en el porvenir; pero allí debía terminar su acción. Por el contrario, las leyes de procedimiento de algunas provincias autorizan á seguir un verdadero juicio. De esta falsa posición resulta la anomalía de un juicio sin demanda; más aún, se obliga al que se cree despojado, á que venga al juicio, sin dejarle el derecho de elegir la oportunidad, ni la autoridad ante la que debe reclamar su derecho, lo que es un error en mi opinión. Si los límites están cuestionados, sólo procede la reivindicación y la operación técnica los determinará definitivamente. Así, cuando dos propiedades están divididas por una cerca ó zanja, y uno de los dueños pre-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

no se atribuye más terreno del que sus límites le dan, y en el segundo han sido ya deslindados.

---

tende que se le toma terreno, no hay razón para una acción de deslinde, desde que los terrenos están deslindados materialmente, lo que corresponde es reivindicar lo que se le toma. En este sentido debe entenderse la expresión de: *cuando los límites de los terrenos estén cuestionados.*

Nuestro Código se ha separado de su modelo Freitas, al obligar á deducir la acción reivindicatoria, cuando el terreno hubiera quedado sin mojones por haberlos arrancado, pues lo natural habría sido autorizarlo para hacerlos reponer por la mano de la justicia verificando la operación aprobada, con citación de los linderos. Freitas, art. 4409 concede la acción de *simple* demarcación, cuando los límites no estuvieren confundidos, pero la niega ó no debe proseguirse, cuando hubiere contestación entre los colindantes; la concede como una necesidad para la división de la especie de comunidad, si hubiere confusión de límites; pero cuando los mojones hubieren sido arrancados, acuerda acción especial para reponerlos á costa del culpable, sin perjuicio de la criminal correspondiente; mientras nuestro Código los obliga á deducir acción reivindicatoria. Será necesario suponer que han quedado vestigios de los mojones arrancados, y que la confusión de límites no ha vuelto á producirse; porque ¿cómo deducirían acción reivindicatoria, si cada uno ignora si el vecino ha invadido su terreno? Si arrancando los mojones la confusión de límites se ha producido, no creo que se les obligue á ambos á promover un nuevo juicio, cuando no hay sino restituir las cosas á su anterior estado. Se debe entender, pues, que el colindante puede deducir la acción reivindicatoria, si desaparecidos los mojones resultare que el vecino ha invadido su propiedad; pero que tiene derecho á hacerlos restablecer con arreglo á los planos y operaciones anteriores que hicieron cesar la confusión de límites. Freitas, art. 4410, dice: si los terrenos estuvieren demarcados ó si los límites fueren contestados entre los colindantes, sólo compete la acción de reivindicación, y agrega en el 4411, cuando los límites quedaren sin demarcación por arrancamiento de los mojones, compete á los colindantes la acción contra quien los arrancó, para que sean repuestos á su costa, y así debe ser.

Se debe entender por terrenos demarcados ó cuyos límites no están confundidos, no sólo los que tuvieran mojones, sino también los que estuvieren separados por un edificio, pared, zanja, cerca, etc., de modo que cada propietario sepa lo que tiene. La confusión de que nos habla el Código no debe buscarse en la duda que pueden tener los propieta-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

En el deslinde por confusión de límites se debe atender á los títulos de cada colindante, así es que, *la posesión de buena fe de mayor parte de terreno que la que expresan los títulos, no aprovecha al que la ha tenido* (**art. 2751**), para el efecto de adquirir la cosa por el título.

---

rios colindantes sobre la extensión de lo que poseen, ni sobre si el límite que tienen es el que les corresponde, sino cuando no hay demarcación alguna.

(**Art. 2751.**) Se trata del deslinde por confusión de límites en que la ley establece co-propiedad en la parte confundida, y por consiguiente no hay prescripción, á menos de una posesión exclusiva durante 30 años; porque como enseñan todos los autores nada impide que se prescriba más allá de su título; es decir, que se adquiera la cosa sólo por la posesión á título de dominio por 30 años. Así, pues, cuando el artículo dice, que la posesión de buena fe de mayor parte de terreno, en nada le aprovecha al que la ha tenido, se refiere claramente á la prescripción con título por 10 y 20 años, porque la buena fe ó la creencia de que todo lo poseía en virtud de su título, no le puede crear un derecho que estaría fundado sólo en la ignorancia del poseedor. Cuando los títulos de los terrenos cuyos límites se encuentran confundidos expresasen cantidades aproximativas ó inciertas, como por ejemplo, mil metros más ó menos, en ese caso, sino hay prescripción en contrario, el aumento ó disminución que se encontrase deberá repartirse proporcionalmente á la extensión de las dos propiedades; pero si una tuviera una extensión fija y la otra una indeterminada, el exceso ó la disminución se acordará á esta última, salvo el derecho del Estado, si no hubiere prescripción, para investigar el origen de la propiedad. — Comp. AUBRY y RAU, § 199 texto y nota 20. DEMOLOMBE, XI, nº 273.—Véanse arts. 2357, 2411, 4011 y 4022.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2747.—Véase fallo al artículo anterior. XXV, 216.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2751.—En la confusión de límites, la acción que compete al colindante, para recuperar el terreno de su propiedad, es la reivindicatoria. XXVIII, 176.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

TITULO IX

DE LAS ACCIONES REALES

§ 766. — De las acciones para defender los derechos reales

Las acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando hubiese lugar, de indemnización del daño causado (**art. 2756**), y por consiguiente no tienen por objeto único la defensa de los derechos que nacen de la propiedad, sino también de todos los que van escritos en ella, por decirlo así, y que corresponden también á los que no son propietarios. El usufructuario, usuario, acreedor hipotecario, y todos los que tengan un derecho real sobre una cosa tienen una acción real para defenderla, porque sino son propietarios, tienen fracciones del derecho de propiedad.

Las acciones reales que nacen del derecho de propiedad son: la

---

(**Art. 2756.**) Para garantir la propiedad, la ley ha creado acciones especiales que se refieren, á la plenitud del derecho conferido, ó á una desmembración de él, ó á las servidumbres activas. Según sean los derechos que deba proteger, la acción se llamará reivindicatoria, confesoria ó negatoria. El efecto accesorio de las acciones reales son la indemnización del daño causado, que puede ser demandado conjuntamente para ser determinado en la sentencia.—Freitas, arts. 3859 y 3861.—Véanse arts. 1253, 2503, 2757, 2787, 2795, 2800, 2876, 2950 y 3227.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2756. — El comprador puede invocar á su favor los derechos del vendedor para exigir de un tercero la entrega de la cosa vendida.—Jur. Civ., VII, 298, Ser. 4ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

acción de reivindicación, la acción confesoria y la acción negatoria (**art. 2757**).

Las acciones que nacen de la propiedad son la reivindicatoria y la negatoria, porque la 1ª tiene por objeto la propiedad en toda su integridad y la 2ª la libertad y plenitud de los derechos que nacen de ella. Así, el que ha perdido una cosa que otro posee indebidamente, puede reclamarla por medio de la acción reivindicatoria; como el propietario que es limitado en el ejercicio de sus derechos de tal, por cualquiera que se atribuya una servidumbre

---

(**Art. 2757.**) Cuando Aubry y Rau, § 219, enseñan que las acciones que nacen del derecho de propiedad son la reivindicatoria y la negatoria, tienen perfecta razón, porque ambas tienden á protegerla en sus manifestaciones diversas, la primera cuando uno es privado de la cosa, y la segunda, cuando se restringen ó limitan los derechos que nacen de la propiedad. En cuanto á la confesoria, no nace verdaderamente de la propiedad, sino de los derechos reales que se tienen sobre la cosa de otro y que limitan el derecho del propietario; así, el que reclama una servidumbre activa, el usufructuario, usuario, habitador y el acreedor hipotecario, pueden deducirla.

La acción reivindicatoria nace del dominio, y como no es necesario tenerlo exclusivo, para ejercerla, el condómino que tiene un derecho ideal, pues la cosa es común aun en la más pequeña de sus moléculas, la tendrá igualmente contra cualquiera que la posea.

La acción reivindicatoria tiene por objeto la propiedad de una cosa determinada ó de parte de ella que otro posee, y por consiguiente sólo puede ejercerse sobre las cosas materiales determinadas.

La acción negatoria se da contra todo aquel que nos impide ejercer los derechos reales anexos al de propiedad, pretendiendo algún *jus in re*, como si quisiera someter la cosa á una servidumbre.

La confesoria está destinada á proteger un derecho de servidumbre activa ó la plenitud de los derechos reales, y por eso se dice que esta acción desempeña, con relación á las servidumbres, el mismo papel que la reivindicatoria y negatoria respecto de la propiedad. — Comp. FREITAS, art. 3858. MAYNZ, §§ 204, 207 y 222. — Véanse arts. 2758, 2795 y 2800.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2757. — La acción reivindicatoria sólo puede ser reducida ante el Juez del lugar en que se encuentre situado el inmueble que se pretende reivindicar.—Jur. Civ., IV, 12, Ser. 2ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sobre la cosa ú otro derecho real, puede defenderse por la acción negatoria haciendo declarar que su propiedad está libre. Por el contrario, la acción *confesoria* supone necesariamente que el que la ejerce no es propietario, y sólo reclama una fracción del derecho de propiedad; es decir un derecho real que puede ejercer sobre la cosa de otro.

La acción confesoria se concede al que es impedido de ejercer una servidumbre que su propiedad tiene sobre otra, ó una restricción que esta propiedad sufre por mandato de la ley, ó una servidumbre personal que le debe el inmueble de otro, ó los derechos reales de usufructo, uso y habitación, que no son servidumbres, pero que limitan al propietario en el ejercicio de sus derechos.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA REIVINDICACIÓN

§ 767. — Cosas que pueden ser objeto de la reivindicación

La acción reivindicatoria por su naturaleza, puede tener por objeto las cosas muebles ó inmuebles; pero adquiriéndose por la posesión, según nuestro Código, la propiedad irrevocable de las cosas muebles, no pueden ser reivindicadas sino por excepción, cuando son robadas ó perdidas, ó cuando pertenezcan al Estado, ó sean accesorias del inmueble reivindicado.

La acción de reivindicación no se debe confundir con las acciones que se fundan en una obligación personal de entregar la cosa, y que sólo ligan á la persona sin establecer un derecho real.

Así, pues, *la acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesión de ella* (**art. 2758**),

---

(**Art. 2758.**) Pothier enseña, que son objeto de esta acción las cosas particulares en las que tenemos el dominio de propiedad, tanto muebles como inmuebles. Se usa la palabra particular en oposición á la universalidad de bienes, que sólo puede ser objeto de una petición de herencia, y que no debe confundirse con una universalidad de cosas, como una majada de ovejas, etc., que pueden reivindicarse.

La acción nace del dominio, y por consiguiente pueden ejercerla los condóminos desde que tienen dominio sobre la cosa. No importa que el dominio sea imperfecto ó revocable, desde que es dueño hasta que la condición se haya cumplido.

Como la reivindicación tiene por objeto hacer entrar en nuestro pa-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

por consiguiente no podrá ejercerla el que se encuentra en posesión, ni el que no fuere propietario, y sólo tuviera un derecho real

---

trimonio la cosa que otro posee, resulta que no se pueden reivindicar las que son del dominio público y cuyo uso pertenece á todos; así, no se podrán reivindicar los templos, las plazas públicas y calles, y las cosas que han sido declaradas de utilidad pública.

Es necesario que el propietario haya perdido la posesión de la cosa, porque la reivindicación tiene por objeto recobrarla, haciéndola entrar en su patrimonio; por consiguiente, él ó sus causantes deben haber tenido la posesión para poder deducir la acción. Así, cuando el heredero reclama la cosa que corresponde á su causante y de cuya propiedad fué éste privado, puede reivindicarla una vez que haya sido declarado heredero, sin necesidad de que el juez lo ponga en posesión de la herencia; porque su título á ejercer los derechos le vienen de su calidad de heredero reconocido, y no de la posición que el juez no puede darle, como lo explicaré en el art. 3412. El comprador de derechos y acciones que se tienen sobre un inmueble reemplaza al vendedor, y puede ejercer la reivindicación correspondiente á sus causantes.

No se comprendería tal enajenación, si no pudiera deducir la única acción para recobrar el bien raíz sobre que versan las acciones y derechos adquiridos; en este caso, ejerce los derechos del causante que estando en posesión fué desposeído. Es muy diversa la situación del comprador de una cosa á quien no se le ha hecho la tradición, y que no habiendo adquirido el dominio no puede deducir la reivindicación sino pedir el cumplimiento del contrato.

Se ha dicho que el propietario imperfecto ó con dominio revocable podía deducir la reivindicación, del mismo modo podrá hacerlo el que no tenga el dominio pleno como, por ejemplo, el nudo propietario. Puede también reivindicar el condómino por la parte que tiene en la cosa, reduciéndose su acción al reconocimiento de su derecho de condómino á la posesión como tal. La acción se da contra el poseedor de la cosa; pero si manifestara que la posee á nombre de otro, se dirigiría contra éste. Si el poseedor actual entrase en pleito, resultando después de vencido que poseía por otro, deberá los daños y perjuicios causados. Cuando se posee pro-indiviso una cosa y se ha perdido la posesión de ella, si resulta que mi condómino se ha hecho reconocer su derecho del poseedor actual, podré deducir la acción reivindicatoria por mi parte contra el que la detenta, no contra mi condómino, que posee su parte por derecho propio. Si el poseedor negare que posee la cosa reclamada, el reivindicante

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sobre ella. No es de absoluta necesidad el haber entrado en posesión de la cosa, bastará que algunos de los causantes hayan estado en posesión de ella.

---

deberá demostrar lo contrario; si no pudiera hacerlo será absuelto el demandado; quien podrá, no obstante, ser demandado nuevamente, si se alegare una nueva causa por la cual hubiera adquirido la posesión.

La acción de reivindicación se da también, contra el que de mala fe, para substraerse á la acción, hubiere dejado de poseer.

Se deben separar cuidadosamente las acciones posesorias que tienen por objeto únicamente la posesión de la cosa, de las reivindicatorias que se dirigen á la propiedad. Para que la acción reivindicatoria proceda, es necesario haber perdido la posesión, porque si sólo ha sido privado de ciertos derechos anexos á la propiedad, corresponderá la negatoria

Pueden, pues, deducir la reivindicación: el dueño de la cosa, sea perfecto ó imperfecto; el condómino por su parte, los herederos del que podía reivindicar, los legatarios ó cesionarios de la reivindicación que á su título le corresponda, como dice Freitas, art. 3868.

La reivindicación se concede al legatario de cosa cierta que no ha tomado la posesión real de ella, como el vendedor que la entregó bajo condición de revocación del dominio, y que se encuentra después de ésta que otro la posee; el usufructuario, usuario, habitador y todos los que tengan algun derecho real en la cosa, no pueden deducir la reivindicación, pero sí la acción confesoria ó la negatoria en su caso, art. 2796 y 2800.—Comp. POTHIER, *Propiedad*, nos 298 y sig. MOLITOR, *Reivindicación*, nos 5 y sig. MAYNZ, § 117.—Véanse arts. 551, 563, 594, 597, 599, 1051, 1065, 1371, 1388, 1487, 1847, 1855, 1866, 2503, 2510, 2513, 2603, 2747, 2756 á 2764, 2772, 2782, 2785, 2787, 2796, 2876, 2950, 3227, 3421, 3775 y 3923.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2758.— Pothier, *Propriété*, n° 281.— Molitor, *De la reivindicación*, n° 1.—Inst., Tít. 6 Lib. 4, § 1. — La palabra *poseer, poseedor* se aplica en el caso del artículo y respecto al demandado, tanto al que posee como dueño de la cosa, como al que meramente la tiene: puede hacerse pues la excepción de la Ley Romana (Inst., Lib. 4, Tít. 6, § 2), en que la acción sea intentada por el propietario contra el simple tenedor que la posee á su nombre. Supóngase que una cosa ha sido depositada: el depositante tiene dos acciones, la del depósito y la de reivindicación: puede suceder que le sea más difícil probar el depósito que la propiedad, y prefiera intentar la reivindicación. Puede suceder también que el propietario, verdadero poseedor, no tenga otra acción contra el tenedor de la cosa, que la acción de reivindicación. Tal sería el caso de nudo propietario que al fin del usufructo reivindica la cosa.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Una de las peculiaridades de esta acción es que se deduce contra el poseedor de la cosa sin consideración á la calidad de su posesión. Por eso la acción deducida contra el poseedor, que la tiene

---

Se ve, pues, que si por regla general, el que posee la cosa no puede intentar la reivindicación, lo puede cuando la posesión le es disputada. Por lo tanto no se puede hacer de la pérdida de la posesión, una condición absoluta de la reivindicación.—Véase Molitor, *De la reivindicación,* nº 5.

Fallos de la S. C. N.— Aplicación del art. 2758. — La acción reivindicatoria nace del dominio, y no probándose éste no procede. XXX, 98.

Interpuesta una demanda sobre reivindicación y no excepcionándose el demandado de no ser parte ó no estar obligado á contestar, debe recibirse la causa á prueba. XVI, 289.

La acción reivindicatoria debe dirigirse contra el actual poseedor, y el hecho de pedir contra el demandado el valor, en defecto de los bienes, demuestra que aquél no los posee. XXI, 550.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2758.—Debe rechazarse la acción reivindicatoria, si resulta probado que el demandado ha poseído con justo título y buena fe, durante el término de treinta años. — Jur. Civ., X, 241, Sér. 3ª.

Procede por los herederos, la del inmueble vendido por el padre, sin previa liquidación de la sociedad conyugal.—Jur. Civ., XII, 96, Sér. 3ª.

Los herederos forzosos que tienen posesión desde la muerte del causante, pueden reivindicar directamente, sin que les sea obligatorio pedir previamente la nulidad de la venta.—Jur. Civ., XII, 96, Sér. 3ª.

Si los títulos en que se funda el dominio del reivindicante, adolecen de nulidad, su acción debe ser rechazada.—Jur. Civ., VIII, 184, Sér. 3ª.

Justificado por títulos preexistentes, que el terreno comprendido en límites determinados, ha salido del dominio público, la Municipalidad que pretende reivindicar un sobrante, debe justificar su derecho por otro título que el de soberanía que las leyes le acuerdan cuando el poseedor carece de ellos.— Jur. Civ., II, 233, Sér. 3ª.

La acción de reivindicación es procedente, si el título que presenta el demandado adolece de insanable nulidad.—Jur. Civ., V, 181, Sér. 4ª.

En este juicio, tiene derecho á intervenir, el citado de evicción, conjuntamente con el demandado.—Jur. Civ., VIII, 395, Sér. 2ª.

El demandado por reivindicación, no está obligado á presentar sus títulos ni aun á manifestar dónde existe la matriz.—Jur. Civ., VIII, 332, Sér. 2ª.

A la Municipalidad que pretende reivindicar, corresponde justificar que el bien era imprescriptible, por ser de uso común.—Jur. Civ., VIII, 518, Sér. 2ª.

Justificada la propiedad con título y posesión, debe prosperar la acción reivindicatoria.—Jur. Civ., V, 286, Sér. 5ª.

Justificada la carencia de justo título á la posesión, debe prosperar la acción reivindicatoria, aun cuando el poseedor pueda exigir del propietario el cumplimiento de la obligación de hacer escritura.—Jur. Civ., VI, 16, Sér. 5ª

Justificado el dominio con los respectivos títulos y la posesión, la acción reivindicatoria es procedente.—Jur. Civ., X, 203, Sér. 2ª.

No está obligada la Municipalidad á deducirla al pedir la posesión de un

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

á nombre de otro, interrumpiría la prescripción contra el verdadero propietario, si el juicio se siguiera contra el poseedor; pero

---

sobrante que, por auto ejecutoriado, ha sido declarado de propiedad pública—Jur. Civ., II, 446, Sér. 2ª.

Procede la acción reivindicatoria por el sobrante que el lindero posea fuera de su título, si se justifica que le falta al reivindicante. — Jur. Civ., XI, 106, Sér. 3ª.

Opuesta y justificada la prescripción treintenaria, la acción reivindicatoria, debe ser rechazada.—Jur. Civ., VIII, 309, Sér. 4ª.

Para que proceda la acción de reivindicación interpuesta por la Municipalidad, no es necesaria la presentación ó invocación de un título especial; le basta con el que reconoce en el Fisco la soberanía y propiedad de todo terreno que carezca de dueño.—Jur. Civ., IV, 133, Sér. 6ª.

Esta acción procede, si acreditado el dominio por escrituras públicas se justifica por testigos la posesión y su pérdida.—Jur. Civ., VII, 120, Sér. 4ª.

El propietario que por su mala ubicación toma terreno del lindero hace procedente la reivindicación, aun cuando no posea entre muros mayor extensión que la que arroje sus títulos.—Jur. Civ., VII, 178, Sér. 4ª.

Procede, aun cuando no haya tenido lugar la tradición, si el demandado reconoce que el vendedor ha tenido la posesión. — Jur. Civ., VII, 298, Sér. 4ª.

Puede ejercerla, cualquiera de los herederos jutificando ese carácter, aun cuando no se haya concedido la posesión de la herencia. — Jur. Civ., III, 514, Sér. 2ª.

Debe rechazarse la acción reivindicatoria entre linderos, si el actor no justifica haber tenido la posesión, y el demandado sólo posee la extensión que expresan sus títulos.—Jur. Civ., X, 333, Sér. 5ª.

La acción es improcedente, si el actor no ha tenido la posesión de la cosa que pretende reivindicar.—Jur. Civ., VI, 529, Sér. 1ª.

Para que la acción reivindicatoria pueda prosperar, es ineludible que el demandante justifique haber tenido la posesión y su pérdida clandestina ó violenta por actos del demandado.—Jur. Civ., I, 171, Sér. 6ª.

El que no ha tenido la posesión, carece de derecho para deducir acciones reivindicatorias.—Jur. Civ., I, 259, Sér. 6ª.

La acción reivindicatoria es improcedente, aun teniendo título, cuando no se justifica haber tenido la posesión que se reconoce en favor del que presenta título posterior del mismo origen.—Jur. Civ., VII, 267, Sér. 2ª.

Si el citado de evicción comparece y acepta el juicio, cesa la intervención del demandado por reivindicación.—Jur. Civ., VIII, 12. Sér. 3ª.

La acción de reivindicación debe ser desechada, si el demandante no justifica su derecho.—Jur. Civ., XI, 42, Sér. 4ª.

Aunque exista la tradición del inmueble, el vendedor tiene derecho para reivindicarlo, si no se hubiese firmado instrumento público de enajenación ni pagado el precio.—Jur. Com., V, 264, Sér. 1ª.

El demandante no puede negar la posesión que el demandado alegue tener sobre el bien que se pretenda reivindicar.—Jur. Civ., IV, 137, Sér. 2ª.

En la acción reivindicatoria sobre bienes inmuebles, no procede la citación del demandado por edictos como persona incierta.—Jur. Civ., VII, 167, Sér. 2ª.

Para que sea procedente la reivindicación debe justificarse el dominio que

IIJ SAIJ
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

si éste hubiera designado al dueño por quien posee y la acción no se hubiera continuado contra éste, la prescripción correría.

Las cosas particulares de que se tiene dominio sean muebles ó raíces, pueden ser objeto de la acción de reivindicación, y lo mismo sobre las cosas que por su carácter representativo se consideran como muebles ó inmuebles (**art. 2759**).

(**Art. 2759.**) La palabra *particular* está tomada en el sentido contrario de una universalidad de bienes que no se reivindica, y que sólo puede ser objeto de una petición de herencia.

Como en las cosas muebles la posesión vale por título, y la adquisición definitiva é irrevocable se hace desde que se las posee, se dice con razón que no hay prescripción respecto de ellas, porque uno las adquiere desde la posesión, por eso en general, no son objeto de la acción reivindicatoria, sino cuando son robadas, perdidas, ó las tiene aquel á quien se le entregaron para restituirlas, ó son cosas muebles del Estado, ó accesorias de algun inmueble que se ha reivindicado, como se dijo en los arts. 2412 á 2415. Cuando en la nota al art. 3948 el Dr. Velez-Sarsfield dijo que no había prescripción de las cosas muebles, no fué su idea afirmar que podían reclamarse perpetuamente, sino que siendo la posesión el único título, no había razón para que no se sometieran á la regla general de la prescripción con título de 10 á 20 años, las cosas robadas, perdidas, etc., que eran susceptibles de la acción de reivindicación.— Véanse arts. 2412 á 2415.

En el Derecho Romano no eran susceptibles de reivindicación sino las cosas corporales, y nuestro Código al exigir como una condición indispensable que el dueño esté en posesión de la cosa, habla de la posesión material, extendiéndola á la del instrumento donde conste el cré-

---

tiene el reivindicante sobre el bien que da origen á la acción. — Jur. Civ., V, 14, Sér. 2ª.

Para que sea procedente, es requisito indispensable justificar la posesión y su pérdida.—Jur. Civ., X, 180, Sér. 2ª.

Para que la acción reivindicatoria sea procedente es necesario justificar el dominio adquirido por medio de la tradición efectiva: no basta la presentación del título de propiedad.—Jur. Civ., VI, 346, Sér. 3ª.

Procede la reivindicación siempre que se justifica haber tenido título y posesión anterior á la del demandado.—Jur. Civ., X, 370, Sér. 4ª.

La reivindicación de muebles sólo procede contra el poseedor.—Jur. Civ., II, 124, Sér. 4ª.

Justificada la posesión y el dominio, la acción de reivindicación es procedente.—Jur. Civ., III, 290, Sér. 4ª.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las cosas particulares son las que están determinadas en su individualidad y que no pueden confundirse con otras.

Si son varios los propietarios pro-indiviso de una cosa, cualquiera de ellos puede reivindicar su parte, cuando ha sido privado de ella, con el objeto de hacerse reconocer su derecho y tomar la posesión que le corresponde; por esto dice el **art. 2761**: *son tam-*

---

dito, dando derecho para reivindicarlo, y quedando así indirectamente reivindicado.

La expresión de: «las cosas que por su carácter representativo se consideran como muebles ó inmuebles»; así como las del art. 2317 se refiere á los instrumentos públicos ó privados donde constare la adquisición de derechos personales ó reales, art. 2319. Freitas, art. 3904 agrega: las cosas muebles cuya identidad puede ser reconocida.—Comp. POTHIER, *Prop.*, nº 282 y la ley 1, tít. 1, lib. VI, Dig.—Véanse arts. 2311, 2313, 2317, 2319, 2412 á 2415, 2758, 2764, 2778 y nota al art. 3948.

(**Art. 2761.**) El condómino puede ejercer la reivindicación contra los terceros ó contra sus propios condóminos, así como la acción de despojo y las posesorias que como propietario le correspondan; la de despojo, que no es posesoria, cuando cualquiera lo arrojase de la posesión; las acciones posesorias en los términos del art. 2689, cuando fuera turbado en el goce de la cosa común. La acción de división es diferente de la reivindicatoria y si le niegan el carácter de propietario, deberá comenzar por reivindicar su parte para hacerse reconocer como condómino, y recién pedir la división. La parte *ideal* de que habla el artículo es la incierta é indeterminada materialmente, que estudiamos en el art. 2679.

Si el co-propietario sujeto á reivindicación hubiera dividido la cosa materialmente con otro condómino, tal división no perjudicará al reivindicante, que podrá reclamar su parte indivisa de ambos poseedores y una

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2759.—L. 1, Dig. *De reivindic.*

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2759. — La acción reivindicatoria de inmuebles, para que sea procedente, debe justificarse la propiedad y posesión en que ha sido turbado y el despojo llevado á cabo por el demandado.—Jur. Civ., II, 129, Sér. 1ª.

Justificada la entrega de un mueble, procede la reivindicación ó la devolución de su valor, por juramento estimatorio.—Jur. Civ., XV, 164, Sér. 4ª.

Para que pueda prosperar la acción reivindicatoria de muebles, es esencial la posesión actual del demandado y la individualización de la cosa; no basta justificar la posesión anterior.—Jur. Civ., IV. 403, Sér. 5ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

bién reivindicables las partes ideales de los muebles ó inmuebles, por cada uno de los condóminos, contra cada uno de los co-poseedores, y como no pueden ejercer dominio sobre una parte físicamente determinada, de ahí la necesidad de que la reivindicación se reduzca al reconocimiento de su derecho y á la posesión que como condómino le corresponda.

Un crédito como acreencia ó derecho personal no se puede reivindicar, porque no es una cosa material, y de ahí es que *son reivindicables los títulos de créditos que no fuesen al portador, aunque se tengan cedidos ó endosados si fuesen sin transferencia de dominio, mientras existan en poder del poseedor imperfecto, ó simple detentador* (**art. 2760**).

---

vez reconocida se procederá á la división, admitiendo en este sentido la teoria de Freitas, art. 3941.

El Cód. Chileno, art. 892 dice, que se puede reivindicar una cuota determinada pro-indiviso, de una cosa singular.—Comp. MOLITOR, *Reivindicación* nº 3 y MAYNZ, § 204, nº 1. — Véanse arts. 2489, 2676, 2679 y 3450.

(**Art. 2760.**) Cuando el documento cedido ha pasado á poder de un tercer adquiriente de buena fe, la reivindicación no puede tener lugar. Es necesario distinguir la cesión de un crédito, del endoso imperfecto que no transfiere el dominio de ese crédito, porque en el primer caso, ha pasado al cesionario con la aceptación del deudor, mientras en el 2º, si el endoso no es de un crédito á la orden, ó no fué hecho con arreglo al art. 626, Cód de Comercio, ó en el caso del art. 628, importará sólo un mandato. La condición para la reivindicación es que el crédito exista en poder del cesionario ó endosatario, porque sólo entonces es permitido demostrar al reclamante que la cesión ó endoso fué hecho con el objeto de ejecutar un mandato. En este caso se trata de cesiones que traspasan el crédito al cesionario, y por eso necesita estar el crédito en poder de éste á quien se le puede demostrar que sólo se le dió para cobrarlo, sin transferirlo. No hay en realidad una acción reivindicatoria, porque ésta se da contra cualquier poseedor, y aquí no puede ejercitarse, cuando el crédito ha pasado á terceros adquirientes de buena fe.

Así, cuando el título del crédito pasa á ser propiedad de una tercera

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2761.—L. 8, Dig. *De reivindic.*—Maynz, § 204, nº 1.—Molitor, nº 3.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

En nuestro Código se confunde con frecuencia la acción reivindicatoria, propiamente dicha, que se da contra cualquier poseedor, con la de restitución que es meramente personal al obligado y que no pasa de él. Así, aquel á quien se le ha transferido un título para cobrarlo, está obligado á devolverlo, y el dueño puede reclamarlo mientras permanezca en poder del tenedor, pero no es por la acción de reivindicación, porque si lo ha transferido en forma á otro, no tiene sino una acción personal.

§ 768. — De la reivindicación de las cosas muebles

Las cosas muebles no son generalmente objeto de la reivindicación, porque se adquieren irrevocablemente por la posesión, y

---

persona por cesión ó endoso perfecto, la reivindicación no puede tener lugar sino en un caso especial, y no serán aplicables los art. 2765 á 2781, en caso de pérdida ó robo, porque el presente las exceptúa expresamente, y con razón: 1°, porque el endoso de papeles de comercio se rige por el Código de Comercio, que no autoriza la reivindicación; 2°, porque en la cesión una vez que ha sido notificada al deudor cedido ha quedado adquirido el crédito; 3°, porque el artículo dice, que sólo son reivindicables los títulos que *no fuesen* al portador; 4°, porque el art. 2762 dice *no son* reivindicables los títulos al portador.

Cuando el título *al portador* estuviera en poder de la persona á quien el reivindicante se lo entregó, la reivindicación puede hacerse, si hubiera medios para demostrar que lo hizo sin enajenarlo; pero si ha pasado á otra persona no tendrá lugar en virtud del art. 2766. Si el documento fué substraído ó robado y hubiere sido transmitido á un tercero y pudiera demostrarse su identidad, podrá reivindicarse; pero si fuere dinero, papel moneda, título al portador ó cosa semejantes, aunque tuvieran señales ó nombres que indicaran su procedencia, no podrá hacerlo. Los documentos endosables no podrán ser objeto de reivindicación cuando han pasado á terceros adquirientes de buena fe.—Comp. Freitas, art. 3913.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2760.—Procede la reivindicación de títulos al portador, si se individualizan y justifica que fueron robados, y que el poseedor conocía su origen al adquirirlo.—Jur. Civ., IX, 140. Sér. 6ª.

Los títulos al portador, robados ó perdidos, pueden ser reivindicados del poder de terceros, siempre que puedan identificarse plenamente. — Jur. Civ., XI, 51, Sér. 5ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sólo por excepción se concede la acción al dueño de las robadas ó perdidas. Y aquí conviene repetir lo que dijimos anteriormente: no debe confundirse la obligación de restitución que es personal, con la real de reivindicación que se ejerce contra cualquier poseedor. Así, el que me ha prestado en comodato una cosa, no la reivindica cuando me la reclama, como el dueño de un inmueble, no lo reivindica del inquilino que lo posee; en ambos casos se reclama la cosa en virtud de la obligación de restituirla; pero si ambos se atribuyesen los derechos del propietario, puede elegir entre las dos acciones.

El carácter típico de la reivindicación es el de poder reclamar la cosa de cualquier poseedor, y por eso, *el que ha perdido, ó á quien se ha robado una cosa mueble, puede reivindicarla, aunque se halle en* (poder de) *un tercer poseedor de buena fe* (**art. 2765**); esta

---

(**Art. 2765.**) Se entiende que no deben ser cosas muebles de las que habla el art. 2762, pues estas no pueden reivindicarse. Sostuve en el art. 2412, que según el sistema de nuestro Codigo no existía la imprescriptibilidad de las cosas muebles robadas ó perdidas, y al estudiar este artículo vuelvo á confirmar y robustecer esas opiniones. No me parece una razón de peso, para declarar una cosa imprescriptible, el que no haya un plazo determinado para adquirirla por prescripción; porque á ese silencio se podría contestar con el texto expreso del art. 4019 que declara prescriptibles todas las acciones, con excepción de las enumeradas en los 6 incisos, que se refieren á facultades que nacen de la propiedad, y por consiguiente no es imprescriptible, la de reclamar la cosa robada ó perdida, y se debe regir por la prescripción ordinaria. Si la ley no la declara imprescriptible, nadie puede crearle un privilegio tan grande fundándose en el silencio ó falta de una disposición especial. Si *todas* las acciones se prescriben, con excepción de las enumeradas en ese artículo, quiere decir que aunque no tengan un plazo señalado expresamente se considerarán prescriptibles. Bajo este punto de vista, la semejanza que ofrecen con las inmuebles no se puede negar, y como el título es la posesión, quiere decir que con buena fe y el título translativo, la adquirirá por 10 y 20 años y con mala fe por 30. ¿Y por qué sería dueño el que violentamente ha arrojado al propietario del inmueble, por el hecho de poseerlo 30 años, y no lo sería el que robó la cosa mueble? Se dice, porque más fácil es ocultar la cosa mueble robada y se daría así una patente al ladrón. Sin duda es una razón de mucho peso, para no perdonarlo; pero, ¿por qué

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

facultad no reconoce excepciones, pues no lo es la obligación de pagar el precio de la cosa en ciertos casos, porque siempre la reivindica.

Es necesario determinar lo que se entiende por una cosa robada, y por eso dice el **art. 2766**: *la calidad de cosa robada sólo*

---

expondríamos perpetuamente al poseedor de buena fe? Se dice que esta doctrina no tiene el apoyo de ningún Código, ni de autor alguno; esta circunstancia unida á lo rara y extraordinaria que sería una disposición semejante, debe inclinarnos á pensar que el Código no ha podido dar patente de imprescriptibilidad á las cosas robadas ó perdidas. Cuando el Dr. Velez-Sarsfield dice en la nota 3948, que no tenemos prescripción de cosas muebles, es porque estas se adquieren irrevocablemente por la posesión á título de propietario, sin necesidad de tiempo; pero como la excepción á esa irrevocabilidad está consignada en los arts. 2412 á 2415 sobre las robadas, perdidas etc., quiere decir, que fuera de esos casos entran y deben necesariamente ser comprendidas en la prescripción ordinaria.

Creo pues, que si una cosa robada ó perdida se encuentra en poder de un tercer poseedor de buena fe, puede rechazar la reivindicación alegando la prescripción de 10 ó 20 años, y dentro de ese término podrá sólo alegar derecho al precio en el caso del art. 2768. — Comp. AUBRY y RAU, § 183, texto á la nota 5. CÓD. FRANCÉS, art. 2279. — Véanse arts. 597, 1019, 1091, 2412 á 2415, 2537, 2768, 2775 y 3890.

(**Art. 2766.**) El presente artículo contiene un error si se toma literalmente, porque resultaría que la calidad de cosa robada no se aplicaría al robo, que es el apoderamiento de la cosa de otro por violencia ó fuerza, ni al que comete hurto substrayendo clandestinamente la cosa (art. 187 y 193 Cód. Penal) para considerarla como robada únicamente, cuando hay sustracción fraudulenta. Darle tal interpretación sería absurdo; sin embargo la expresión de que sólo es aplicable á la sustracción fraudulenta es terminante. El error proviene de que al traducirse el artículo de Aubry y Rau, estos se refieren al art. 379 Cód. Penal Francés que define el robo como la sustracción fraudulenta de una cosa que pertenece á otro. Entre nosotros existe el robo y el hurto, que son sustracciones violentas ó clandestinas, en que el fraude no se encuentra, porque este tiene por objeto engañar á la persona para que entregue

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2765.—Cód. Francés, art. 2279—Italiano, 2146—Aubry y Rau, § 183.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

es aplicable á la substracción fraudulenta de la cosa ajena, y no á un abuso de confianza, violación de un depósito, ni á ningún acto de engaño ó estafa que hubiese hecho salir la cosa del poder del propietario; así, cuando la cosa ha salido voluntariamente del poder del dueño, cualquiera que sea el delito, no se da la acción reivindicatoria; pero si la cosa estuviera en poder del estafador ó del comodatario ó depositario, la reclamaría, ó por una acción personal, ó por la de la reivindicación en su caso.

Si la acción reivindicatoria, sólo existe cuando la cosa ha sido substraida violenta ó clandestinamente, quiere decir que, *la acción de reivindicación no es admisible contra el poseedor de buena fe de una cosa mueble, que hubiese pagado el valor á la persona á la cual el demandante la había confiado para servirse de ella, para guardarla ó para cualquier otro objeto* (**art. 2767**).

---

la cosa voluntariamente; y por eso fraudulento no es sinómimo de clandestino.

El artículo quedaría perfectamente diciendo: la calidad de cosa robada sólo es aplicable á la substracción *violenta* ó *clandestina* de la cosa ajena, etc., porque no comprende el engaño, fraude, y la estafa, que se dirigen á hacer salir la cosa voluntariamente de poder del propietario; y en este sentido se debe entender la expresión de substracción fraudulenta.

En el caso de robo ó hurto la cosa ha sido substraída contra la voluntad del dueño, mientras en el abuso de confianza, engaño ó estafa ha sido entregada voluntariamente y debe culparse á sí mismo del engaño, sin hacerlo pesar sobre los terceros adquirentes, quienes no averiguan como la tiene el vendedor. Sólo hay una acción civil y criminal contra el estafador.—Comp. MARCADÉ, arts. 2279 y 2280.—*Contra* TROPLONG, *Presc.*, II, nº 1070 y TOULLIER, XIV, nos 118 y sig.

La cosa obtenida por medio de estafa, no es reivindicable del poseedor de buena fe, excepto los casos del art. 2778.

(**Art. 2767.**) Es una aplicación del artículo anterior, negando la reivindicación, cuando la cosa haya salido voluntariamente de poder del

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2766. — Troplong, *Prescrip.*, tom. 2, nº 1070.—Merlin, *Repert. verb. Reivindic.*, § 1, nº 6.—Duranton, tom. 15, nº 286. —Toullier, tom. 14, nos 118 y sigs.—Respecto á las cosas substraídas por engaño ó cualquier clase de estafa, en contra, Marcadé, sobre los arts. 2279 y 2280.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La persona que reivindica una cosa mueble robada ó perdida, de un tercer poseedor de buena fe, no está obligado á reembolsarle el precio que por ella hubiese pagado, con excepción del caso en que la cosa se hubiese vendido con otras iguales, en una venta pública ó en casa de venta de objetos semejantes (**art. 2768**); así, la buena fe

---

dueño, como en los casos de fraude, estafa, depósito, préstamo, locación, etc., ó si la enajenación ha sido á título oneroso. Es en este sentido que debe tomarse la expresión de *haber pagado su valor* el adquirente, porque se paga no sólo entregando el precio, sino dando otra cosa, ó prestando servicios. Se exceptúa la enajenación á título gratuito del art. 2778.

Respecto de la venta de haciendas se estará á lo que disponga el Cód. Rural que exige determinadas condiciones para dejar perfecta la enajenación. Freitas, art. 3880, dice: contra el poseedor de buena fe que la hubo por *título oneroso*, y así debe entenderse.—Comp. Cód. de Austria, 367.—Véanse arts. 592, 597, 1018, 2212, 2412, 2510, 2778, 2780 y 3213.

(**Art. 2768.**) La bolsa de comercio no se considera como una casa de venta pública entre nosotros, porque sólo se venden títulos al portador que no son reivindicables; pero lo será, si en el porvenir se acostumbrase á vender otros objetos. Las casas conocidas entre nosotros con el nombre de *cambalaches*, donde se compran y venden cosas usadas, fomentan el robo, comprando á los ladrones las cosas á vil precio, y no son de las que habla el artículo. Así, el que hubiere comprado un objeto robado en esas casas, sólo tendrá derecho al precio pagado, que puede reclamar con los perjuicios, de su vendedor. El reivindicante debe abonar el precio pagado por el adquirente, en las casas de venta pública, de quien se reivindica la cosa. En cuanto á la prueba del precio se debe admitir la testimonial, porque es un hecho como cualquier otro.

Las casas á que alude el Código son las de remate público, donde se venden las cosas al mejor postor y públicamente.

No es necesario que la cosa se haya vendido con *otras iguales*, sino que esté en venta con otras *semejantes*, como lo dice AUBRY y RAU, § 183, texto á la nota 14, de donde fué tomado nuestro artículo.

El que de buena fe hubiera comprado una cosa perdida, y puéstola en venta pública donde el dueño la encontrase y la reivindicase, si no

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2767.—Cód. de Austria, art. 367.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

del poseedor, aunque fuere demostrada, en nada le aprovecharía, si es que no compró la cosa en esas condiciones; y por el contrario, *será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada ó perdida á persona sospechosa que no acostumbraba á vender cosas semejantes, ó que no tenía capacidad ó medios para adquirirla* (**art. 2771**), y será responsable por los daños y perjuicios ocasionados como poseedor de mala fe; pero esta presunción admite prueba en contra.

La buena ó mala fe en la adquisición es de importancia, porque si hubo buena fe tendrá derecho al precio pagado en el caso del art. 2768, y no lo tendrá, y pagará los perjuicios en caso contrario.

Pero como el adquirente de una cosa mueble, vendida por per-

---

tiene derecho al precio pagado, puede pedir una indemnización en los términos del art. 2422.

El reivindicante que pagó el precio por la cosa reivindicada tiene acción civil y criminal contra el ladrón por la restitución de lo pagado y los daños y perjuicios. Si el poseedor fuera de mala fe no tendrá derecho á la restitución del precio pagado, y aun podrá ser demandado como cómplice, según los casos.

Si el adquirente de buena fe volvió á enajenar la cosa á otro á quien le fuera reivindicada, tendrá derecho al precio pagado, si la compró en venta pública ó en casas de venta de objetos semejantes, si lo hizo privadamente, no podrá cobrar sino lo que su enajenante pagó al comprarla en las condiciones del artículo, porque á esos casos se extiende la excepción. Por lo demás el último adquirente tiene derecho á hacerse eviccionar por su vendedor.—Comp. FREITAS, arts. 3881 y 3885.—Véanse arts. 597, 1091, 2272, 2422, 2535 y 3214.

(**Art. 2771.**) Para que la presunción legal exista es necesario demostrar que se encuentra en las condiciones exigidas por la ley, y aun en ese caso, se puede combatir por todo género de prueba. Es de esas presunciones que admiten prueba en contra, y no se tienen como si fuera la verdad, por consideraciones de orden público ó por imposibilidad de demostrar lo contrario, como en los casos de los arts. 90, 241, 242 y 243. —Comp. FREITAS, art. 3886, nº 1.

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2768. — Cód. Francés, art. 2280.—Aubry y Rau, § 183, nº 2.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sona sospechosa, puede hacerla enajenar en venta pública para librarse de la reivindicación, por eso dice el **art. 2769**: *el que hubiese adquirido una cosa robada ó perdida, fuera del caso de excepción del artículo anterior* (2768), *no puede, por vender la cosa en una venta pública, ó en casas donde se venden cosas semejantes, mejorar su posición, ni empeorar la del propietario autorizado á reivindicarla,* porque eso sería facultarlo para cambiar por propia voluntad la causa de su posición. Así, cuando el comprador en venta pública sufre la reivindicación, exigiendo el precio de la cosa, el reivindicante tendrá derecho para repetirlo del que por mejorar su posición la puso en venta habiéndola adquirido fuera del caso del art. 2768: pero no será considerado como poseedor de mala fe, sino en el caso del art. 2771.

Los que pierden cosas muebles ó á quienes les son robadas ó hurtadas (pues ambas hipótesis abraza la reivindicación) acostumbran á poner avisos en los diarios, para impedir que las cosas sean vendidas particularmente; pero como es probable que los adquirentes no los hayan leído ó no hayan podido comprobar la

---

(**Art. 2769.**) Si de buena fe la adquirió fuera de las condiciones del art. 2768 y la vendiese en remate, no puede por esta venta empeorar la condición del dueño, obligándole á pagar un precio que no debía abonar, pero como el tercer adquirente la ha comprado en las condiciones del art. 2768 tiene derecho al precio pagado que deberá abonárselo el reivindicante, reclamándolo del vendedor. Si la enajenó de mala fe, es decir, sabiendo que la cosa era robada, se le considera como poseedor, y si no pudiera reivindicarla por haberse destruído ó gastado, responderá al dueño por el valor que la cosa tenía, considerándolo como si la poseyera. ¿Puede el dueño en este caso, dejar de reivindicarla, para dirigir su acción contra el enajenante? Me decido por la afirmativa, porque la ley le concede la reivindicación bajo la condición de pagar del precio para demandarlo á su vez del enajenante, y deducir la acción directa que importa lo mismo.

El artículo fué corregido cambiando la palabra *posesión* por *posición* como lo traen Aubry y Rau.—Comp. MARCADÉ, arts. 2279 y 2280 y TROPLONG, *Presc.*, II, nº 1072.

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2769. — Marcadé, sobre los arts. 2279 y 2280.—Troplong, *Prescrip.*, tom. 2, nº 1072.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

identidad de la cosa, de ahí es que, *los anuncios de hurtos ó de pérdidas, no bastan para hacer presumir de mala fe al poseedor de cosas hurtadas ó perdidas que las adquirió después de tales anuncios, si no se probare que tenía de ello conocimiento cuando adquirió las cosas* (**art. 2770**). Se entiende que si fueron compradas en los casos del art. 2768, se reputarán adquirentes de buena fe.

§ 769. — De las cosas que no son objeto de la reivindicación

La reivindicación que tiene por fin la posesión, exige necesariamente la materialidad del objeto reivindicado, pues no son susceptibles de posesión las cosas inmateriales ó incorporales; así, *no son reivindicables los bienes que no sean cosas* (**art. 2762**, 1ª parte), tomada esta palabra en el sentido de las cosas materiales que pueden tener algún valor.

No son reivindicables por la imposibilidad de la posesión, *las cosas futuras* (**art. 2762**, 2ª parte), pues no existen materialmente ni pueden tomarse.

Hay otras cosas que á pesar de su materialidad no pueden reivindicarse, porque entran en la categoría general de las muebles, que no son objeto de esta acción sino excepcionalmente; así no pueden serlo: *las cosas accesorias, aunque lleguen á separarse de las principales, á no ser éstas reivindicadas* (**art. 2762**, 3ª parte), lo que sucede en la edificación.

(**Art. 2770.**) El principio de que todo poseedor se reputa de buena fe mientras no se pruebe lo contrario, es la razón de esta disposición, y los anuncios ó publicaciones no serían bastante para desvanecer la presunción, pues se cometería la injusticia de suponer lo que no ha existido en la generalidad de los casos. Es deber del dueño de la cosa buscarla ó hacerla buscar por la autoridad, los avisos no pueden ponerlo á cubierto de esta obligación, ni autorizarlo á suponer que el nuevo adquirente los conocía. Al dueño de la cosa corresponde la prueba que puede darse en cualquiera de las formas admitidas por derecho. — Comp. Freitas, art. 3884.—Véanse arts. 2362, 2539 y 4008.

(**Art. 2762.**) Los bienes que no son cosas no pueden reivindicarse como tales, porque no son susceptibles de posesión; así, una acreencia no se reivindica, aunque sí su título. Las cosas futuras, tampoco pueden

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CORTE SUPREMA BIBLIOTECA CENTRAL

Hay finalmente otras cosas que siendo también materiales no son objeto de la reivindicación, así no lo son: *las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero, títulos al portador ó cosas fungibles* (**art. 2762**, últ. parte), y todas aquellas que no puedan determinarse en su individualidad.

---

serlo mientras no existan, en cuyo caso dejan de ser futuras; porque un derecho no se reivindica sino la cosa á que va unido ese derecho. Las cosas que han dejado de existir no pueden ser objeto de una reivindicación, pero sí, cuando existieran en parte, sin que por eso se altere el derecho de reclamar su valor ú otras cosas semejantes del que las debía entregar. Las cosas accesorias aunque lleguen á separarse, como los materiales de una construcción demolida, no pueden reivindicarse; pero si la cosa principal es reivindicada, pueden serlo las accesorias que se han extraído del inmueble, mientras existan en poder del demandado, porque si las hubiere enajenado á terceros no habrá lugar á la reivindicación.

Las cosas muebles que no fueren *susceptibles de posesión,* como dice Freitas, cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero ó los billetes de banco en circulación que lo representan, aunque tengan señal ó estuvieren marcados, á menos que se entregaren en saco, caja ó paquete cerrado ó marcado, en cuyo caso no se reivindicaría como dinero, sino como una cosa mueble cualquiera, siempre que estuvieran en poder del que recibió el depósito, pues, si ha dispuesto de él no habrá lugar á tal acción.

Freitas, art. 3905, n° 5 agrega: no pueden reivindicarse las cosas principales sin las accesorias inseparables de ellas, y así debe considerarse por nuestro derecho.

Cuando se ha reivindicado la principal, si alegándose la prescripción se rechazó la demanda, el derecho respecto de los accesorios queda extinguido, y no puede demandarlos posteriormente; pero si se demandaron los accesorios y fuera vencido, podrá reivindicar lo principal sin que el juicio anterior se lo impida.

Las cosas fungibles no pueden reivindicarse. Pero ¿qué sucederá cuando su identidad puede establecerse con evidencia? Aunque el mandato de la ley parece absoluto, creo que en ese caso no puede negarse la acción, sobre todo cuando estuvieran en envases determinados, porque la reivindicación no tendría lugar como tal cosa fungible, sino como una cosa mueble, pipa, caja, bolsa, etc., en que está contenida. Freitas, artículo 3911 agrega, que el dinero, títulos al portador y las cosas que con-

Infojus SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Los títulos al portador pueden ser reivindicados, cuando se hubieren puesto fuera de la circulación, como las letras de los Bancos con el sello de *renovadas*, ó los títulos emitidos por los Gobiernos que han sido mandados retirar de la circulación, ó los billetes de Banco en el mismo caso, declarándolos sin valor después de cierto plazo, pueden ser igualmente reivindicables.

Si la cosa ha perecido en parte, ó si sólo quedan accesorios de ella, se puede reivindicar la parte que subsista ó los accesorios; determinando de un modo cierto lo que se quiere reivindicar (**art. 2763**); pero es necesario que lo existente sea susceptible de reivindicación.

---

sisten en cantidad, no son reivindicables, pero podrían serlo si por cualquier medio se distinguieran, entre otras cosas semejantes de su especie, y el reivindicante pudiera probar su identidad; y así debemos considerarlo por nuestro derecho, cuando estuvieren encerrados en caja, saco etc.—Comp. MAYNZ, § 118, notas 1 á 4. MOLITOR, *Reivindicación*, nos 13 y 17. FREITAS, l. c., y l. 6, tít. 1, lib. 6, Dig.—Véanse arts. 549, 1055, 1915, 2324, 2328, 2400, 2403, 2415, 2572, 2583, 2585, 2587, 2591, 2763 y 2764.

(**Art. 2763.**) Celso decía: considero al suelo como una parte de un edificio, y no creo que se le pueda tomar como una cosa hecha para llevar otro, y agregaba; lo que queda de mi casa y no puedo reivindicar, es mío; l. 49, tít. 1, lib. 6, Dig. Pero es necesario designar y determinar la cosa de modo que se la pueda reconocer, así como la parte que se reivindica; sin embargo, hay casos en que no podrá fijarse la cantidad, como si se mezclasen cosas que no se pueden separar, y cuya cantidad no podría indicarse con precisión, ó cuando se reclamase un terreno dentro de ciertos límites, en que no se necesita determinar el área. Si la cosa está unida á otra por adjunción (art. 2594), ó por avulsión (art. 2583), podrá reivindicarse, cuando sea permitido por las disposiciones peculiares de cada uno de los casos, y no pueden serlo los materiales inseparables que

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2762. — El Derecho Romano decía que la fórmula de la acción era *fórmula certa*, y que por lo tanto era indispensable determinar el objeto preciso de la reivindicación.—L. 6, Dig. *De reivindicatione.*

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2762.—Véase fallo al art. 2758.—Jur. Civ., XI, 230, Sér. 4ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Se dijo que sólo eran reivindicables las cosas particulares, y por consiguiente, *una universalidad de bienes, tales como una sucesión cuestionada, no puede ser objeto de la acción de reivindicación; pero puede serlo una universalidad de cosas* (**art. 2764**). Si

---

forman parte de las contrucciones. — Comp. MOLITOR, *Reivindicación*, nos 13 y 14.—Véanse arts. 2403, 2415, 2759 y 2762.

(**Art. 2764.**) Únicamente las cosas particulares pueden reivindicarse. Una universalidad de bienes, como la sucesión no puede serlo, y sólo sería objeto de la petición de herencia. La reivindicación tiene por fin demostrar el derecho de propiedad á la cosa reivindicada, mientras la petición de herencia se da al heredero, contra el que posee á título universal, y tiene por objeto demostrar su título de heredero, y por consiguiente, que la sucesión le pertenece ó que tiene parte en ella como tal. La l. 1, § 3, tít. 1, lib. 6, Dig. que sirve de fundamento á la doctrina del artículo, dice: «no sólo se puede reivindicar por esta acción las cosas particulares, sino también un rebaño de ovejas.... Basta que el rebaño sea del demandante, aunque contenga animales que no le pertenezcan; porque él reivindica un rebaño, y no cada animal en particular»; sin perjuicio de que sea demandado á su vez por reivindicación por los dueños de los animales que no le pertenezcan. Pero si no se puede reivindicar la herencia, pueden serlo las cosas particulares de que se compone. Las cantidades de cosas no pueden reivindicarse, porque son un derecho de acreencia y no de propiedad, y son las que no se encuentran individualizados; porque si me han tomado mil pipas de vino, ó 500 bolsas de maíz, puedo reivindicarlas desde que pruebe su identidad; pero no podré hacerlo en caso contrario.

Freitas, art. 3906 dice: no son reivindicables los bienes que no son cosas, pero pueden serlo las cosas que componen el patrimonio ó herencia, ó masa de bienes, con tal que se designen individualmente ó se liquiden después en su cantidad, calidad é identidad. — Comp. POTHIER, *Prop.* n° 283. MOLITOR, n° 13. Véanse arts. 2312, 2404, 2406, 2762, 3307, 3421 á 3423.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2763. — L. 49, Dig. *De reivindic.*—Molitor, *De la reivindicación*, n° 13.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2764.—L. 1, § 3, Dig., *De reivindic.*—Pothier, *Propriété*, n° 283.—Las universalidades de cosas como un rebaño, una biblioteca, son siempre consideradas como cosas particulares y no como universalidades. Para que haya lugar á la acción de reivindicación es preciso que

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la reivindicación no puede deducirse, el que se diga heredero tiene la acción de petición de herencia.

§ 770.—De las personas que pueden ejercer la reivindicación y contra quiénes se da

Dijimos que podían deducir la reivindicación, el dueño de la cosa, tenga el dominio perfecto ó imperfecto, el condómino por la parte que le perteneciera, el heredero del dueño, el legatario de cosa determinada, ó el cesionario de los derechos del dueño.

En cuanto al usufructuario, usuario, titular del derecho real de habitación, acreedor hipotecario, anticresista ó prendario, no creo que puedan deducir la reivindicación, porque no son propietarios, les basta con la *confesoria* ó negatoria destinada á defender la plenitud de los derechos reales, arts. 2795 y 2800. No creo lógico el proceder de Freitas al concederles acción reivindicatoria en el art. 3867, para volver en el 3992, n° 1, á acordarles la confesoria cuando de cualquier modo que les impidan la plenitud de sus derechos reales, tienen lo suficiente, desde que no pueden pretender la propiedad.

Así, cuando dice el **art. 2772**: *la acción de reivindicación*

(**Art. 2772.**) Se ha criticado con razón la frase del artículo al decir, un derecho real *perfecto ó imperfecto*, pues según nuestro Código no se conocen derechos reales imperfectos. Se ha querido expresar en mi opinión, que puede deducirse la reivindicación por el que tenga dominio perfecto ó imperfecto, como el propietario con dominio revocable ó el nudo propietario.

El acreedor prendario no puede reivindicar la prenda, porque no es propietario; pero como su derecho real es indiscutible, puede deducir la acción confesoria, que es equivalente y defiende los derechos reales.

La reivindicación se deduce por el propietario, cuando se le ha pri-

---

el objeto sea una cosa corporal. La herencia es inseparable de la calidad de heredero. Es preciso, pues, llamarse heredero, para pretender el todo ó una parte de la herencia. No se puede reivindicar sino *res singula* que se encuentra en la herencia, ó en el patrimonio de una persona cualquiera. Las cantidades que hemos llamado cantidades de cosas, no podrían ser el objeto de una reivindicación, porque no se puede tener sobre una cantidad, sino un derecho de crédito, y no un derecho de propiedad.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

puede ser ejercida, contra el poseedor de la cosa, por todos los que tengan sobre ésta un derecho real perfecto ó imperfecto, debe entenderse que se refiere al dominio perfecto ó imperfecto, porque el reivindicante debe ser dueño, condueño ó cesionario de los derechos de éstos.

Para ejercer la reivindicación es necesario tener el derecho de poseer á título de dominio, tanto al tiempo de la demanda, como al de la sentencia; así, dice el **art. 2774**: *la acción no com-*

---

vado de la cosa; si sólo se le turba en el ejercicio de sus derechos puede ejercer la negatoria, ó la confesoria cuando se le privase de las servidumbres activas ó derechos reales.

Pueden deducir la reivindicación los sucesores á título universal, cuando sus causantes fueron privados de la cosa, y los á título singular cuando se encontrara en poder de terceros, aunque el enajenante no la hubiera poseído él mismo, siempre que alguno de sus causantes la tuviere, pero en ese caso debe traspasarle sus derechos por la cesión.

El legatario de cosa determinada puede también reivindicar la cosa legada, aunque no ha tomado la posesión material de ella, porque es de su propiedad, art. 3766; pero si la posee un tercero, obligará al heredero á que la reivindique; también puede reivindicarla el vendedor con pacto de retroventa, cuando un tercero poseyera la cosa enajenada bajo ese pacto.

Pothier, *Prop.*, nos 288 y sig., dice, para reivindicar la cosa no es necesario tener un dominio perfecto é irrevocable, ni la plena propiedad, ni ser dueño exclusivo de la cosa, y así debemos considerarlo.—Comp. Maynz, § 204, Freitas, art. 2868, nº 8.

(**Art. 2774.**) Debemos volver sobre lo que dijimos en el art. 2470. El derecho *de poseer* se funda en el título que nos transfiere la propiedad de la cosa; el derecho *de posesión* en la posesión anual, ó en la simple posesión, cuando somos turbados por el que no tiene una posesión anual; el primero nace de la propiedad, el segundo del hecho material que la ley protege de una manera absoluta contra la violencia, porque altera el

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2772.—Sobre este artículo, Maynz, § 205.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2772. — Los efectos secuestrados por el enemigo, no pueden ser lícitamente comprados en el mismo punto del secuestro, y antes de ser transportados por el enemigo á otro lugar seguro.

En ese caso, el dueño de los efectos no pierde el dominio, y el comprador no puede resistir la reivindicación de aquél.—III, 444.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pete al que no tenga el derecho de poseer la cosa al tiempo de la demanda, aunque viniese á tenerlo al tiempo de la sentencia, ni al

---

orden público, ó por medio de acciones posesorias, cuando se trata de la usurpación sin despojo ó de turbaciones. El que sólo tiene derecho de posesión no puede deducir la reivindicación, como lo trae Freitas, art. 3871, nº 1, y lo acepta la doctrina.

El que transmitió, *no la cosa,* sino el derecho de poseerla, por un acto anulable, no podrá reivindicarla, hasta obtener la anulación del acto. Y se comprende, porque habiendo cedido sus derechos y acciones sobre la cosa, no puede ejercerlos hasta que el acto se declare nulo. Pero cuando se transfirió la cosa por un acto nulo ó anulable, la reivindicación podrá fundarse en la misma nulidad del acto y servirle de base para reclamar la cosa. El Dr. Llerena confunde, á mi juicio, el derecho de *poseer* con el derecho á la *posesión* al decir, «cuando sólo tiene un título que da derecho á la *posesión*, por lo mismo que no ha hecho la tradición no se ha adquirido el derecho de posesión, que sólo adquiere mediante la tradición». El que tiene un título que le da el derecho de poseer y adquiere la posesión de la cosa se hace propietario de ella, y ejerce el derecho real para reclamarla; el que tiene un título á la posesión, con la tradición adquiere únicamente la posesión, porque es lo único transmitido, y no adquiere más derecho que el de ser mantenido en ella; y por consiguiente, sólo puede entablar acciones posesorias, jamás las petitorias.

Si el título del que reivindica la cosa fuera anulable, el que sufre la reivindicación no podrá oponer la nulidad, porque se reputará válido hasta que su nulidad no haya sido juzgada, á petición del que la puede alegar. Si el título fuere nulo, sólo podrá alegarlo cuando la nulidad fuera manifiesta, pero no en caso contrario. El Código no reconoce nulidad *absoluta* ni *relativa*, sino actos nulos ó anulables, como lo demostré en el art. 1047.

Cuando el art. 2789 rechaza la acción reivindicatoria del que presenta un título posterior á la posesión del demandado, no es porque al demandante no se le haya hecho la tradición, como algunos suponen, pues cuando se compra la cosa poseída por otro, se puede deducir la acción reivindicatoria sin haber entrado en posesión, sino porque el título viene de una persona que no tiene más derecho que el que se atribuye, y por eso se concede la acción, cuando se presentaren títulos de propiedad anteriores. Si el enajenante no pudo presentar títulos para reivindicar la cosa ¿cómo hubiera podido transmitir un derecho que no poseía?

Se niega la acción de reivindicación al que no tenga el derecho de

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que no tenga al tiempo de la sentencia derecho de poseer, aunque lo hubiese tenido al comenzar la acción.

Tampoco podrá deducir la reivindicación el que sólo tuviese *derecho de posesión, ó á la posesión,* como lo sería el que tuviera la posesión sin título translativo de dominio, ó el que sólo tuviera el título sin la tradición, á menos que en este último caso se hubiera enajenado la cosa poseída por otros, ó cedido las acciones y derechos sobre ella.

El que enajenó la cosa por un acto anulable, no podrá reivindicarla sin antes haber hecho declarar nulo el título, porque recién habrá adquirido el derecho de poseerla.

Es una condición esencial para sufrir la reivindicación, que ella se deduzca contra el que posee la cosa, sea á título propio ó por otro; únicamente se exceptúa el caso de haber dejado de poseer por dolo.

Así, dice el **art. 2773**: *la acción de reivindicación no se da*

---

poseer al tiempo de la demanda ¿á qué título entonces va á reclamar la cosa?

Así, el que ha arrendado un campo que otro posee, no tiene título para deducir la reivindicación; si sólo tuviera una promesa de venta que viniera á realizarse antes de la sentencia, recién habría nacido su derecho y todo el procedimiento anterior estaría viciado. Si por el contrario, su derecho fuera eventual ó revocable y dejara de subsistir antes de la sentencia, no habría lugar á juicio, desde que no tiene el derecho reclamado. Freitas, art. 3870, agrega: que no compete la reivindicación á quien estuviere en posesión de la cosa demandada, y así debe entenderse.—Véanse arts. 2758, 2789 á 2791.

(**Art. 2773.**) Una de las condiciones esenciales para que la reivindicación tenga lugar, es que el propietario haya perdido la posesión de la cosa, y tiene por objeto recobrarla; se concede pues, contra cualquiera que la posea.

Así, cuando se da contra el heredero del poseedor, es necesario que éste la posea, ó haya dejado de poseerla por su dolo, en cuyo caso se le considerará como poseedor. Como heredero sólo responde por la parte que tenga en la herencia, y si por haberse dividido, la posee uno solo, éste sufrirá la reivindicación, teniendo derecho para pedir á sus co-herederos la parte que les corresponda, pues están obligados á eviccionarla. Si fueren herederos de un poseedor de mala fe, responderán no sólo

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

contra el heredero del poseedor, sino cuando el heredero es poseedor él mismo de la cosa sobre que versa la acción, y no está obligado por la parte de que sea heredero del difunto poseedor, sino en cuanto á la parte que tenga en la posesión; éstos sufrirán la reivindicación, salvo su derecho para repetir su importe contra los demás co-herederos, deduciendo la parte que á los mismos vencidos les correspondería.

La reivindicación de las cosas muebles sólo se concede excepcionalmente en los casos del art. 2412, cuando se trata de cosas robadas, hurtadas ó perdidas, y si las tuvo de cualquier otra manera, se dice impropiamente que, *la reivindicación de cosas mue-*

---

por la restitución de la cosa, sino por los frutos percibidos, en los mismos términos que su causante. Del mismo modo, cuando el causante ha fallecido durante el pleito de reivindicación, si vencidos los herederos se encontrara que uno de ellos la posee, éste devolverá la cosa, y como debe los frutos desde la interposición de la demanda, esta obligación se dividirá entre los demás herederos; lo que no sucederá cuando el poseedor ha sido demandado por la reivindicación. Mientras dure la indivisión, la reivindicación se deducirá contra todos los herederos; si la cosa se hubiere dividido entre varios, habrá tantas acciones de reivindicación como herederos posean la cosa, y no podrá obligárseles á que todos sigan un juicio único.—Comp. POTHIER, *Prop.*, nos 302 y sig. MOLITOR, *Reiv.*, nos 7, 8 y 21, CÓD DE CHILE, art. 890.—Véanse arts. 2758, 2785, 2787 y 3416.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2773.—Pothier, nº 302.—Véase Molitor, nos 7, 8 y 21. Hay total diferencia entre la acción de reivindicación y las acciones personales. Las acciones personales nacen de alguna obligación contraída por el que está obligado al demandante. Sucediendo los herederos del obligado en todas las obligaciones de éste por la parte de que son herederos, es una consecuencia necesaria que estén obligados por esta parte y por las acciones que nacen de dichas obligaciones. Al contrario, la acción de reivindicación no nace de ninguna obligación que el poseedor hubiese contraído con el propietario de la cosa, sino solamente de la posesión que tiene de esta cosa; por consiguiente, su heredero no puede ser responsable de esta acción, sino en cuanto él mismo sea poseedor de la cosa que se reivindica, y sólo por la parte de que lo sea.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2773.—El heredero poseedor de la herencia, debe entregar á sus coherederos la parte correspondiente con sus frutos, desde que el derecho de aquéllos fué reconocido judicialmente.—Jur. Civ., II, 71, Sér. 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

bles compete contra el actual poseedor que las hubo por delito contra el reivindicante (**art. 2775**): porque si hubieren salido de poder del que cometió el delito de abuso de confianza, estafa, etc., no puede reclamarla del poseedor de buena fe.

Se confunde algunas veces la acción posesoria, que tiene por objeto proteger únicamente la posesión, con la petitoria que reclama la propiedad, y el Código viene á aumentar esta confusión cuando dice: *si la cosa fuere inmueble compete la acción contra el actual poseedor que lo* (la) *hubo por despojo contra el reivindicante* (**art. 2776**); lo que no sería exacto, si el despojado no fuera propietario de la cosa.

El despojo sólo da acción para ser puesto en posesión de la cosa sin exhibir título alguno; mientras la reivindicación debe pedirse con un título translativo de dominio.

En la reivindicación de los inmuebles no se tiene en cuenta la buena ó mala fe del que se dice propietario, porque ella no altera el derecho del reivindicante, sino con excepción á la prescripción, ó á la percepción de frutos; pero tenga buena ó mala fe el poseedor, haya adquirido por título oneroso ó gratuito, la rei-

---

(**Art. 2775.**) Dijimos que la reivindicación sólo se da contra el que posee la cosa, y la única excepción á este principio es cuando por dolo dejó de poseerla, en que se le considera poseedor. El presente artículo se aplica al que cometió el delito ó que por dolo dejó de poseer, y aun á los terceros cuando la cosa fué robada ó perdida; pero no en los casos de estafa, violación de depósito, abuso de confianza, etc., art. 2766. La razón de este artículo se encuentra en el art. 2414.—Véanse arts. 1091, 2765, 2766 y 2785.

(**Art. 2776.**) El presente artículo se encuentra fuera de su lugar en el título de la reivindicación que se refiere á los derechos reales. El despojo, ya se le considere como una acción posesoria, que no lo es, ya se le tome como una medida de orden público, nada tiene que ver con la propiedad. La acción de reivindicación procede contra el que posee la cosa, sea por delito ó por transferencia de otro que no fuera el verdadero propietario.—Comp. FREITAS, art. 3877, nº 1.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2776.—Véase fallo al art. 2758.—XXI. 550.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

vindicación se ejercerá; así, cuando el Código dice: *compete también contra el actual poseedor de buena fe que por título oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe, ó de un sucesor obligado á restituirla al reivindicante, como el comodatario* (**art. 2777**); no expresa con exactitud la idea que domina la materia de la reivindicación, porque esta acción se da contra cualquier poseedor.

La reivindicación puede tener lugar respecto de los inmuebles en estas dos hipótesis: 1°, cuando la cosa no ha sido enajenada por el reivindicante, sino por un tercero que se atribuía la propiedad de ella; 2°, cuando ha sido enajenada por el mismo reivindicante por un acto nulo ó *anulado*. En el primer caso, de cualquier modo que hubiese adquirido la cosa, la reivindicación tendrá lugar; pero en el segundo debemos distinguir, si el acto es nulo, el reivindicante puede deducir la acción de nulidad y de reivindicación conjuntamente, fundándose en la nulidad, sea ó no mani-

---

(**Art 2777.**) Este artículo y el anterior forman el 3877 de Freitas, de donde fueron tomados, lo que nos inclinaría á aplicarlos á los inmuebles como está en el original; pero lo que hace dudar es que se concede la reivindicación contra el poseedor de buena fe que hubo la cosa de un enajenante de mala fe, cuando es indiferente para ejercer la acción la buena ó mala fe del enajenante; sin embargo, el ejemplo con que se le quiere explicar, nos inclina á aplicarlo á los muebles, porque estos se dan en comodato, aunque puede también constituirse en inmuebles. A esto puede agregarse la imposibilidad de transmitir los inmuebles sin título alguno. Si restituimos el texto de Freitas, dice: «contra el actual poseedor aunque de buena fe la tuviese por título oneroso, si la hubo del enajenante de mala fe *obligado á restituirla al reivindicante* ó del sucesor de ese enajenante». En los inmuebles es indiferente la buena ó mala fe del enajenante, no así en los muebles, cuando la mala fe proviniera de robo ó pérdida de la cosa, en que la reivindicación tiene lugar. Pero en contra de esta opinión, de que rige á los muebles, viene el segundo caso del artículo, en que no se aplicaría, cuando la cosa depositada ó dada en comodato ha sido enajenada á un tercero de buena fe, pues entonces no hay lugar á la reivindicación. Tenemos, pues, que aplicar la disposición á los inmuebles, manifestando que no tiene razón de ser, porque tratándose de éstos, la reivindicación tiene lugar sea el enajenante de buena ó mala fe y por cualquier título. Nuestro Código ganaría en claridad si se suprimiera este artículo y el anterior.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

fiesta; pero si sólo es anulable, como el título es válido mientras no se haya anulado, no podrá reivindicar la cosa porque no tiene el derecho de poseer; por eso dice el **art. 2778**, 1ª parte: *sea la cosa mueble ó inmueble la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiese tenido del reivindicante, por un acto nulo ó anulado.*

Pero creo que esta regla sólo puede aplicarse en toda su extensión á los inmuebles, porque respecto de los muebles sólo puede deducirse en los casos de hurto, robo ó pérdida de la cosa, ó cuando el enajenante lo hubiera hecho por título gratuito de una cosa que estaba obligado á restituir.

La buena ó mala fe era indiferente cuando se trataba de reivindicar inmuebles, así como lo era el título porque se hubiera transmitido, pero no lo es cuando se refiere á las cosas muebles, así la reivindicación se dará siempre, *contra el actual poseedor, aunque* (sea) *de buena fe,* (que) *la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado á restituirla al reivindicante, como el sucesor del comodatario que hubiese creído que la cosa era propia de su autor* (**art. 2778**, 2ª parte).

(**Art. 2778.**) Este artículo ha dado lugar á interesantes discusiones, y ha servido de tema á disertaciones impuestas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Capital de la República.

El principio general que domina la materia es que la reivindicación puede deducirse, siempre que un tercero posea á título de propietario el inmueble que nos pertenece; principio que tiene sus excepciones fundadas en la naturaleza del derecho que se ha ejercido al hacerse la enajenación. Es completamente indiferente, la buena ó mala fe del enajenante, á menos que se trate de la acción subsidiaria, ó de la usucapión; del mismo modo es indiferente que la transmisión se haga por título gratuito ú oneroso; porque el dueño de la cosa no puede ser perjudicado por circunstancias completamente extrañas, que no alteran la naturaleza de su derecho. Hablamos en el concepto de que la prescripción no haya tenido lugar.

El principio sentado se extiende á casos particulares en que el *mismo enajenante* puede ejercer la reivindicación, no sólo contra el adquirente sino contra los terceros que adquirieron de buena fe la cosa, de un enajenante de buena fe, como en el caso del art. 787, ó cuando el título de la enajenación era nulo ó fuere anulado. Esto no hace sino ampliar el

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Estos principios se aplicarán por excepción, á las inmuebles en los casos de los arts. 124, 125, 967, 2130 y 3430, cuando la enajenación ha sido á título gratuito; porque habiendo revocación del

---

principio consignado extendiéndolo á casos particulares, por razones especiales.

Algunos autores, sacando un argumento *á contrario sensu* de las palabras del artículo, que sólo autorizan la reivindicación contra el actual poseedor, cuando de buena fe hubo la cosa de un enajenante de buena fe por *título gratuito*, creen que no tiene lugar cuando la hubo por título *oneroso*, conclusión que no es exacta; porque falta la segunda condición, y es que el enajenante de buena fe estuviera obligado á restituir la cosa al reivindicante.

El artículo en su primera parte habla de los inmuebles enajenados por el *mismo reivindicante* por un acto nulo ó anulado por sentencia; mientras la segunda se aplica á las cosas muebles enajenadas por el sucesor universal, ignorando que su causante debía restituirlos. En los inmuebles es difícil concebir la buena fe de la enajenación sin título. No se puede aplicar ni por excepción á los inmuebles, aun en el caso del art. 2130, porque entonces la causa de la restitución viene á ser posterior á la enajenación, y cuando la hizo no estaba obligado á restituirlo. Basta fijarse que el artículo en su segunda parte exige tres condiciones, para comprender que no puede aplicarse á los inmuebles; 1ª, que el enajenante y adquirente tengan buena fe; 2ª, que la enajenación sea por título gratuito; 3ª, que el enajenante esté obligado á restituirlo al reivindicante, como el sucesor del comodatario.

No hay buena fe posible en el enajenante tratándose de inmuebles, cuando tenía obligación de restituir la cosa; porque necesita título para enajenarla, y en el estado actual de nuestra legislación, con el registro de propiedad creado en casi todas las provincias, no sería posible que se creyera dueño sin título.

Hemos dicho que la primera parte rige las enajenaciones de inmuebles hechas por el mismo reivindicante, por un acto *nulo*, como si un demente se la hubiere transmitido, sin que el adquirente conociera la interdicción; por un acto anulado, como si la mujer casada, ocultando su estado, hubiera vendido la cosa y el marido hiciera declarar nula la venta. En todos estos casos es el mismo enajenante quien ejerce la reivindicación; y extendiendo estos principios se llega al caso del art. 787 en que el mismo enajenante que transfirió un inmueble dándolo en pago de lo que no debía, lo puede reivindicar de cualquier poseedor; pero si

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dominio, la ley autoriza á reclamarlas, pues, no sería justo que el donatario continuara con ellas en perjuicio del verdadero propietario.

La acción subsidiaria por la indemnización del daño causado

---

lo hubiere permutado, y en caso de evicción total optase por la anulación, no podrá reivindicar la cosa dada, cuando el co-permutante la hubiere enajenado por título oneroso.

Como una consecuencia de estos principios, la reivindicación procederá contra el adquirente que hubo la cosa del reivindicante, en los casos de revocación de la donación por causa de ingratitud, pero no cuando hubiera pasado á terceros. Procederá también, contra cualquier poseedor, si el título era revocable, como en la venta con pacto de retroventa, y la condición se cumpliera; porque las enajenaciones posteriores llevan el sello de la revocabilidad, y los adquirentes se encuentran sometidos á la condición. Hay casos especiales en que la reivindicación no procede, porque el enajenante era dueño de la cosa cuando la enajenó, y si su dominio viene á revocarse por un acontecimiento imprevisto, esa revocación en nada debe dañar á los terceros adquirentes; como por ejemplo, el que ha sido puesto en posesión definitiva por haberse declarado el fallecimiento presunto del ausente, art. 124; lo mismo en el caso de haber sido declarado heredero y puesto en posesión de la herencia, si su título se revocase por aparecer hijos legítimos desconocidos ó herederos instituidos en un testamento ignorado, art. 125; ó si ha sido puesto en posesión de la herencia en su calidad de heredero, por ausencia ó inacción de los parientes más próximos, art. 3430; en todos estos casos, el enajenante tenga ó no buena fe ha sido verdadero dueño, y la revocación de su dominio no puede afectar á los terceros que hubieron las cosas del que era propietario; pero estas excepciones no pueden convertirse en una regla general como lo pretenden algunos, para explicar la segunda parte de este artículo; pues si suponemos mala fe en el co-permutante, art. 2130, ó en el heredero que recibe la herencia, art. 3430, resultaría que la reivindicación no tendría lugar, lo que no es exacto, porque se ejerce siempre que la enajenación fuere á título *gratuito*, independientemente de la buena ó mala fe del enajenante. El art. 3430 que no hace lugar á la reivindicación cuando la enajenación fué á título oneroso, señala los efectos en caso de mala fe, que son personales al enajenante por los daños y perjuicios causados al heredero verdadero. Vuelvo á repetir, tratándose de inmuebles, el enajenante no puede tener buena fe, si no tiene título, y si lo tuvo bueno y perfecto cuando hizo la enajena-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

es una consecuencia de la reivindicación, cuando han existido perjuicios, y lo es también en los casos en que esta no ha

---

ción, aunque tuviera mala fe, la reivindicación tendría lugar, si la enajenación fué á título gratuito, cuando el dominio se revocare.

De los principios expuestos resulta: 1°, que el dueño de un inmueble que no lo ha enajenado, puede reivindicarlo de cualquier poseedor, aunque éste lo hubiese obtenido de buena fe, de un enajenante de buena fe sea á título gratuito ú oneroso; 2°, que cuando el mismo dueño lo hubiese enajenado, podrá reivindicarlo, cuando el título fuera nulo ó anulado, ó porque estuviera sujeto á revocación y ésta se efectuase, y en estos casos se ejercerá independientemente de la buena ó mala fe del adquirente, sea por título oneroso ó gratuito; 3°, que cuando el título válido y perfecto, que no lleva condición de revocación, viniera á revocarse ó anularse por un acontecimiento imprevisto, arts. 124, 125, 967, 2130 y 3430, la reivindicación sólo tendría lugar cuando la enajenación fuere á título *gratuito;* 4°, en las cosas muebles, la reivindicación procede, cuando adquirente y enajenante tenían buena fe, y la enajenación fué á título gratuito, como en el caso del sucesor universal del comodatario; 5°, que la buena ó mala fe del enajenante no tiene influencia en la reivindicación de inmuebles, sino para la usucapión y la acción subsidiaria.

Considero, pues, equivocado establecer como una regla de que no hay lugar á la reivindicación, cuando el enajenante y adquirente tienen buena fe y la cosa se ha transmitido por título oneroso; los casos citados para apoyarla, arts. 967, 2130 y 3430, en vez de formar la regla son una excepción fundada en el dominio que el enajenante tenía en el momento de la enajenación.

El Dr. Segovia, sosteniendo la opinión que defiendo, dice: «en los inmuebles no se toma en cuenta la buena fe del enajenante, ni del adquirente, á no ser para la acción subsidiaria del art. 2779 y para la usucapión..... Tampoco influye, por punto general, el que la adquisición sea á título oneroso, salvo en los casos de los arts. 968, 2130 y 2430 que son excepcionales».

El art. 3882, n° 1, de Freitas, en que se apoya la opinión contraria, se refiere al art. 3488, n° 2, que niega la reivindicación al que paga por error una cosa reivindicable, si ésta ha pasado á terceros por título oneroso; principio rechazado por nuestro art. 787, al disponer lo contrario; por consiguiente no hay oportunidad en citar á Freitas que enseña lo contrario y de quien se ha separado el Código.—Freitas, art. 3878, n°s 1 y 3.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

podido tener lugar; pero cuando la enajenación se hubiera hecho de buena fe por título gratuito, como *en los casos en que según los artículos anteriores, corresponde la acción de reivindicación contra el nuevo poseedor, queda al arbitrio del reivindicante intentarla directamente, ó intentar una acción subsidiaria contra el enajenante ó sus herederos, por indemnización del daño causado por la enajenación; y se obtiene de éstos completa indemnización del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa* (**art. 2779**); pero *sea*

(**Art. 2779.**) La reivindicación tiene por objeto hacer que la cosa vuelva á nuestro patrimonio; por consiguiente, mientras exista se la deberá reclamar, sin que en ese caso haya acción subsidiaria. El artículo no tiene su aplicación á los inmuebles que deben siempre reclamarse por acción directa, sin que sea posible la subsidiaria separadamente. Pero en las cosas muebles robadas ó perdidas se puede deducir la reivindicación contra el tercer poseedor, ó la indemnización del daño; lo mismo sucederá, cuando el heredero de buena fe hubiera enajenado por título gratuito, las cosas que su causante estaba obligado á devolver teniéndose presente lo dicho en los arts. 2212 y 2272. La acción subsidiaria por el daño se extenderá al valor de la cosa en el momento de la reivindicación; si fué enajenada por título oneroso, se deberá el precio en los casos de los arts. 2212 y 2272. Si la indemnización no fué total, es decir, si no alcanzare á cubrir el valor de lo reclamado, el poseedor puede pagar lo demás, sin que tenga derecho el reivindicante á rehusarla; á su vez éste puede ejercer la acción contra el actual poseedor para completar la indemnización. Si la reivindicación se dedujera después de haber abandonado la acción subsidiaria, el reivindicante deberá depositar el valor recibido, que servirá en todo caso para indemnizar al que sufre la reivindicación. Cuando la indemnización fué completa, cesará toda acción, porque no hay interés alguno. Si el dueño de la cosa ha deducido la acción subsidiaria podrá abandonarla á su voluntad, pagando las costas del juicio é intentar la reivindicación; pero deducida ésta no podrá hacer el mismo abandono, porque el enajenante ha sido desinteresado y sólo responderá por los frutos en su caso. Esta opinión está apoyada en el derecho romano.—Véase MOLITOR, Reiv. nº 10, § penúltimo.

Si se tratare de cosas robadas ó hurtadas, así como de un depósito irregular, la indemnización de pagar los daños y perjuicios no puede ser compensada; y si fueren dos ó más los que lo cometieron, la obligación será solidaria. La acción subsidiaria será la única que exista, cuando la cosa mueble haya desaparecido.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ó no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, si éste hubo la cosa del enajenante responsable de ella, y no hubiese aún pagado el precio, ó lo hubiese sólo pagado en parte, el reivindicante tendrá acción contra el nuevo poseedor para que le pague el precio, ó lo que quede á deber (**art. 2780**).

Cuando la acción subsidiaria se intente contra el heredero del depositario ó comodatario que enajenó la cosa creyéndola de su causante, la indemnización se reducirá al precio recibido, y si la enajenación fué á título gratuito deberá su valor, como lo demostré en el art. 2212.

Freitas, art. 3891, legisla el caso en que la cosa se hubiere enajenado, estando en litigio, á un adquirente de buena fe, y no concede la acción de reivindicación sino en los casos de los arts. 2777 y 2778, 2ª parte, cuando el enajenante de mala fe, tenía obligación de restituirla.

Cuando se hubiere optado por la reivindicación, una vez obtenida, tendrá derecho para reclamar del enajenante de mala fe la indemnización por los perjuicios sufridos durante el tiempo que el reivindicante ha estado privado de la cosa, porque el poseedor de buena fe no responde sino con la cosa reivindicada. — Comp. FREITAS, art. 3892 y 3894. — Véanse arts. 1051, 1098, 1109, 2212, 2272, 2437, 2780 y 2785.

(**Art. 2780.**) Ordinariamente, se llama precio al valor que tiene una cosa con relación á otro objeto que puede ser dinero ó cosa susceptible de valor; pero en el sentido estricto se entiende por precio, la cantidad de dinero en que una cosa se estima. *Por precio no pagado* se debe entender, según el artículo, en la acepción general y ordinaria; así, se puede pagar con otra cosa ó con servicios que á su vez se venden. Cuando el precio consista en dinero, se entenderá pagado, si se ha compensado con una cantidad debida al comprador, porque entonces equivale á un acto doble, la entrega del precio al vendedor, y pago de la cantidad debida al comprador; y cuando resulta que pagó por error lo que no debía, el reivindicante podrá ir contra el comprador por el precio debido. Si se entregó la cosa por transacción, art. 855, transfiriéndole la propiedad, por la renuncia de los derechos litigiosos sobre otra cosa, la enajenación surtirá todos los efectos y nada podrá reclamar el reivindicante. Si se enajenó por permuta y no hubiere entregado la cosa con que debía pagar la adquirida, el reivindicante tendrá derecho á reclamarla del copermutante; pero si la hubiera entregado, no podrá hacerlo del que la recibió, ni éste puede obligar al reivindicante á que la reciba, porque estando pagada, la acción sobre el precio ha cesado; no queda sino

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El acreedor que de buena fe ha recibido en prenda una cosa mueble, puede repulsar, hasta el pago de su crédito, la reivindicación dirigida contra él por el propietario (**art. 2781**); pero si hubiera

---

la reivindicación ó la subsidiaria. Si debiendo el precio el adquirente, viniera á heredar al enajenante, su deuda se extingue por confusión, art. 862, y el reivindicante no puede demandar el precio. Cuando el adquirente hubiere pagado con un pagaré, como este representa el precio no pagado, el reivindicante puede exigir se le pague; pero si el enajenante lo hubiera endosado legalmente, ó cedido á un tercero llenando las formas de la cesión para que el traspaso tenga efecto, el reivindicante no podrá reclamarlo, no así cuando la cesión fuera nula ó anulable.

Si el pagaré hubiere sido novado por el enajenante, como la deuda por el precio subsiste, podrá reclamar el reivindicante el precio no pagado.

Cuando el precio consistiera en una prestación de hacer, que no se hubiera ejecutado, no se podrá obligar al deudor á que la ejecute para el reivindicante; pero si se tratase de obras de arte en que fuera indiferente entregarlas á uno ú otro, el reivindicante podrá demandar su entrega, si no hubiera un interés personal en el enajenante, como si se tratase de retratos de familia ó cosas semejantes.

Freitas, art. 3897, de donde fué tomado nuestro artículo, habla únicamente del caso de *compra*, palabra que ha sido suprimida, y por consiguiente no debemos admitir la limitación. Cuando el reivindicante hubiera exigido la parte de precio debida y le fuera abonada por el adquirente, no podrá después devolverla y deducir la reivindicación, porque se entiende que la ha renunciado. — Véanse arts. 1196, 2152, 2212, 2272, 2437, 2767 y 3897.

(**Art. 2781.**) Aubry y Rau, § 183, nº 6 agregan: *de un detentador precario*, para indicar que el que ha empeñado la cosa poseía un título legítimo para tenerla, exceptuándose por consiguiente las cosas robadas ó perdidas que pueden ser reclamadas por el dueño, salvo los casos del art. 2765.

El fundamento de este artículo es que en las cosas muebles la posesión vale por título, con excepción de las robadas, perdidas ó del Es-

---

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2780.—Hecha una venta á plazo, y vendidos á su vez los efectos por los compradores, el tercero que no les haya pagado el precio, no tiene derecho á la entrega, si se opone el primer vendedor, máxime si los compradores han caido en insolvencia.—XVI, 315.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sido privado de ella, no tendrá la acción reivindicatoria para recobrarla, pues no es propietario.

Cuando el reivindicante sabe que la cosa reclamada ó que intenta reclamar está poseída por otro á nombre del que se dice propietario, debe demandar á éste; pero si no lo supiera ó tuviera dudas, *la reivindicación puede dirigirse contra el que posee á nombre de otro* (**art. 2782**, 1ª parte); porque la acción se intenta contra el poseedor, á cualquier título que tenga la cosa, pero *éste no está obligado á responder á la acción, si declara el nombre y la residencia de la persona á cuyo nombre la tiene. Desde que así lo haga, la acción debe dirigirse contra el verdadero poseedor de la cosa* (**art. 2782**, 2ª parte).

---

tado, y por consiguiente el acreedor la ha recibido de quien tenía derecho para empeñarla, pues estaba en posesión de ella, salvo la prueba de que conocía ó sabía no era del que la entregaba. En el mismo caso se encuentra el que la tuviera por algún derecho real adquirido sobre ella.—Véanse art. 2356, 2412, 3214 y 3894.

(**Art. 2782.**) La reivindicación tiene por objeto la entrega de la cosa, y por consiguiente se da contra cualquiera que la posea, sin averiguar el título con que la tiene. Y esta acción se da contra cualquier poseedor, porque sería muy difícil saber á nombre de quién posee la cosa; por esa razón se le permite excusarse y no seguir el pleito, designando la persona por quién posee, y dónde reside, correspondiendo al demandante averiguar su domicilio.

Cuando el poseedor siguiera el pleito como tal, y resultara después de condenado que poseía á nombre de otro, pagará los daños y perjuicios causados, pero lo juzgado en su contra en nada afectará al verdadero poseedor; de modo que, si el mero tenedor hubiera perdido la posesión, el verdadero poseedor podía reclamarla dentro de un año, demostrando que el desposeído tenía la cosa como su representante. Si bien es cierto que por principio general la justicia no despoja, y el que ha sido puesto en posesión de una cosa por la mano de los jueces no sufre la acción de despojo, sin embargo podría ser demandado por una acción posesoria, por el verdadero poseedor que no ha sido oído.

¿La demanda contra el poseedor interrumpe la prescripción contra el verdadero dueño que ignoraba la reclamación? Pothier, *Prop.* nº 301.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2781 —Aubry y Rau, § 183, nº 6.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El demandado que niega ser el poseedor de la cosa, debe ser condenado á transferirla al demandante, desde que éste probare

---

Troplong, *Presc.* n° 654 y Vazeille, *Presc.* n° 234 se deciden por la negativa, y á pesar de tan grandes autoridades, no me parece justificada esta opinión: 1° porque la ley al conceder la acción reivindicatoria contra el actual poseedor, sin obligar al demandante á buscar al verdadero dueño, no ha podido engañarlo respecto á la conservación de su derecho, y si la prescripción no se interrumpiese contra aquel, resultaría que siguiendo el pleito contra el poseedor, su derecho se habría perdido; 2° que la ley obliga al poseedor actual, á quien considera como único responsable de la devolución de la cosa, y sólo por excepción le permite desinteresarse del asunto indicando al poseedor; 3° que la prescripción se funda en la presunción del abandono de la cosa, y mal se podría decir que la abandona, cuando la reclama en juicio; 4° que la decisión de algunas Cortes francesas apoyan la tesis que sostengo. Arg. del art. 2893.

No obstante estas razones, creo que en algunos casos la prescripción no se habría interrumpido; por ejemplo, si el demandante no continuase su acción contra el verdadero propietario ó poseedor, una vez que conociera su nombre y residencia; porque hay lugar á suponer que habiéndolo reputado dueño, no ha querido entablar su acción, ó que por otras consideraciones ha abandonado su derecho. No sería justo que una demanda deducida contra un tercero, viniera á perjudicar al verdadero propietario, cuando no se ha querido seguir el juicio con él. Si no había justicia en aprovecharse del tiempo que duró el litigio seguido contra el tenedor, que se decía poseedor á nombre propio, tampoco la habría el que sufra una interrupción que no se le ha hecho en realidad.

En las cosas muebles se debe seguir el mismo procedimiento, y con mayor razón desde que la posesión vale por título. El demandado puede excusarse de seguir el juicio alegando que posee la cosa á título de depósito ó de préstamo y nombrando al verdadero dueño.

Si el mero tenedor demandado entregase la cosa al demandante sin defensa, y sin expresar el nombre del verdadero poseedor, éste puede, como en el caso en que el tenedor hubiera seguido el pleito, y fuera obligado á entregar la cosa, pedir la reintegración, pues no deben perjudicarle los actos pasados entre terceros, sin su intervención.

Si la cosa reclamada fuera poseída pro-indiviso, la acción se dirigirá por la parte que le corresponde al reivindicante y contra el que posea en su lugar, y no contra el otro propietario que posee á título propio; su objeto es hacerse reconocer como condómino.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que se halla en poder de aquél (**art. 2783**); pero este juicio no perjudicará al dueño por quien poseía, el que podrá á su vez

---

En esta parte la ley de fondo se confunde con la de forma, y las provincias, en uso de sus facultades, no pueden derogar al Código Civil, quitando las acciones acordadas por éste. — Comp. POTHIER, *Propiedad* nos 298 y sig. FREITAS, art. 3889, n° 3. CÓD. DE CHILE, art. 895 y 896. —Véanse arts. 1527, 1530, 2352, 2464, 2758, 2783 y 2784.

(**Art. 2783.**) La ley 80, tít. 1, lib. 6. Dig. dice: «se puede rehusar de defenderse contra una acción de reivindicación alegando que no se posee la cosa; pero si el demandante puede probar que el demandado está en posesión de la cosa, el juez se la debe transferir *sin obligarle á probar su propiedad.*» Nuestro artículo expresa con la misma claridad esta idea, pues no exige prueba alguna, y sólo con la denegación y la prueba contraria basta para que se ponga en posesión al demandante, debemos entenderlo así.

Nótese que la acción reivindicatoria se convierte en este caso en posesoria, y ha debido figurar entre las de su clase. Obtenida la posesión, como no tiene adversario, no estará obligado á seguir el juicio reivindicatorio; ahora sólo podrá ser demandado. Pero si el verdadero dueño demostrase que el desposeído poseía en su nombre, puede ser restituído en su posesión, si no tuviere el año por el que se adquiere el *derecho de posesión.*

Cuando el demandado alega no poseer la cosa, si no se prueba lo contrario, debe ser absuelto; pero eso no impedirá al reivindicante volver á demandarlo, si viniese en seguida á ser poseedor de la misma cosa.

Si el demandado sostuviera por error que él no poseía la cosa reclamada, porque creía que se le demandaba otra propiedad, demostrando el error, no debe ser condenado á entregar la cosa, sino á pagar los perjuicios que hubiere causado, siguiendo el juicio de reivindicación por todos sus trámites.—Comp. POTHIER, n° 300. MAYNZ, § 204, texto entre las notas 25 y 26.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2782. — L. 9. Tít. 1, Lib. 6. Dig. — Pothier, *Proprieté*, n° 298.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2782. — No está obligado á responder á la acción reivindicatoria, aquel que posee á nombre de otro, y declara el nombre y residencia de éste. — XLIII, 146.

Véanse los tomos LVI, 293 y LIX, 288.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2783.—Maynz, § 204, n° 3.—L. 80, Tít. 1, Lib. 6. Dig.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

deducir la reivindicación contra el actual poseedor, porque no ha vencido en un verdadero juicio contradictorio, y la sentencia no obliga á los terceros que no han intervenido en él.

Si el juicio se hubiera seguido con una persona que, *de mala fe se da por poseedor sin serlo, será condenado á la indemnización de cualquier perjuicio que de este daño haya resultado al reivindicante* (**art. 2784**), sin que tenga consecuencia alguna para el verdadero poseedor, que no ha tenido participación.

(**Art. 2784.**) De dos modos se puede causar perjuicio al reivindicante: 1° dándose como poseedor sin serlo; 2° poseyendo la cosa á nombre de otro, y siguiendo el juicio de reivindicación sin derecho alguno. En cualquiera de estos casos, como el juicio no tendría efecto contra el verdadero poseedor, será responsable por los perjuicios causados al reivindicante. En el 1er caso, la acción de daños y perjuicios no tendrá lugar, si se demostrase de una manera evidente, que el reivindicante sabía que el demandado no estaba en posesión de la cosa. Pothier, Molitor y otros, enseñan que puede ser perseguido como poseedor, cuando el verdadero hubiera prescripto la cosa durante el juicio seguido contra el que se decía poseedor sin serlo; pero como hemos rechazado esa teoría en el art. 2782 admitiéndola sólo en una hipótesis, no debe considerársele como poseedor y sólo deberá los perjuicios. Lo mismo sucederá en el segundo caso, pues lo juzgado contra el mero tenedor no perjudicará al verdadero poseedor que no ha intervenido en el juicio. En derecho romano había en estos casos una *ficta possessio* que no existe por nuestro derecho, sino en el caso del art. 2785.—Comp. Pothier, n° 301 y Molitor, *Reiv.* IV, n° 10. Freitas, art. 3903. — Véanse artículos 1072, 1074, 1077, 1530, 2464 y 2782.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2783.—Acreditado el dominio en el actor, procede la acción de reivindicación contra el demandado que resulta ser poseedor.—XLVIII, 57.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2783.—Para que pueda prosperar la acción reivindicatoria de muebles, es esencial la posesión actual del demandado y la individualización de la cosa: no basta justificar la posesión anterior.—Jur. Civ., IV, 403, Sér. 5ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2784 y 2785.—Sobre los dos artículos, Pothier, nos 301 y 306. Se puede ser demandado, dice Molitor, por la acción de reivindicación sin poseer y aun sin tener la cosa, cuando por el dolo propio se ha perjudicado ó paralizado la acción del propietario. Esta máxima tiene su aplicación en dos casos, que constituyen lo que se llama *ficta possessio* en

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Habrá casos en que el poseedor y dueño de una casa conozca por la calidad del título, que puede serle reclamada por reivindicación, esto ocurrirá con mayor frecuencia en las cosas muebles robadas, hurtadas ó perdidas, en que el poseedor se deshará de ellas, sea consumiéndolas, transformándolas ó enajenándolas á personas extrañas á la localidad ó provincia, y á fin de que no quede impune tal hecho, la ley haciendo una excepción ha dicho: *la reivindicación podrá intentarse contra el que por dolo ó hecho suyo ha dejado de poseer para dificultar ó imposibilitar la reivindicación* (**art. 2785**).

(**Art. 2785.**) Aunque el poseedor hubiera tenido buena fe en un principio, si sabiendo posteriormente que la cosa no era del enajenante, la vende, transforma, destruye ú oculta, será considerado poseedor y responderá como tal; es uno de los casos de la *ficta possessio* de los romanos.

---

las Leyes Romanas. Si alguno se dice poseedor de una cosa que no posee, y que yo quiero reivindicar, es responsable del perjuicio que pueda resultarme de su falsa aserción, á no ser que su falta de posesión me fuese conocida. En todos los casos, el que se ha presentado al ser citado á juicio como poseedor, y engaña al demandante, debe ser considerado y condenado como tal, al pago de todos los perjuicios sufridos por el demandante, y si después es conocido el verdadero poseedor, la acción contra éste queda á salvo. El segundo caso de la *ficta possessio* se expresa por la regla: *semper qui dolo fecit quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet.* El que siendo poseedor de una cosa, procura deshacerse de ella, para hacer imposible la reivindicación, es considerado, á causa de su dolo, como poseedor. El propietario tendría la elección de pedir contra un tal poseedor, la estimación de la cosa al arbitrio del juez, ó el valor que se fijase por su juramento. Así, cuando un poseedor, aunque fuese de buena fe en el principio de su posesión, cesa de poseer por dolo, sufre la condenación como si aun poseyese, sea que secretamente haya enajenado la cosa, sea que la haya transformado en otra especie, ó unídola inseparablemente á otra cosa, pues que deja de poseer en la especie en que puede ser la cosa reivindicada. Cuando el poseedor ha perdido la posesión de la cosa enajenándola fraudulentamente, el propietario tiene dos acciones: la reivindicación de la cosa contra el *verus possessor*, ó la estimación de ella contra el *fictus possessor*. Si obtengo el valor que el juez ha fijado á la cosa, y los daños y perjuicios, tal estimación no equivale á una venta, y conservo la reivindicación contra el verdadero poseedor: no estoy obligado á hacer cesión de la acción al *fictus possessor* que ha sido condenado; pero si he obtenido el valor y los daños y perjuicios fijados por mi propio juramento, la ley me niega toda accion contra el *verus possessor*. El valor que he recibido me ha desinteresado completamente, y se juzga que he cedido todos mis derechos sobre la cosa.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 771. — Otros derechos que competen al reivindicante

El que demanda como suya, la cosa que otro posee, no puede mirar impasible que se deteriore ó desaparezca, y por eso la ley le ha concedido derechos preventivos para asegurar su restitución en caso venciere, así dice el **art. 2786**: *si la cosa sobre que versa*

Es el caso de averiguar cómo deben deducirse estas acciones. Si se ha deducido contra el *ficto possessor,* podrá desistir de la acción y dirigirla contra el verdadero poseedor; pero si se dedujo contra éste, queda desinteresado aquél y no responderá sino por los frutos ó deterioros de la cosa, como se dijo en el art. 2779.

Aunque el dolo no pasa á los herederos, y en realidad no responden personalmente del de su causante, sin embargo no pueden eximirse de las obligaciones pecuniarias que él impone, y responderán por la acción en la parte que les corresponda en la herencia.

Si el poseedor *ficto* paga el valor de la cosa; el verdadero poseedor quedará libre de toda reclamación, y el que ha pagado sucederá en los derechos del reivindicante, quien no será considerado como vendedor, porque en realidad no ha enajenado la cosa, reputándose que le ha sido entregada. Si otro la reclama y es vencido el verdadero poseedor, tiene su acción contra el enajenante de mala fe; pero éste puede reclamar el valor pagado al primer reivindicante, si se demostrase que no era dueño. El Cód. de Chile, art. 900, dice: «el reivindicador no estará obligado al saneamiento en el caso de que tratamos». Se considerará como poseedor *ficto* al de buena fe que durante el juicio ha dejado de poseer la cosa por su culpa ó dolo.

(**Art. 2786.**) Esta es una acción extraña á la reivindicación en sí, y debe atenerse á lo que dispongan las leyes de procedimiento. Sería conveniente que se formara incidente por separado, pues no debe interrumpirse el juicio principal. El derecho concedido no sólo es al reivindicante como dice el artículo, sino á cualquiera que posee un derecho real, como el usufructuario, prendario, etc., que pueden impedir el deterioro de la cosa. La fianza la estimará el juez, y podrá ser de las admitidas en derecho. Será necesario demostrar la causa del peligro. — Comp., Cód. de Chile, art. 901. — Véanse arts. 2483 y 2788 que lo complementan.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2786.—LL. 16 y siguientes, Tít. 2, Part. 3ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la reivindicación fuere mueble, y hubiese motivos para temer que se pierda ó deteriore en manos del poseedor, el reivindicante puede pedir el secuestro de ella, ó que el poseedor le dé suficiente seguridad de restituir la cosa en caso de ser condenado; el peligro debe demostrarse sumariamente por el que lo alega.

Cuando se tratare de inmuebles sobre los que se tuviere derecho de propiedad, *el que ejerce la acción de reivindicación, puede, durante el juicio, impedir que el poseedor haga deterioros en la cosa que se reivindica* (**art. 2788**); lo mismo sucederá si sólo tuviere un derecho real de hipoteca, podrá igualmente impedirlo.

Se ha dicho que la acción reivindicatoria persigue la cosa del que la posee, y en este sentido se agregó: que los herederos del

---

(**Art. 2788.**) Se dijo en el art. 2786 que en las cosas muebles el demandado podía ser desposeído, cuando hubiese algún peligro de que se perdieran ó deteriorasen; el presente artículo se refiere por consiguiente á los inmuebles, y sólo al caso de deterioros porque no pueden perderse. El demandado no puede ser privado del inmueble; pero si á pesar de las órdenes dictadas continuase deteriorándolo, podría privársele de la tenencia entregándolo á otro para que lo administre y le entregue los frutos que la cosa produce. Será una cuestión de hecho, pues el derecho del demandante no debe quedar burlado.

El demandado no gozará libremente de los frutos, en el sentido de que deberá restituirlos si es condenado á la devolución de la cosa; pero sí, en el de que puede consumirlos sin estar obligado á dar fianzas en caso alguno.

Si el demandado hubiere cortado bosques que no son de corte ó demolido edificios, el reivindicante puede hacer embargar las cosas obtenidas de ese modo.

Si la demanda fuera de una renta, puede embargar el capital del deudor, para que no lo pague al demandado, quien sólo podrá percibir la pensión ó renta.

El Cód. Chileno, art. 902, extiende la acción, no sólo al que demanda el dominio de la cosa, sino al que reclama cualquier derecho real constituído sobre ella, y así debe entenderse por nuestro derecho, porque el insufructuario, usuario, hipotecario tienen derechos conservatorios sobre la cosa.—Comp. POTHIER, l. c. nº 321.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2788.—Véase tomo LIX, 63.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

poseedor sólo responden de la cosa recibida, quedando libres los que no la tuvieren; pero cuando se trata de *las acciones accesorias á la reivindicación contra el poseedor de mala fe, sobre la restitución de los frutos, daños é intereses por los deterioros que hubiese hecho en la cosa, pueden dirigirse contra los herederos por la parte que cada uno tenga en la herencia* (**art. 2787**); porque son obligaciones personales de su causante.

(**Art. 2787.**) No se trata de la reivindicación sino de las acciones subsidiarias por los frutos ó productos de la cosa. Los herederos no responden de la reivindicación como cuando poseen la cosa, ó cuando la ley considera á su causante como poseedor, caso del art. 2785, y entonces responderán por su parte en la herencia, porque es una obligación que pesa sobre ella y de que no pueden libertarse.

Los daños y perjuicios debidos por el poseedor de mala fe, se fundan en una obligacion personal, pero transmisible á sus herederos. Lo mismo sucederá cuando el poseedor de buena fe ha sido demandado y falleciere durante el pleito, sus herederos responderán por la reivindicación de la cosa que está en litigio; pero *todos* serán responsables por los frutos y deterioros en la proporción de su haber, no porque sea considerado su causante como poseedor de mala fe, sino por el casi-contrato que ha creado la demanda de mantener la cosa con sus frutos hasta el resultado de la decisión judicial; responderán igualmente por los productos extraídos, si han disminuído el valor de la cosa.

Pothier, nº 304 con esa claridad que es uno de sus rasgos principales, dice: «las demandas accesorias á la acción de reivindicación siendo demandas que nacen de obligaciones *personales* que el poseedor ha contraído de restituir los frutos percibidos de una cosa que sabía no le pertenecía, sus herederos en su calidad de tales están obligados por ellas».

El poseedor de mala fe ó sus herederos no sólo responden de los frutos y productos por el tiempo de su posesión, sino también del tiempo en que el adquirente de buena fe hizo suyos los frutos percibidos durante su posesión de buena fe. Es la obligación personal de indemnizar los daños y perjuicios que no ha podido cesar por la enajenación de la cosa.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2787.—Pothier, *Proprieté*, nos 304 y 305. La disposición del artículo no es en manera alguna contraria á lo dispuesto en el art. 2773. Nuestro principio era que los herederos del poseedor de la cosa, objeto de la reivindicación, no están obligados por esta acción sino en cuanto

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 772. — De los títulos del reivindicante y del poseedor

Cuando la demanda de reivindicación se produce, el demandante debe demostrar su derecho, so pena de ser absuelto el demandado.

Si el título del reivindicante que probase su derecho á poseer la cosa, fuese posterior á la posesión que tiene el demandado, aunque éste no presente título alguno, no es suficiente para fundar la demanda (**art. 2789**); la posesión del demandado es el único fundamento de su derecho.

(**Art. 2789.**) Pothier, nº 324, de donde nuestro artículo ha sido tomado dice con más claridad: «cuando el poseedor contra quien se ha deducido la demanda demuestra que su posesión es anterior al título que produzco para fundar la demanda de reivindicación, aunque él no produzca título alguno, el título que presento no es bastante para fundar mi demanda, á menos que presente otros más antiguos justificando que la persona que por el contrato que presento, me ha vendido ó dado la heredad que forma el objeto de la demanda de reivindicación, era efectivamente propietaria; porque no puedo formarme un título haciéndome pasar una venta ó una donación de la heredad que poseéis, por una persona que no la posee». Quiere decir entonces, que el enajenante ha debido ser propietario él ó sus antecesores de la cosa transmitida, para que el adquirente actual pueda deducir la reivindicación. Así, por ejemplo, A, posee hace 8 años tal propiedad sin título alguno, B, se la compra á C,

---

son ellos mismos poseedores de la cosa y que esto sólo tiene lugar respecto á los herederos de un poseedor de buena fe. Otra cosa es de los herederos de un poseedor de mala fe, contra el cual el propietario tenía derecho á demandar no sólo la entrega de la cosa, sino también la restitución de los frutos que había percibido, y la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de los deterioros que hubiese hecho en la cosa. Siendo las demandas accesorias á la acción de reivindicación, demandas que nacen de obligaciones personales que el poseedor ha contraído de volver los frutos que ha percibido, los herederos de éste por la calidad de tales, son responsables de estas obligaciones en cuanto á la parte porque sean herederos, y deben por consiguiente serlo también en razón de la parte de que sean herederos, de las demandas accesorias por la restitución de los frutos, y por los deterioros que haya sufrido la cosa.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2787.—La falta de derecho para reivindicar, hace inadmisible la acción de daños y perjuicios que la ley concede como subsidiaria.—Jur. Civ., VI, 346, Sér. 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

No hay en este caso presunción alguna de propiedad en favor del poseedor, porque el rechazo de la demanda importa sólo que

---

que se dice dueño; B, al reivindicarla, como su título de adquisición es posterior á la posesión de A, debe probar que su vendedor C, era verdadero propietario, de otro modo su demanda será rechazada; pero si C, ó sus enajenantes anteriores estuvieron en posesión de la cosa, B, será declarado dueño si A, no presenta título alguno. Así es como se venden los derechos y acciones, y el adquirente ejerce los que correspondían á su enajenante; en este caso no obra como comprador de un bien raíz, porque en ese carácter no tiene acción reivindicatoria, desde que no ha adquirido la propiedad, pues no se le hizo tradición, sino como cesionario que ejerce los derechos de su cedente.

Cuando una propiedad raíz ha sido entregada con una promesa de venta ó con un boleto simple, debemos distinguir: la promesa de venta crea un derecho para hacerse transmitir la propiedad, y el poseedor la tiene bajo una condición suspensiva y no adquiere el dominio de la cosa, art. 1370, nº 2; de modo que si el dueño la hubiere vendido á un comprador de buena fe, este la adquirirá; pero no podrá reivindicarla, porque no le ha sido transmitida; si la posee con un boleto de venta, el comprador no ha adquirido la propiedad mientras no se extienda la escritura pública, y si el dueño la ha vendido á un comprador de buena fe, éste la adquirirá.

El título posterior á la posesión que transfiriese la propiedad que otro tiene en su poder, no puede dar derecho á inquietar al poseedor, porque nadie se crea un título por el hecho de hacerse vender ó donar una cosa por otro; es necesario que el enajenante tenga un derecho anterior. Bastará, pues, para desechar la demanda, demostrar que el título presentado es posterior á la posesión del demandado.

Es necesario no confundir las acciones posesorias, en que el poseedor no tiene obligación de producir título alguno, pues, *posee porque posee*, con las reivindicatorias en que se demanda la propiedad de la cosa y debe demostrar que le pertenece. El presente artículo hace una excepción al principio consagrado, rechaza la acción que no ha sido probada y nada más.—Comp. AUBRY y RAU, § 219 texto y nota 7.

Fallos de la Cam. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2789. — Véase fallo al art. 2758.—Jur. Civ., VII, 298, Sér. 4ª.

Para fundar la demanda de reivindicación no es suficiente un título de fecha posterior al que presente el poseedor, ni aun á la misma posesión, si el demandado carece de otro título.—Jur. Civ., II, 441, Sér. 1ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

el demandante no ha demostrado su derecho; como se le mantiene en la propiedad de la cosa sin necesidad de mostrar título alguno, de ahí es que se ha confundido el juicio posesorio con el petitorio.

Cuando se habla del título *posterior* á la posesión del demandado, se refiere no al inmediato y recién otorgado al reivindicante, sino al que tuvieran sus causantes, porque el título del demandante puede ser posterior á la posesión, y el de los enajenantes anterior, en cuyo caso deberá exhibir título para ser sostenido en la propiedad; por esa razón, *si* (el demandante) *presentare títulos de propiedad anterior á la posesión, y el demandado no presentare título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica* (**art. 2790**). La pre-

---

(**Art. 2790.**) La reivindicacion tiene por objeto recobrar la propiedad y posesión de la cosa detentada por el demandado; así pues, el demandante debe suministrar toda la prueba de su derecho de poseer, presentando un título anterior á la posesión del demandado; si éste á su vez presentare títulos, se estudiarán ambos á la luz de los principios generales del derecho. En estos casos la prescripción adquisitiva desempeña un papel muy importante; porque el poseedor con título translativo de dominio prescribe la cosa por diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Si su título fuera sólo la prescripción de 30 años, algunas leyes de procedimientos autorizan al demandado para deducirla como excepción perentoria, sin entrar al juicio, lo que es un error, pues se hacen dos pleitos; la prescripción es un título, como la escritura pública de transmisión de la propiedad, y no hay razón para que se conceda un privilegio á la prescripción y se la niegue al título de adquisición.

Si el título presentado por el reivindicante fuera nulo por su forma ó por la incapacidad absoluta del enajenante, el poseedor no podría ser vencido aunque no presentara título, porque con la nulidad se prueba que la cosa no le ha sido transmitida al demandante y que no tiene derecho para reclamarla. Si el título presentado fuera válido y eficaz, y el demandado presentara uno nulo, la demanda se decidiría en favor del reivindicante, no porque exista la presunción de haber sido poseedor de la cosa, sino porque ha demostrado tener el derecho de poseer, y el poseedor no lo ha hecho. Si ambos títulos fueran nulos ó falsos se deberá rechazar la demanda, porque el reivindicante no ha probado su derecho

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sunción no está bien, porque la verdad es que ha probado su acción y el demandado nada ha demostrado, y por esa razón se le priva de la cosa. Habría sido más claro decir: anterior á la posesión del demandado y éste no presentase título alguno. Cuando se trata de la reivindicación, la posesión es completamente secundaria, pero toma una importancia real, *cuando el reivindicante y el poseedor contra quien se da la acción, presentaren cada uno títulos de propiedad, dados por la misma persona,* en ese caso, *el primero que ha sido puesto en posesión de la heredad que se reivindica,*

---

de poseer, y en nada le interesa que el demandado sea ó no dueño de la cosa.

Nuestro Código, siguiendo á Pothier, nº 324, ha creado una *presunción* de propiedad y posesión en favor del que presenta el título válido, cuando la verdad es que ha demostrado su derecho de poseer la cosa y esto le basta para sus fines. La exhibición de un título por el demandante y la no presentación de otro por el demandado, no bastan para que la demanda prospere, pues si el demandado demuestra la nulidad de ese título debe ser absuelto; la ley se refiere pues, al título válido é inatacable.

No se confundan los derechos que da la posesión para ser mantenido en ella, con las obligaciones que impone la propiedad cuando es reclamada; entonces no se puede decir, poseo porque poseo, y no doy razón de mi posesión; tiene que dar razón de su propiedad y de su derecho de poseer la cosa reclamada, y si no es privado de ella, no es porque la posesión se la garanta, sino porque se absuelve de la demanda al que no prueba su acción.

El presente artículo fué corregido porque no se habia traducido bien; donde decía: *anterior á la demanda* se puso *anterior á la posesión.*

Habría quedado más claro «anterior á la posesión del demandado» como lo traen Pothier y Aubry y Rau, § 219 á la nota 8.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2790.— Sobre los dos artículos anteriores, Pothier, nº 324.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación al art. 2790. — Véase fallo al art. 2758.—Jur. Civ., VII, 298, Sér. 4ª.

— Procede la reivindicación por el heredero, pues la declaratoria importa reconocerle la posesión desde la fecha del fallecimiento del causante.—Jur. Civ., VIII, 301, Sér. 4ª.

La reivindicación procede, siempre que se justifica haber tenido título ó posesión anterior á la del demandado—Jur. Civ., X, 370, Sér. 4ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

se reputa ser el propietario (**art. 2791**), si ha tenido buena fe, pues, si sabía que la cosa estaba enajenada, pertenecerá al pri-

---

(**Art. 2791.**) La reivindicación en general nace del dominio; pero eso no quiere decir, que no pueda deducirla quien no haya entrado en posesión de la cosa, como algunos lo enseñan. El comprador de una casa poseída indebidamente por otro, puede reivindicarla sin haber entrado en posesión de ella; porque deduce las acciones de sus causantes. Se dice, que el adquirente sin tradición no puede tener derecho real, lo que sólo es relativamente cierto; porque el acreedor hipotecario tiene derecho real y no entra en posesión de la cosa; el usufructuario que no ha entrado en posesión, tiene acción para perseguir su derecho, y así sucesivamente. La verdad es que el dominio no se adquiere sin tradición; pero esto no importa decir, que no se puede deducir la reivindicación sin entrar en posesión; porque el adquirente ejerce los derechos de sus causantes que tuvieron la posesión y la perdieron. Un ejemplo de esto es el heredero á quien se le ha reconocido su carácter de tal, y el juez lo manda poner en posesión de la herencia; que puede reivindicar los bienes de la sucesión poseídos por otros; si este heredero transmite sus derechos á un sucesor singular puede reivindicar esos bienes, sin haber entrado en la posesión de ellos.

Si el título posterior del poseedor fuera nulo por la forma ó por la incapacidad sobreviniente, quedará la propiedad del que tenía un título anterior válido; lo mismo sucederá cuando el título anterior del poseedor se anulara; por consiguiente, si el demandante por reivindicación con título posterior y sin posesión, demostrase la nulidad del título del poseedor, la reivindicación tendrá lugar en su favor.

No se trata de averiguar si el enajenante era el verdadero dueño, pues ambos adquirentes tienen su título de él; de modo que aun cuando no se pudiera establecer si este era verdadero propietario, la acción se resolvería como si lo fuera, en favor del que tuviere título válido y la posesión de la cosa.—Comp. POTHIER, nº 326.

En la Capital Federal y en la mayor parte de las Provincias existe el registro de la propiedad, y ésta no se considera transmitida hasta que no se hubiere tomado razón de la enajenación.

La ley presume propietario al que tomó primero posesión de la cosa, y me parece una presunción fuera de lugar como la del artículo anterior, pues se trata de saber quién tiene mejor derecho de poseer. En efecto, si aun no se sabe que el enajenante sea el verdadero propietario, como lo supone Pothier, de ¿dónde viene la presunción de propiedad? ¿Y si el

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

mero. Este principio es una excepción necesaria al reconocido universalmente, de que nadie puede trasmitir á otro un derecho más extenso del que gozaba; porque conservando la propiedad hasta que la transmisión se opera, ha podido pasarla á otro, obligándose sólo personalmente para con el que no ha recibido la cosa.

Cuando el demandado y el demandante presenten cada uno títulos de adquisición que ellos hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellos (estas) *era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión* (**art. 2792**),

---

título del enajenante es contestado? Lo natural es que entre los dos adquirentes la ley se decida por el primero, pero no porque sea propietario presunto.

(**Art. 2792.**) Nuestro Código ha consagrado un principio que se encuentra generalizado como un adagio: *in pari causa melior est conditio possidentes.* «¿Es verdad, pregunta Laurent, que esta ventaja se debe atribuir á la posesión? ¿Dónde está el texto que acuerde este derecho al poseedor? ¿Puede haber un derecho que se derive de la posesión sin texto? La posesión no es sino un hecho; un hecho no da jamás derecho por sí mismo; la ley puede atribuirle un derecho, pero es necesario la ley. En la opinión que sostenemos, se llega al mismo resultado aplicando el principio elemental que rige la prueba: el demandado nada tiene que probar, gana la causa por el solo hecho de que el demandante no prueba su derecho». En mi opinión es la verdadera doctrina, y no hay necesidad de crear presunciones, y eso mismo ha decidido la Corte Suprema Série 2, t. II, pág. 327, al establecer que no probándose cumplidamente el dominio y en caso de duda, debe resolverse en favor del

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2791.—Pothier, nº 326, y lo establecido sobre la adquisición de la propiedad transmitida á dos personas por el dueño de la cosa.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art.2791.—Véase fallo en el LVII, 57.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2791.— Es improcedente la acción reivindicatoria aun teniendo título cuando no se justifica haber tenido la posesión que se reconoce en favor del que presenta título posterior del mismo origen. — Jur. Civ., VII, 267, Sér. 2ª.

Ante dos títulos de igual origen y sobre un mismo terreno, los Tribunales deben amparar al que justifique haber tenido la posesión.—Jur. Civ., IX, 337, Sér. 2ª., V, 361, Sér. 3ª, X, 178, Sér. 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pero lo más natural habría sido absolver al demandado en caso de duda, pues el otro no ha probado su derecho, sin recurrir á presunciones.

Nadie puede ser privado de su propiedad, sino en virtud de una prueba evidente, y el demandante que no la suministra no debe ser escuchado en su pretensión; no hay necesidad de ocurrir á presunciones que no se fundan en hechos demostrativos de la propiedad.

---

poseedor, ó más bien dicho del demandado; porque es de derecho común que sea absuelto el demandado, cuando no prueba el demandante cumplidamente su derecho.

¿Y qué decidir cuando la posesión es dudosa? Si el demandante no ha probado su acción debe absolverse al demandado, porque este principio es de derecho común; luego se apoya en que el poseedor debe ser de mejor condición, como lo establece el adagio, y nuestro artículo deduce una presunción de propiedad, que no es real ni debía existir. — Comp. LAURENT, VI, nº 172.

Siendo dudoso el último estado de la posesión, se presume poseedor al que presentare un título más antiguo, art. 2471, y de esta presunción se llega á las acordadas por el artículo, de ser propietario el que posee aun de una manera dudosa; lo que no está conforme con los principios.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2792. — Pothier, nº 327. — La escuela de los Proculeyanos sostenía que en el caso del artículo debía preferirse al del título más antiguo que hubiese primero tomado posesión de la heredad, pero prevaleció la escuela de los Sabinianos que enseñaba que debía preferirse al que tenía la posesión de la cosa.—L. 9, § 4, Dig. *De public. in rem act.*

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2792.—No probándose cumplidamente el dominio que se pretende por el actor, y en la duda sobre si es el demandante ó el demandado es propietario del terreno que se disputa, debe resolverse en favor del que tiene la posesión.—XX, 327.

Concurriendo sobre la misma cosa, dos títulos de adquisición de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellas era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión.—XXII, 54; LI, 126, 335 y 360.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2792.—Cuando el demandante y demandado presentan cada uno de ellos los títulos de propiedad que hubiesen adquirido de diferentes personas sin que pueda establecerse cuál era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesión.—Jur. Civ., I, 131, Sér. 2ª.

Ante dos títulos que se refieran á la misma propiedad y provenientes de la misma persona, los del poseedor priman sobre los de aquel que pretenda reivindicar.—Jur. Civ., VI, 143, Sér. 2ª, VII, 267, Sér. 2ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 773. — De la restitución de la cosa

Si el demandante ha vencido en la reivindicación, tiene derecho á que se le entregue la cosa con los frutos producidos, desde la interposición de la demanda, sin tener en cuenta su buena ó mala fe. Si tuvo mala fe deberá los frutos que la cosa produjo antes de la demanda; pero los hará suyos si tuvo buena fe; no obstante, aun cuando la sentencia lo absolviera de las costas por no haber litigado de mala fe, restituirá los frutos desde la demanda.

En cuanto al lugar donde debe entregarse, *cuando la cosa reivindicada está en manos del demandado contra quien la sentencia se hubiese pronunciado, debe éste volverla en el lugar en que ella se encuentre; pero si después de la demanda la hubiese transportado á otro lugar más lejano, debe ponerla en el lugar en que estaba* (**art. 2793**).

(**Art. 2793.**) Demandada una cosa mueble por reivindicación, desde el momento de la notificación al demandado, el cuasi-contrato creado por el pleito no sólo obliga al poseedor á conservarla con todos los frutos producidos, sino que no debe transportarla á otro lugar, manteniéndola donde estaba al tiempo de la demanda. Las leyes romanas estudiaban la hipótesis de que la cosa no estuviera en poder del demandado y distinguían: si era poseedor de buena fe, podía entregar la cosa en el lugar de su situación ó donde fuere demandada, pagando al demandante los gastos de transporte; si era de mala fe y la cosa se encontraba en un lugar diferente del juicio, sucedería lo mismo; pero si el demandado la hubiera hecho trasladar á otra parte después de la demanda, debe ponerla á su costa en el lugar donde se encontraba.—Comp. l. l. 10 y 12, tít. 1, lib. 6, Dig.

Pothier estudiando la posición contraria, cuando el demandante estaba en posesión de la cosa, ha enseñado la doctrina que nuestro artículo consagra: la cosa debe devolverse en el lugar donde se encontraba al entablarse la demanda, si la hubiere transportado á otro más lejano, en la suposición de que no estaba en el del juicio; porque si se hubiera llevado á uno más cercano ó al mismo lugar, cumpliría con entregarla en éste.

Nuestro artículo dice: la cosa debe entregarse donde ella se encuentre al dictarse la sentencia; pero como después de la demanda no puede

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El principio general es que la demanda y contestación establecen un cuasi-contrato, que obliga al demandado á conservar la cosa, como se encuentra, á los resultados del juicio, de modo que no debe cambiarla de lugar, ni alterarla, deteriorala, etc., y si produce frutos, debe igualmente mantenerlos como accesorios de la cosa reivindicada.

Cuando es un inmueble el objeto de la reivindicación, el demandado condenado á restituirlo, satisface la sentencia, dejándolo desocupado y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesión (**art. 2794**).

---

transponerla sino para acercarla al lugar del juicio, resulta que si no está en este lugar ó en otro más cercano á él, cuando la cosa se encontraba fuera de donde se sigue el juicio, deberá entregarla donde estaba al tiempo de la notificación de la demanda.

Cuando la hubiere transportado á otro lugar más lejano, el demandante puede pedir que se le entregue donde se encontraba, pero no podrá demandar los gastos de translación, pues renuncia á que el vencido le devuelva la cosa donde se hallaba.—Comp. POTHIER, nº 329. MOLITOR, *Reiv.*, nº 22, MAYNZ, § 119, texto á la nota 14.

(**Art. 2794.**) Cuando el vencido hubiere hecho mejoras necesarias ó útiles en la cosa, tiene derecho para retenerla hasta que le sean abonadas, si fuere poseedor de buena fe, y sólo las necesarias, si es de mala fe. Responderá igualmente de los deterioros ó destrucciones que la cosa hubiere sufrido por su culpa, de modo que no cumplirá con sólo entregarla.

La expresión de *dejarla desocupada*, no importa el abandonarla; por ejemplo, si fuera una casa, será necesario entregar las llaves al vencedor. Se han visto casos en nuestros tribunales, sobre todo tratándose de la posesión, en que el vencido en un juicio posesorio ponía en posesión de la cosa á otro, manifestando que la había abandonado; era necesario seguir el juicio con el actual ocupante, hasta vencerlo, para volverlo á recomenzar con otro.

Si la demanda de reivindicación comprendía otras cosas que se encuentran en el inmueble debe entregarlas.—Véase POTHIER, nº 330.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2793. — Pothier, nº 329.— LL. 10 y 12, Dig., *De reivindic.*

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2794.—Pothier, nº 330.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Se entiende que la sentencia no se satisface sino en parte con la devolución de la cosa, si con ella no se han entregado los frutos que son debidos desde la interposición de la demanda.

La expresión de, *en estado*, que el reivindicante pueda entrar en posesión, comprende la obligación de entregarla libre de toda otra posesión, y no se refiere al estado de la misma cosa, que puede encontrarse con deterioros, que se deberán reclamar por una acción subsidiaria.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2794.—Véase fallo al art. 2758.—Jur. Civ., IX, 552, Sér. 2ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO II

DE LA ACCIÓN CONFESORIA

§ 774.—QUIÉNES PUEDEN DEDUCIR LA ACCIÓN CONFESORIA Y CONTRA QUIÉNES SE DA

Las acciones reales tienen por objeto proteger los derechos que nacen de la propiedad, así como los demás derechos reales que se hubieran constituído sobre las cosas. La acción *reivindicatoria* defiende la propiedad, y está destinada á recobrarla cuando la hemos perdido; la *negatoria* cuando somos impedidos en el ejercicio de los derechos de propiedad, sin que nos hayan privado de la cosa, y la *confesoria* cuando se nos priva de ejercer los derechos reales que tenemos sobre ella, ó las servidumbres activas.

La acción confesoria (no se da pues, para proteger la propiedad, porque el que la ejerce no es propietario; por el contrario) *es la derivada de actos que de cualquier modo impidan la plenitud de los derechos reales ó las servidumbres activas, con el fin de que los derechos y las servidumbres se restablezcan* (**art. 2795**).

(**Art. 2795.**) Las acciones *confesorias* y *negatorias* separadas de la reivindicatoria en la legislación romana esencialmente formulista, han seguido separadas en la nuestra, que no lo es, y que tiende por el contrario á suprimir la solemnidad como manifestación única de la voluntad individual. El Código Civil Alemán, suprime estas acciones separadas que concluirán por desaparecer confundidas con la acción reivindicatoria, que tendrá por objeto reclamar la cosa que nos pertenece y que otro posee, extendiendo su radio de acción á todos los derechos reales, como á la defensa de todos los que nacen del derecho de propiedad. ¿Qué utilidad puede haber en dar una acción para reclamar la propie-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La acción confesoria se concede algunas veces al propietario de un fundo dominante, cuando el del inferior hiciere trabajos para

---

dad, otra para los derechos fraccionarios de ésta, y otra para defender esos derechos, cuando fuesen atacados? Se llega á complicar la defensa y hacer más ininteligible las leyes de suyo difíciles. Por eso los que estudian el derecho se equivocan al explicar estas diferencias, que tenían su razón de ser entre los romanos, que hacían de la forma la base de las acciones; pero á medida que la sociedad avanza en su desenvolvimiento, el respecto por la manifestación de la voluntad, de cualquier modo que ella tenga lugar, se abre camino desechando la fórmula sacramental que debe contenerla. Casi todos los tratadistas al estudiar la acción confesoria y la negatoria enseñan que deben ser apreciadas según la analogía que tengan con la reivindicatoria.—Véase ZACHARIÆ, § 300.

La acción *confesoria* entre los romanos según Molitor, n° 134, se daba para reivindicar un derecho de servidumbre, y la ejercía el que gozaba de un derecho de servidumbre personal, y el que tenía un derecho real sobre un fundo dominante. Y se da contra el ejecutante de un hecho que ataca ú obstaculiza el ejercicio de la servidumbre, sea el mismo propietario ó un tercer poseedor.

La acción confesoria tiene por objeto hacer desaparecer el obstáculo opuesto al ejercicio de la servidumbre. Pero nuestro Código ha dado también esta acción para defender la *plenitud de los derechos reales*, lo que hace confundirla á primera vista con la *negatoria,* que se da para proteger la *libertad de los derechos reales,* art. 2800. Diferencias imperceptibles que sólo pueden hacer los versados en el derecho.

La acción negatoria es una reivindicación parcial de la propiedad, y tiene por objeto rechazar todo acto por el que se pretenda apropiarse cualquiera de las prerrogativas de la propiedad, sea ejerciendo alguno de los derechos que de ella nacen, sea impidiendo al propietario de ejercerlos.

La acción *confesoria* se da en favor del que tiene servidumbres activas, ó de los que tienen derechos reales, como el usufructuario, usuario, habilitador, y también á los acreedores hipotecarios; la negatoria en favor del poseedor del inmueble, y del hipotecario impedido de ejercer sus derechos.—Comp. MOLITOR, *Reiv.*, n^{os} 134 y 136. MAYNZ, § 136. LAURENT, VIII, n° 288, y FREITAS, art. 3994.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2795.—LL. 2 y 10, Tít. 5, Lib. 8, Dig.—Mackeldey, § 307.—En el Tit. 31, Part. 3ª, se trata de los casos y modos de estas acciones.—Véase la L. 21, Tit. 22, Part. 3ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

impedir, ya sea el recibir las aguas ó cualquier otro derecho concedido por la ley en mira de un interés público.

Compete la acción confesoria á los poseedores de inmuebles con derecho de poseer, cuando fuesen impedidos de ejercer los derechos inherentes á la posesión, que se determinan en este Código: á los titulares verdaderos ó putativos de servidumbres personales activas, cuando fuesen impedidos de ejercerlas: á los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes cuyos poseedores fuesen impedidos de ejercer derechos inherentes á su posesión (**art. 2796**).

Todos estos casos se refieren á los derechos reales que se tienen sobre la cosa de otro; así, el usufructuario, usuario, habitador, acreedor anticresista, que tienen derecho de poseer, ejercen la acción confesoria cuando son impedidos en el ejercicio de sus derechos.

Téngase presente que los derechos reales protegidos por la acción confesoria están determinados en el art. 2503, con excep-

---

(**Art. 2796.**) La acción confesoria que en derecho romano estaba limitada á las servidumbres activas, para defender su ejercicio, se concede también por nuestro Código á los que tienen derechos reales, como al usufructuario, usuario y habitador, cuando fueran impedidos de ejercerlos. Como no son propietarios, la limitación ó negativa de su derecho no da lugar á una acción reivindicatoria.

Pueden también ejercer esta acción los acreedores hipotecarios, cuando los poseedores del inmueble hipotecado fueran impedidos en sus derechos inherentes á la posesión, y no los dedujesen, siempre que importase privar al inmueble de servidumbres que lo hicieran disminuir de valor, ó le impusieran servidumbres sin que el poseedor las reclamase; el mismo derecho puede ejercer el acreedor anticresista en casos semejantes.

Los poseedores con *derecho de poseer,* son aquellos que tienen la cosa con un título que los autoriza á usar de ella como propietarios. Entre los titulares verdaderos ó putativos de servidumbres *personales activas,* se pueden comprender, aunque impropiamente, á los usufructuarios, usuarios ó habitadores que pueden deducir la acción confesoria, cuando son obstaculizados en el ejercicio de sus derechos.—Comp. FREITAS, art. 3993, nos 1 á 3. MOLITOR, *Serv.,* n° 134. MAYNZ, § 136.—Véanse arts. 1726, 2970 á 2972 y 3421.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2796.—Molitor, *Servidumbre,* n° 134.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ción del dominio y condominio, y son: el usufructo, uso y habitación, las servidumbres activas, el derecho de hipoteca, la prenda y la anticresis; por consiguiente, no se debe confundir las servidumbres activas con el usufructo, que no es una servidumbre personal, como algunos lo han creído.

La acción confesoria se da contra cualquiera que impida los derechos inherentes á la posesión de otros ó sus servidumbres activas (**art. 2797**), sea que haya sido desposeído ó turbado en el goce de sus derechos; porque en el primer caso no puede deducir la acción reivindicatoria, pues no es propietario y no reclama la propiedad. Así, el usufructuario ó usuario desposeído deducirán la acción confesoria para ser puestos nuevamente en la posesión de la cosa de que fueron privados. No nos referimos al juicio de despojo fundado en disposiciones de orden público, y que cualquier poseedor puede deducirlo por el solo hecho de la tenencia.

§ 775. — Condiciones para ejercer la acción confesoria

Corresponde á las leyes de procedimiento que las provincias tienen facultad para dictar, el determinar el modo cómo deben deducirse estas acciones; pero la ley de fondo puede y debe dar las bases sobre que descansa. Así, cuando se refiere á los derechos inherentes á la posesión, *le basta al actor probar su derecho de poseer el inmueble dominante, cuando el derecho impedido no fuese*

(**Art. 2797.**) La acción se puede ejercer contra cualquiera que impida los derechos inherentes á la posesión, ó de las servidumbres activas aunque fuere el mismo propietario del inmueble sirviente; así, cuando por haber constituido el propietario una nueva servidumbre sobre su fundo viniera á impedir el ejercicio de la establecida anteriormente, el dueño de ésta puede deducir la acción confesoria; es el caso del art. 2991.—Comp. Freitas, art. 3993, nos 2, 3 y 4. Molitor, *Serv.*, nº 134, y Maynz, § 136.—Véanse arts. 1726, 2801, 2970 á 2972 y 3421.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2797.—LL. 4 y 10, Tít. 5, Lib. 8, Dig.—Molitor, lugar citado.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2797.—El interdicto de retener la posesión de una servidumbre de tránsito, no es otra cosa que la acción confesoria.—XXX, 465.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

servidumbre (**art. 2798**, 1ª parte); porque se trata de derechos que son una consecuencia de la posesión, mientras si fueran derechos atribuídos al inmueble, en virtud de un contrato, sería necesario además probar, *su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa ó su derecho de hipoteca, cuando fuese tal el derecho impedido* (**art. 2798**, 2ª parte).

(**Art. 2798.**) Cuando el derecho impedido no es una servidumbre, importa decir, cuando se tratare de las restricciones ó límites del dominio; así, el dueño del terreno superior puede deducir la acción confesoria contra el del inferior, si hiciera trabajos para impedir que corran las aguas por su terreno, refluyendo sobre el superior, art. 2651; ó si se tratase de cualquier otra restricción que no sea servidumbre; lo que viene á confirmar la tesis sostenida en el art. 2658 de que las restricciones del dominio no son servidumbres. En estos casos la prueba corresponde al demandado, pues el que deduce la acción sólo tiene que demostrar su derecho de poseer. Recuérdese que las restricciones como leyes de orden público no pueden renunciarse en general; aunque en algunos casos excepcionales puedan hacerse. Cuando el lindero usa de un derecho concedido por la ley que limita al vecino el derecho de propiedad, lo ejerce á título de restricción, no de servidumbre, y puede defender su ejercicio por la acción confesoria, y le basta entonces, demostrar su derecho de poseer el inmueble, aunque su título sea nulo ó anulable, porque eso no interesa al dueño del inmueble vecino; pero cuando se trata de una servidumbre real ó personal es necesario además, demostrar la servidumbre. Así, quien tiene una servidumbre de vistas, debe probar la existencia de ésta. El acreedor hipotecario que no posee la cosa puede ser lesionado por el poseedor del inmueble, y le bastará demostrar la hipoteca, y la lesión para impedir que se establezca una servidumbre sobre el inmueble hipotecado. Freitas, art. 3994, de donde fué tomado nuestro artículo, agrega: «en todos los casos, debe demostrarse el hecho por el que se ha impedido el ejercicio de la servidumbre ó del derecho alegado», y así debe entenderse por nuestro derecho. — Comp. Maynz, § 136.

Molitor, *Presc.*, nº 135, dice: «cuando se trata de recobrar la posesión perdida por el usufructuario, se debe tener en cuenta la buena ó mala fe del demandado, como si se tratase de los frutos en la acción reivindicatoria sobre la propiedad»; en lo que tiene razón, porque si adquirió la cosa de buena fe, con título, sólo deberá los frutos desde la interposición de la demanda; pero cuando se tratare de perturbaciones y no

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando se trata de servidumbres prediales en que hay un inmueble dominante y otro sirviente, como por la naturaleza del servicio que presta el uno y recibe el otro son indivisibles, resultará, que, *cuando el inmueble dominante ó sirviente perteneciere á poseedores con derechos de poseer, la acción confesoria compete á cada uno de ellos y contra cada uno de ellos, en los casos designados en los artículos anteriores; y las sentencias que se pronuncien, perjudicarán ó aprovecharán á todos respecto á su efecto principal, pero no respecto al efecto accesorio de la indemnización del daño* (**art. 2799**), porque esta es una obligación que pesa sobre la

---

de desposesión, cambia de especie; entonces se deben siempre los daños y perjuicios sea el perturbador de buena ó mala fe.—Véanse arts. 2523, 2805 y 3011.

(**Art. 2799.**) El principio se aplica á las servidumbres reales que siempre son indivisibles y á las personales que lo fueran. Cuando se trata de una servidumbre predial, dice Maynz, § 222, y el fundo pertenece á muchos, cada uno de los co-propietarios puede intentar la acción por el todo, *in solidum*, y la sentencia aprovecha á todos, á menos en lo que concierne al derecho de servidumbre». Y no podría ser de otra manera, porque si se declara que la servidumbre corresponde al predio dominante, hará cosa juzgada para los demás co-propietarios, pues sería reabrir el juicio, si se permitiera á cualquiera de los otros intentarlo nuevamente; se puede decir figuradamente, son las propiedades dominantes y sirvientes las que ejercitan su derecho y su defensa por medio de sus representantes, que son los propietarios, y siendo el servicio reclamado ó negado uno é indivisible, la sentencia no las ha libertado, ni gravado, sólo ha declarado el derecho existente. Por esa razón, la prescripción no corre contra los demás co-propietarios, cuando está suspendida para uno, art. 3062. Pero lo que es de absoluta necesidad respecto á las servidumbres, porque no se encuentra un término medio, ni hay posibilidad de división, no tiene lugar con relación al daño causado en que cada uno es responsable de sus propias acciones. Cuando la servidumbre es debida por el fundo sirviente y éste perteneciera á varios, la acción se puede entablar contra cualquiera de los co-propietarios, á causa de la indivisibilidad de la servidumbre, y la sentencia dictada contra uno de ellos hará cosa juzgada contra los otros, sea en favor ó en contra,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2798.—Molitor, lugar citado.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

persona que ha ejecutado el acto, mientras la servidumbre la debe el inmueble sirviente ó se la atribuye el dominante.

Pero los principios anteriores no se aplicarán ni á las servidumbres personales, ni á los derechos reales de usufructo, uso y habitación, en que la sentencia firme respecto de los unos no hará cosa juzgada para los otros.

---

respecto al derecho de servidumbre, no así con relación á los perjuicios ni á las costas del juicio, que serán personales del que las hubiera ocasionado.—FREITAS, arts. 4003 MAYNZ, l. c.—Véanse arts. 683, 687, 688, 2489 y 3007.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO III

DE LA ACCIÓN NEGATORIA

§ 776. — Á QUIÉNES SE DA LA ACCIÓN NEGATORIA

La acción negatoria tiene por objeto defender los derechos fraccionarios de la propiedad, en que la acción reivindicatoria, ni la confesoria podrían ejercerse; así, *la acción negatoria es la que compete á los poseedores de inmuebles contra los que les impidiesen la libertad del ejercicio de los derechos reales, á fin de que esa libertad sea restablecida* (**art. 2800**).

(**Art. 2800.**) La acción *negatoria* tiene por objeto defender la libertad de los derechos que nos corresponden como propietario, contra cualquiera que quisiera limitarlos, reconociéndonos la propiedad de la cosa. Puede deducirse, cuando se quiere hacer cesar una servidumbre que otro ha usurpado, ó cuando se intenta privarnos de facultades que nos corresponden en calidad de propietarios. Parte del principio de que el propietario es reconocido en su carácter de tal, y sólo se le discuten facultades; pues cuando hubiere desposesión, correspondería la acción reivindicatoria.

Cuando el vecino se atribuye una servidumbre sobre mi propiedad, si él la demanda porque yo le impido su uso, lo hace por medio de una acción confesoria, y debe demostar en juicio su derecho; si por lo contrario él está en posesión de la servidumbre, que yo niego, puedo demandarlo por una acción *negatoria*, y como en el caso anterior, él es el demandado, y debe demostrar su derecho; su posición es la misma con relación al derecho que se atribuye, sea demandante ó demandado.

Se ejerce la acción *reivindicatoria*, cuando hay desposesión; la *confesoria* cuando se niega un derecho de servidumbre ó se nos priva de

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La acción negatoria viene á ser una reivindicación parcial de la propiedad en alguna de sus manifiestaciones, y supone nece-

---

derechos reales; la *negatoria* cuando se rechaza cualquier acto que venga á menoscabar los derechos de propiedad.

La única diferencia es la posición que asumen los reclamantes: el que deduce la acción negatoria, aunque demandante no tiene que probar sino su derecho de poseer ó su hipoteca, mientras el demandado debe demostrar la servidumbre ó el derecho que se atribuye; en la confesoria asume el papel de demandante el que era demandado en la negatoria, y debe igualmente probar su derecho, pues en uno y otro caso se lo atribuye.

La acción negatoria no se diferencia de la reivindicación sino por la extensión de la lesión del derecho; para deducir esta necesitamos que se nos prive completamente de nuestra cosa; para aquella basta que se nos limite cualquiera de los derechos inherentes á la propiedad, cuando no somos privados de su ejercicio. Asi, el usufructuario podrá deducir la acción negatoria, cuando se le limitara el uso de la cosa, y la confesoria cuando se le privara del derecho.—Comp. FREITAS, art. 4004 y MAYNZ, § 207.

El demandante en la acción negatoria debe demostrar su derecho de poseer, y el hecho ó hechos por los que se le impide su ejercicio; el demandado deberá probar el derecho que se atribuye, pues la propiedad se reputa libre.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2800.— Aubry y Rau, § 219, nº 2.— Esta acción, dice Maynz, no difiere de la reivindicación, sino por la extensión de la lesión que nuestro derecho de propiedad ha sufrido de parte del demandado. Para que podamos intentar la reivindicación, es preciso que se nos haya impedido enteramente usar de nuestra cosa, es decir, que seamos privados de la posesión. Todo ataque de una importancia menos grave, basta para darnos la acción negatoria. Comúnmente, semejante lesión proviene de que otro pretende tener un *jus in re,* particularmente una servidumbre sobre nuestra propiedad. Es por esto que las más veces se representa esta acción como destinada á hacer cesar una servidumbre que otro ha usurpado. Pero su uso es más general, y puede ser intentada, toda vez que alguno nos impida obrar como propietario, en la extensión que el derecho nos permite, con tal que la lesión que sufrimos no sea demasiado grave para que podamos intentar la reivindicación. Debe observarse, sin embargo, que si el hecho de que nos quejamos debe contener necesariamente una lesión parcial de nuestro derecho de propiedad, la gravedad de la lesión es indiferente. Así, para que podamos intentar la acción negatoria á fin de hacer declarar que el adversario no tiene el derecho de usufructo, no es necesario

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sariamente un hecho en que una persona se atribuya un derecho sobre la cosa de otro, ó impida el ejercicio de un derecho real.

La acción negatoria se da igualmente, cuando el que poseyera una servidumbre, pretendiera darle mayor extensión de la que nace del contrato.

La acción negatoria tiende á afirmar la libertad de la propiedad y de los derechos que de ella se derivan, y se da especialmente al propietario de un inmueble, para rechazar cualquier gravamen que se quisiera hacer pesar sobre éste; y *puede también tener por objeto reducir á sus límites verdaderos el ejercicio de un derecho real* (**art. 2804**).

Cuando el derecho real se negara por el propietario, correspondería la acción confesoria para hacerlo reconocer.

Téngase presente que la acción confesoria supone la propiedad reconocida en la que se quiere imponer una limitación, y al propietario en ese caso le basta negar el derecho que se atribuye el tercero, correspondiendo la prueba al demandante.

Cualquiera turbación en los derechos del propietario no dará lugar á la acción confesoria, porque para eso se han creado las acciones posesorias á las que se ocurrirá según los casos.

Cuando alguno de los comuneros ejerciera actos de dominio sobre la cosa común, como si él fuera único propietario, el derecho romano concedía acción negatoria, pero el nuestro da la acción reivindicatoria, si esos actos importasen la desposesión del condueño.

La acción negatoria corresponde á los poseedores de inmuebles

---

(**Art. 2804.**) La servidumbre se reconoce en este caso; pero se niega la extensión que pretende dársele. Como se trata de la servidumbre misma, la prueba de que es ejercida dentro de los límites acordados por el título debe darse por el que la ejerce. La regla es que el inmueble está libre; el que alegase lo contrario debe demostrar la existencia del derecho y su extensión. Las leyes 9, 11, 13, 14 y 17, tít. 5, lib. 8, Dig., presentan varios ejemplos.—Comp. AUBY y RAU, § 219 al fin.

---

que esté en posesión del usufructo, basta que haga un acto de lesión, por pequeño que sea, con intención al hacerlo de que el usufructo le pertenece (§ 207, y nota 4).

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y á los acreedores hipotecarios (cuyos poseedores fueren) *impedidos de ejercer libremente sus derechos* (**art. 2801**). Se necesita ser poseedor con derecho de poseer para poder ejercer esta acción.

§ 777.—Contra quiénes se da la acción negatoria y su objeto

Se dijo que el principal objeto de la acción negatoria era garantir la libertad de los derechos que nacen de la propiedad, y el ejercicio de los derechos reales, así es que, *la acción debe tener por objeto accesorio privar al demandado de todo ulterior ejercicio de un derecho real, y la reparación de los perjuicios que su ejercicio anterior le hubiese causado, y aun obligar al demandado á asegurar su abstención por una fianza* (**art. 2803**), cuando se temiera con justa razón la repetición de los actos.

(**Art. 2801.**) El artículo habla de los poseedores con derecho de poseer, porque los simples tenedores no pueden deducir acciones reales. En cuanto á los acreedores hipotecarios, como generalmente no poseen la cosa, son los poseedores del inmueble, como lo enseña Freitas, los que deben ser impedidos de ejercer los derechos, y en ese caso, el acreedor hipotecario debe intervenir, cuando el que tiene el derecho de poseer no lo hiciere, porque le interesa que el inmueble esté completamente libre.—Comp. Freitas, art. 4005, Molitor, *Serv.*, nº 136.

(**Art. 2803.**) La acción tiene por objeto la declaración de que nuestro derecho de propiedad no está sometido á la restricción que pretende el demandado, y de esta declaración negativa es que ha tomado el nombre de negatoria. La sentencia sólo confirma la libertad del inmueble, la declara en juicio contradictorio, y como un resultado de esa declaración, se priva al demandado de ejercer un derecho que no tiene, obligándole á que restituya las cosas al estado anterior á la lesión, si la hubo, así como á pagar los daños y perjuicios, y la abstención de volver á ejercer el derecho, en caso necesario obligarlo á dar fianza para garantir la abstención, la que sólo podrá estimar el juez.

En la acción *confesoria* el demandado sólo debe probar su derecho de poseer, porque suponiéndose libre el inmueble, el que alega una servidumbre debe demostrarla. Otra cosa sería si se tratara de restricciones

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2801.—Molitor nº 136.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando los demandados fueran varios, la reparación del daño no será solidaria, y cada uno responderá por los perjuicios que hubiere causado.

¿Contra quién se concede la acción negatoria? *Se da contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrogándose sobre él alguna servidumbre indebida* (**art. 2802**). Así, cuando el dueño quisiera imponer una

---

al dominio. — Comp. MAYNZ, § 207, texto á las notas 7 á 9, AUBRY y RAU, § 219, nº 2 y FREITAS, art. 4007.

(**Art. 2802.**) Téngase presente que cuando se priva de la propiedad por la desposesión de la cosa, no es la acción negatoria la que corresponde, sino la reivindicatoria; así el condómino que toma toda la cosa para sí, puede ser demandado por su condómino por una acción reivindicatoria; pero si quisiera imponer una servidumbre á la cosa común, sería la acción negatoria, la que correspondería á cualquiera de los condóminos; así como si se atribuyese mayores derechos que los concedidos por la ley, ó que limitaran el derecho de sus condóminos.

Como la acción *negatoria* tiene por objeto proteger la libertad de los derechos que nacen de la propiedad, si el condueño de una finca quisiera someterla á una servidumbre, cualquiera de los otros co-propietarios pueden deducir la acción negatoria, y aun el mismo acreedor hipotecario y con mayor razón el usufructuario, usuario y habitador.

La servidumbre *indebida*, á que quiera someter la cosa el dueño de ella, supone necesariamente condueños ú otros con derechos reales sobre la cosa, que vengan á ser lesionados por la servidumbre. Así, el que tenga una servidumbre sobre el inmueble sirviente puede impedir por la acción *confesoria*, que el dueño del inmueble cree otra servidumbre que le perjudique; pero el artículo habla del condueño que se atribuye una servidumbre indebida, en que los otros pueden rechazar la pretensión por la acción negatoria. En el caso del art. 2991, el dueño de la servidumbre establecida puede impedir que se le turbe en su derecho por una acción *confesoria;* pero el dueño del inmueble sirviente puede defender la libertad de imponerla, por una *negatoria*, pues se trata de limitar su derecho de propietario. Así, el mismo acto puede ser objeto de las dos acciones; de

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2803.—Maynz, lugar citado.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2803.— La reparación de perjuicios es un accesorio y consecuencia legal, de la negación de una servidumbre indebida.—XXIX, 189.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

servidumbre ú otro derecho real, limitando las facultades del que tiene derecho de poseer, y del que tiene un derecho real sobre el inmueble, puede ser rechazado.

Como el inmueble se supone libre de toda carga, mientras no se pruebe lo contrario, resultará que, *al demandante le basta probar su derecho de poseer ó su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto á la servidumbre que se le quiere imponer* (**art. 2805**).

---

la confesoria cuando es deducida por el dueño del predio dominante, y de la negatoria si es por el dueño del sirviente quien reclama la libertad.—Comp. FREITAS, art. 4005, nº 3. AUBRY y RAU, § 219 y MOLITOR, *Serv.*, nº 136.

(**Art. 2805.**) La acción negatoria se limita á negar que otro tenga sobre el inmueble que poseemos, ó en el que tenemos un derecho real cuyo ejercicio viene á ser obstaculizado, la servidumbre que se le impone. Tiene por objeto la libertad del inmueble, y como el derecho de propiedad ó el de poseer se debe ejercer sin restricción, mientras no se pruebe que la servidumbre existe, de ahí la necesidad de demostrar por el demandado la existencia del derecho alegado. Pero cuando no fuera una servidumbre, sino una restricción impuesta por la ley, art. 2798, le bastará probar su derecho de poseer el inmueble dominante.

Es de notarse que tanto en la acción confesoria como en la negatoria que rechazan la imposición de una servidumbre, la prueba corresponde al que afirma la existencia de la servidumbre.

El acreedor hipotecario que no tiene la posesión del inmueble, al que se le impone ó quiere imponerse la servidumbre, sólo debe probar su derecho de hipoteca, que es la base de su acción, sin necesidad de demostrar que el poseedor tiene derecho de poseer; porque su facultad nace de su interés en el inmueble para que su valor no se disminuya, y no del derecho de poseer.

Nuestro artículo ha decidido la cuestión suscitada en derecho francés, sobre á quien correspondía la prueba en este caso, estableciendo que es al que afirma tener la servidumbre. — Comp. FREITAS, art. 4008. MAYNZ, § 207, nº 2. AUBRY y RAU, § 219, nº 2 y LAURENT, VIII, nº 288.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2802.—Por ejemplo, en un inmueble cuyo usufructo está dado, cuando el propietario quiera constituirle otra servidumbre.—Molitor, *Servidumbres,* nº 136.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Para que la acción negatoria pueda deducirse, es necesario que la limitación importe, no un derecho eventual, sino que se atribuya el tercero un derecho real sobre la cosa, pues, *probándose que el acto del demandado no importa el ejercicio de un derecho real, aunque el poseedor fuese accidentalmente impedido en la libre disposición de su derecho, la acción, si hubo daño causado, será juzgada como meramente personal* (**art. 2806**).

(**Art. 2806.**) Para que la acción negatoria pueda deducirse es necesario que otro se atribuya un derecho real sobre nuestra propiedad y no se limite á tener pretensiones, sino á ejecutar actos que restrinjan nuestro derecho. Sin el hecho no hay acción negatoria, y Maynz § 207, nota 4 dice: «para que podamos intentar la acción negatoria á los fines de hacer declarar que el adversario no tiene el derecho de usufructo, no es necesario que este último esté en posesión del usufructo; basta que haga un acto de lesión por pequeño que sea con la pretensión de haberlo ejecutado en virtud del usufructo que dice le pertenece». De modo que cualquier acto atacando ó limitando nuestro derecho de propiedad, pero sin atribuirse un derecho real en la cosa, puede ser objeto de una acción de daños y perjuicios, personal al que la ejecuta, pero no de la negatoria. Cuando el acto importase una turbación, art. 2496, atribuyéndose el derecho de poseer, tendría aplicación el presente artículo, si el derecho atribuído fuera real que limitara el de propiedad, y podría deducir la acción posesoria para no ser turbado en la posesión, ó la negatoria que declarase definitivamente la libertad del inmueble.

Freitas, art. 4009, se refiere únicamente á las servidumbres, en lo que no tiene razón, porque cualquier otro derecho real que se atribuyese el demandado, y que limitara nuestra propiedad, daría lugar á la acción negatoria; así, nuestro artículo ha hecho bien en suprimir esa palabra del original, que no se encuentra en Maynz § 207 de donde lo tomó Freitas.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2805.—Aubry y Rau, 219, n° 2.—Maynz, § 207, n° 2.—Porque la propiedad es por su naturaleza un derecho libre, absoluto y el demandado es el que debe probar la carga ó servidumbre que pretenda que reconozca el inmueble.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

TITULO X

DEL USUFRUCTO

§ 778.—Nociones generales

En los títulos anteriores hemos considerado la propiedad en la plenitud de sus atributos, con las acciones que la ley ha concedido para defenderla, sea en su posesión, sea en lo que respecta á su esencia misma; ahora vamos á tratarla bajo una nueva faz, en la descomposición ó fraccionamiento de que es capaz al ponerse en relación con el individuo.

Dijimos que la propiedad podía fraccionarse ó separarse en derechos elementales, según los servicios que estuviera destinada á prestar, sea al individuo mismo, sea á la propiedad ajena; esos derechos que unidos constituyen y forman la propiedad, pueden considerarse bajo dos aspectos: por el beneficio que están destinados á prestar á la persona, como el usufructo, el uso y la habitación, y por el provecho que la cosa proporciona á la cosa de otro, como en las servidumbres.

Los primeros abrazan un campo más extenso, y llegan en cierto modo á absorber todo el beneficio de que es capaz la propiedad, mientras los segundos apenas la restrinjen en parte, extendiéndose á meras limitaciones.

Otro de los caracteres más salientes de esta división, es que los primeros sólo benefician á la persona independiente de las cosas, y por consiguiente llevan en su esencia lo temporario de su ejercicio, por eso se llaman personales, aunque el derecho sea real, y grave la cosa misma de una manera característica. Los segundos, más limitados llevan el sello de lo permanente, porque las cosas

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

prestan el servicio á las cosas haciendo abstracción de la persona, por eso se llaman servidumbres, y necesitan por lo menos de dos inmuebles: el que recibe el beneficio y el que lo presta.

El usufructo, que es el derecho más importante de los que gravan la propiedad, porque absorbe en su ejercicio casi todos los beneficios que ella puede proporcionar, no ha sido considerado como una servidumbre en derecho francés, no sólo porque su derecho, naciendo de la revolución quería borrar la palabra servidumbre, como algunos lo enseñan, sino porque esta palabra debía conservarse para el servicio que presta la cosa á las cosas, pues, desde que la persona interviene como interesada es un derecho que ella reclama, derecho que se une á la persona y desaparece con ella, y no debe llevar el carácter de una servidumbre. ¿Porqué no lo sería entonces la hipoteca, que presta el oficio de una fianza? ¿Porqué no la anticresis, que reemplaza al fiador y que con sus frutos paga el interés?

Los derechos reales de usufructo, uso y habitación, no son servidumbres en el sentido estricto que se debe dar á esta palabra, porque de admitirla deberíamos conceder, que el servicio prestado por una persona á otra es una servidumbre personal, y que así como hay servidumbre de cosa á cosa, lo hay de persona á persona, ó de persona á la cosa, ó de la cosa á la persona, como lo hacen algunos autores llevados por la lógica.

Nosotros conservamos estas dominaciones: la de obligación, para el servicio de persona á persona; la de derechos reales, para el servicio de la cosa á la persona, y la de servidumbres para el servicio de la cosa á la cosa.

§ 779.—Del usufructo y cómo se divide

El usufructo es un derecho personal, porque la persona recibe el beneficio y está destinado á desaparecer con ella, pero es un derecho real en cuanto grava la cosa haciéndola responsable del servicio, sin consideración á la persona que lo ha constituído, y por eso se define diciendo: *el usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece á otro,*

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

con tal de que no altere su substancia (**art. 2807**); pero como la definición debe contener todos los elementos esenciales de la cosa definida, le falta á ésta el carácter temporario y la extensión del

---

(**Art. 2807.**) Se llama derecho real porque no hay relación con la persona sino con la cosa; en una palabra, no hay deudor. Si los autores le llaman servidumbre *personal,* es en el sentido de que la cosa proporciona un provecho á la persona, pues el usufructo no es una servidumbre, como el mismo Dr. Velez-Sarsfield lo enseña en la nota al art. 2971, cuando expresa que los derechos de uso ó de usufructo, no son servidumbres, sino cargas impuestas á las heredades en favor de las personas. El nombre de servidumbres, á nuestro juicio, (dice) debía sólo darse á las servidumbres prediales, á las cargas existentes entre dos inmuebles, agregando en la nota siguiente que «en el derecho de uso ó el de usufructo no puede entrar la idea de servidumbre que impone siempre una relación, no entre un fundo y una persona, sino entre dos fundos».

En la facultad de usar y gozar de la cosa entra la de transmitir su derecho á otros, sujetándose el adquirente á las mismas condiciones de tiempo á que el usufructuario estuviere obligado; por consiguiente, sino hubiere término para el usufructo, éste terminará con la muerte del usufructuario, sin tener en consideración la existencia de aquel que lo substituyó.

Como el derecho de goce está limitado por el de no *alterar la substancia* de la cosa; es de suma importancia determinar lo que se entiende por esta palabra. La substancia en filosofía ó en física no tiene el mismo sentido que en derecho. Para nosotros, como dice Demolombe, la substancia es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma, ó cierto nombre; que adquieren bajo esta forma y bajo este nombre una especie de personificación.

Así, pues, la forma y el destino de la cosa vienen á constituir los elementos principales de la substancia. Cuando se ha dado en usufructo un bosque, se alteraría su substancia, si el usufructuario lo convirtiera en tierra de pan llevar, ó si se dió en usufructo una fonda ú hotel y lo convirtiera en casa de familia.

Los romanistas se han dividido en cuanto al sentido que debe darse á la palabra *substancia,* como lo hace notar Ortolan, pues, unos enseñan que deben considerarse como relativas á la duración del usufructo, traduciendo el *salva rerum substantia,* como el tiempo en que dure la substancia, mientras otros lo toman como relativas á los derechos del usufruc-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

derecho; así es que sería completa si se dijera: es el derecho real, temporario, de usar y gozar, como el mismo propietario, de una

---

tuario, y traducen *sin alterar la substancia*, forma que ha adoptado nuestro Código.

La cosa debe pertenecer á otro, porque no se puede tener usufructo sobre la propia; pero si fuese condómino con otro puedo tener el usufructo de lo que corresponde al condómino. — Comp. AUBRY y RAU, § 226. GOYENA, art. 435. DEMOLOMBE, X, nos 215 y sig. FREITAS, artículo 578. CHILE, art. 564.—Véanse arts. 2503, 2522 y 2808.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2807.—Cód. de Luisiana, art, 525.—El Cód. Francés, art. 578, define el usufructo: «Es el derecho de gozar de las cosas ajenas como el mismo propietario, pero con la carga de conservar la substancia de ellas.» Lo mismo el de Nápoles, art. 503.—Holandés. 803.—La ley Romana, *usufructus est jus alienis rebus utendi, fruendi salva rerum substancia.* L. 1, Tít. 1, Lib. 7. Dig. En la L. 20, Tít. 31, Part. 5ª, se comienza á tratar del usufructo, pero no se define.

Para los jurisconsultos, dice Demolombe, la substancia es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre: que adquieran bajo esa forma y bajo ese nombre una especie de personificación: que pertenezcan bajo ese nombre y bajo esa forma, á un género determinado que se designa por un substantivo característico, como una casa, un reloj; y que sean, en fin, bajo esa forma y bajo ese nombre, especialmente propias á llenar tal ó cual destino, á hacer tal ó cual servicio en el orden de las necesidades del hombre.

El *salva rerum substantia* de la Ley Romana expresa que el goce y uso de la cosa no debe traer el consumo inmediato de ella. Conservar la substancia de la cosa es una consecuencia necesaria del principio que separa el derecho de gozar, del derecho de disponer; y también expresa que la duración del usufructo está subordinada á la duración de lo que llamamos substancia de la cosa. Así, á diferencia de la propiedad, el usufructo extinguido con la destrucción de la cosa, no se conserva sobre sus restos. Pero debemos decir que la obligación de no alterar la substancia de la cosa sujeta al usufructo, sólo tiene lugar en el usufructo perfecto.

La definición del artículo determina la naturaleza del derecho de usufructo. Decimos que es un derecho real, porque el usufructo importa la enajenación de parte de la cosa, pues que es una desmembración de la propiedad; y aunque no sea una parte material del fundo, es sin embargo una porción del dominio, desde que el dominio cesa de ser pleno en el propietario, cuando la propiedad está separada del usufructo.

El dominio del fundo sometido al usufructo, pertenece bajo diversas relaciones tanto al usufructuario como al propietario. El usufructuario nada tiene en la propiedad; y por su parte el propietario nada tiene en el goce actual de ella, y no hay por lo tanto, una comunión en lo material de la cosa, *nulla enim communio est.* L. 6, Tít. 9. Lib. 27, Dig.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cosa cuya propiedad pertenece á otro, con tal que no se altere la substancia.

La substancia la forman todas aquellas condiciones que colocan

---

El usufructo es por su naturaleza una propiedad temporaria, porque si fuera perpetua, el derecho de propiedad no existiría. L. 3, Tít. 1, Lib. 7, Dig. Es también por su naturaleza una propiedad puramente personal, incomunicable, que no se puede ceder, é intransmisible por herencia, pues la facultad de usar y gozar de una cosa es esencialmente correlativa á la persona, facultad que se acaba con la persona, así es como en adelante se verá el usufructo limitado á un tiempo, por ejemplo de diez años, no se extiende hasta ese término si el usufructuario muere antes. La cesión que el usufructuario puede hacer á favor de un tercero sin el consentimiento de propietario, no importa sino el ejercicio del derecho, y no el derecho mismo inherente á su individualidad. El cedente será siempre el usufructuario titular, sometido á las mismas obligaciones que pesaban sobre él antes de la cesión.

El usufructo es un derecho real porque pone á la persona en relación directa ó inmediata con la cosa, sin el intermedio de un deudor, y debe considerarse como un inmueble particular, civilmente separado de la propiedad. Es propietario de su derecho de usufructo en la cosa, y tiene la posesión material y civil de ese derecho, sin embargo, es un tenedor precario de la cosa. En esto no hay contradicción alguna. Es preciso ver dos cosas muy distintas en un fundo gravado con el usufructo: el usufructo que pertenece al usufructuario, el cual para él llena todas las funciones de un inmueble particular, civilmente separado y distinto del fundo; y la nuda propiedad que queda en mano del propietario. Por medio de esta distinción se llega á conciliar fácilmente innumerables textos del Derecho Romano, que parecen declarar los unos que el usufructuario es un verdadero poseedor, y los otros que no es sino un simple tenedor del fundo. El usufructuario tiene sin duda la posesión corporal y de hecho de la cosa. Ejerce por sí actos de uso y goce, en tanto que este goce se aplica á su propio derecho; no es un tenedor precario; su posesión al contrario, que la tiene por sí y por derecho propio, tiene el carácter de una verdadera posesión civil.

Mas cuando se mira ese goce como aplicado de hecho á la propiedad, que queda en mano del propietario, cuando se le considera en relación al fundo para determinar sus efectos respecto al derecho de propiedad, su posesión no tiene los caracteres de una verdadera posesión civil, no posee *animo domini*, sabe y reconoce que la cosa es ajena. El usufructuario pues, bajo este punto de vista, lejos de ser un poseedor propiamente dicho, no es más que un tenedor precario que goza de la cosa por el propietario de ella.

Hemos querido decir algo sobre la naturaleza del usufructo que sirva á la resolución de un gran número de cuestiones que serán resueltas en este Título.

En el tomo primero de la grande obra de Proudhon, sobre el usufructo, el capítulo 3 titulado del *usufructo comparado*, contiene el estudio más importante de las diferencias del usufructo con otros actos jurídicos, con que muchas veces se les equivoca. Sobre lo mismo, Demolombe, tom. 10, desde el nº 228.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

á la cosa en una determinada especie, de modo que sin ellas dejaría de ser considerada como de esa especie, y tanto se puede referir á la esencia misma de la cosa, como al que de ella se hiciera y que la colocaran en una especie diferente.

Se conserva la substancia de un caballo ó de un carruaje, por ejemplo, no cambiándolos en su naturaleza intrínseca, y destinándolos al uso que se les ha dado; así, se cambiaría la substancia convirtiendo el carruaje en un vehículo para acarrear frutos, y el caballo de silla en uno de tiro, porque en ambos casos se ha sacado al objeto de la especie en que estaban colocados.

Hay dos especies de usufructo: usufructo perfecto, y usufructo imperfecto ó cuasi-usufructo. El usufructo perfecto es el de las cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la substancia de ellas, aunque puedan deteriorarse por el tiempo ó por el uso que se haga. El cuasi-usufructo es el de las cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, ó cambiase su substancia, como los granos, el dinero, etc. (**art. 2808**). En cuanto á los objetos que abraza, se divide en universal y particular.

(**Art. 2808.**) Nuestro artículo ha decidido las cuestiones suscitadas sobre lo que debía entenderse por cuasi-usufructo, al establecer que «son aquellas cosas que serían inúles al usufructuario si no las consumiese, ó cambiase su substancia», de modo que claramente se refiere á las esencialmente consumibles. Habría también cuasi-usufructo respecto de las cosas funjibles ó no funjibles, cuando se hubieran entregado para que se devolvieran otras de la misma especie y calidad; entrando el usufructuario á hacerlas suyas; pero si se hubiera determinado un valor á restituir, no sería cuasi-usufructo sino venta, para pagar el valor de las cosas al tiempo de la muerte.

Las cosas consumibles pueden ser objeto de un usufructo perfecto, como si se hubieren dado para servir de muestras, *ad pompam et ostentationem*, debiendo devolver las mismas cosas, lo que puede suceder tratándose de monedas raras, que se dieran á un cambista.

Las no consumibles pueden también ser objeto de un cuasi-usufructo, cuando se hubiera entregado la propiedad de ellas para devolver otras de la misma especie y calidad; como mi caballo ó mi carruaje.

En el cuasi-usufructo el propietario no conserva derecho sobre la cosa dada y sólo puede pedir la restitución de una cosa de la misma especie y calidad, ó si no pudiera entregarse, exigir un valor igual.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El usufructo es universal, cuando comprende una universalidad de bienes, ó una parte alicuota de la universalidad (**art. 2827** 1ª parte), como toda la herencia ó una cuarta, ó quinta parte, ó cualquiera parte alicuota de ella. No se debe confundir el usufructo universal con el de una colectividad de bienes, como el de una biblioteca, un rebaño etc.; ni tampoco al usufructuario de todos los bienes con el heredero de esos bienes.

El usufructo *es particular, cuando comprende uno ó muchos objetos ciertos y determinados* (**art. 2827** 2ª parte), aunque fue-

---

El cuasi-usufructo es una especie de mutuo ó préstamo de consumo con algunas diferencias: 1º que cuando no se ha determinado plazo, el cuasi-usufructo se reputa constituído durante la vida del usufructuario, mientras el mutuo se puede reclamar en seguida, pidiendo al juez que determine el plazo; 2º que en el cuasi-usufructo se debe la cosa de la misma especie y calidad, y sólo cuando no se puede entregar se paga su valor; en el mutuo se debe el valor de la cosa; 3º que el cuasi-usufructo se puede constituir por testamento y la propiedad de la cosa se adquiere por la muerte del testador, sin necesidad de tradición; en el mutuo no; 4º en el cuasi-usufructo no se pueden pactar intereses, y creo arbitrario considerar el precio señalado como un interés; mientras en el mutuo el interés es casi la regla; 5º en el cuasi-usufructo la fianza es la regla, aunque algunas veces no se diere; mientras en el mutuo no se da, salvo pacto en contrario; 6º en el cuasi-usufructo se requiere inventario, en el mutuo no.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 526. Zachariæ, § 306. Molitor, *Serv.*, nº 71. Maynz, § 214.

Este artículo fué corregido cambiando la palabra *determinarse* por la de *deteriorarse*.

(**Art. 2827.**) No se debe confundir el legatario universal que no existe por nuestro derecho con el usufructuario universal, que en cierto

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2808.—Cód. de Luisiana, art. 526. — Zachariæ, § 306.—Proudhon, nos 121 y 1010. Aunque el cuasi usufructo se aplica á las cosas de que no se puede hacer uso sin consumirlas, sin embargo el autor de la constitución del usufructo, ó las partes, pueden extenderlo á las cosas mismas que serían susceptibles del *usufrutus* propiamente dicho, porque según el caso puede parecer más conveniente considerarlas como cantidades. Esta intención aun no podría ser expresa, sino inducirse de las circunstancias; así es que la ley Romana considera los vestidos ya como objeto de un cuasi usufructo, ya al contrario como el objeto de un verdadero usufructo. Inst., *De usufruct.*, § 2.—L. 15, § 4, Dig., *De usufruct.*—Demante, *Cours analytique*, nº 426 bis, § 4.—Molitor, *Servidumbres personales*, nº 72.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ran todos los que comprendieran la herencia, porque no es la cantidad de bienes lo que le da el carácter de universal.

---

modo se puede considerar como un legatario particular con algunas obligaciones de heredero, pues debe pagar sin repetición alguna las pensiones alimenticias, las rentas, sueldos y réditos devengados, art. 2898, así como las deudas de la sucesión con derecho de repetirlas del heredero á la conclusión del usufructo, y en caso de negativa, el heredero puede elegir entre vender los bienes necesarios para pagarlos ó hacerlo él mismo cobrando los intereses al usufructuario, mientras dure el usufructo, art. 2900. Cuando el usufructo universal comprenda sólo una parte alícuota de los bienes, contribuye el usufructuario al pago de las deudas de la sucesión en proporción de su parte. Estas semejanzas con el heredero, han hecho que algunos lo consideren como tal, sin tener en cuenta que no puede serlo el que no recibe la propiedad de los bienes del testador. Cuando el art. 3717 dice, se reputan herederos aquellos á quienes se les deja la universalidad de los bienes, aunque la disposición se encuentre restringida á la nuda propiedad, expresa, que á pesar de tener solamente ésta, será considerado como heredero; pero no que los usufructuarios de todos los bienes serían igualmente herederos. La expresión de que se vale el artículo para aclarar la parte anterior, no puede tener el efecto de desnaturalizarla. El legatario de la universalidad de los bienes, aunque fuera de la nuda propiedad es considerado como heredero; este es el sentido del artículo.

¿Cómo el usufructuario universal puede ser heredero, cuando sólo recibe el uso y goce de los bienes por un tiempo indeterminado? ¿Acaso hereda bien alguno? Si está obligado como el heredero á pagar las deudas de la sucesión, es porque él tiene el goce de los bienes que no pueden venderse sino cuando él se niegue á cubrirlas, pues éstas disminuyendo la herencia disminuyen el usufructo.

Si el usufructo es de bienes determinados, el usufructuario no tiene las obligaciones del heredero. Cuando el testador dice: lego la nuda propiedad de todos mis bienes á B, y el usufructo á C; B, es el único heredero, aunque C, esté obligado por la naturaleza del legado á responder por las deudas y cargas de la sucesión, cobrando del heredero á la terminación del usufructo las que hubiere pagado; lo mismo sucedería si lega el usufructo á C, de la mitad ó de la tercera parte de todos sus bienes y la propiedad á B; C, contribuirá al pago de las deudas en la proporción de su parte cobrándola después. Si se legare á C, el usufructo de tales ó cuales bienes determinados, siendo los únicos que tu-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

En el usufructo perfecto se debe restituir la misma cosa recibida en el estado en que se encontrare, y siempre que no hubiere culpa en su deterioro no será responsable de él; es el uso y goce de la cosa el que se le ha concedido; mientras en el imperfecto, sea que se trate de cosas consumibles ó que no lo sean, si se devuelven cosas de la misma especie, se entiende que estas han pasado á ser propiedad del usufructuario, y hay una especie de mutuo, aunque con diferencias muy marcadas.

El usufructo imperfecto se comprende generalmente á las cosas consumibles, pero pueden ser objeto de un usufructo perfecto, así como las no consumibles pueden serlo de uno imperfecto.

Hay cosas que no se consumen por el primer uso, ó que su uso no consiste en gozar de ellas, y son dadas para enajenarlas y gozar de su valor, como los objetos generalmente conocidos bajo el nombre de mercaderías. Así, *el usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo* (cuasi-usufructo), *y el usufructuario puede enajenarlas* (**art. 2809**, 1ª parte), probando así que la primera parte no es exacta, y sólo comprende el *cuasi-usufructo,* pues la propiedad pertenece al usufructuario y puede enajenarlas; si fuera un usufructo perfecto habría tenido que conservarlas sin alterar su substancia. Y la misma ley se encarga de demostrar que la propiedad ha sido adquirida por el usufructuario, pues agrega: *los derechos respectivos se fijarán por el valor que se les hubiere dado, ó por el inventario que determine su calidad y cantidad* (**art. 2809**, 2ª parte), considerándose como una especie de venta á plazo,

---

viera el testador, el legado será considerado como particular, y no tendrá las obligaciones del heredero, y si para conservar el goce de las cosas legadas se viera obligado á pagar las deudas de la sucesión, porque los acreedores ejecutaran los bienes, podrá repetir contra el nudo propietario por el capital é intereses, art. 2899.—Comp. DEMOLOMBE, X, nº 258 y LAURENT, VI, nº 357. Véanse arts. 2869, 2898, 2925, 2940 y 3717.

(**Art. 2809.**) Para explicar este artículo es necesario ocurrir á dos hipótesis: 1º que el Código se ha referido á un cuasi-usufructo de mercaderías, existiendo sólo un error tipográfico, y en donde dice puro y simple usufructo, debió decir *puro y simple cuasi-usufructo;* 2º suponer que las palabras *usufructo de mercaderías,* importa la de un establecimiento comercial, como lo entienden algunos, lo que vendría á traer

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cuando debiera pagar su valor; pero como puede devolver mercaderías de igual precio, se considera como cuasi-usufructo.

El usufructo de una casa de comercio con sus mercaderías se clasifica como un usufructo perfecto, porque si bien el usufruc-

---

una alteración fundamental en el texto de la ley, cambiando su sentido por completo, cosa que no puede hacer el intérprete.

Me parece que la primera hipótesis satisface las reglas de una estricta interpretación. ¿Qué se entiende por puro y simple usufructo? Los Dres. Segovia y Llerena creen que se habla del usufructo perfecto del artículo anterior. En otras circunstancias y sin las palabras que preceden, habría creído como ellos; pero como se trata de *mercaderías* que se autorizan á enajenar, y de nada servirían al usufructuario si no las consumiese, no es de suponer que se refieran á un usufructo perfecto, es decir, á aquel en que se puede gozar de la cosa sin cambiar su substancia.

En mi opinión, las palabras puro y simple usufructo, deben aplicarse al cuasi-usufructo, en cuyo caso todo el artículo viene á quedar perfectamente armónico.

Así diríamos: el usufructo de mercaderías *es un puro y simple cuasi-usufructo,* y el usufructuario puede enajenarlas. En ese caso el usufructuario debe el valor fijado en el inventario, ó si no lo hubieran determinado, deberá las cosas según la calidad y cantidad. Si hubiera que hacer una corrección, la que proponemos estaría dentro de los límites que el intérprete puede indicar para armonizar las disposiciones del mismo Código.

Estudiando la 2ª hipótesis tomada de Aubry y Rau y demás autores franceses, en que la palabra *mercaderías* se refiere á *establecimientos* de *comercio*, tendríamos que admitir con ellos, que el usufructuario no viene á ser propietario de los objetos, lo que sería contrario al texto de nuestro artículo en su segunda parte, que hace al usufructuario deudor no de las cosas, sino de su valor, y estaría en contra de la autorizada opinión de Zachariæ, que aun en esa hipótesis coloca los establecimientos de comercio entre las cosas que se consumen por el uso, y que sólo son susceptibles de un cuasi-usufructo, lo que por mi parte no acepto sino con respecto á las mercaderías consideradas como tales, pero no con relación á la casa, su nombre y clientela, que deberá devolver tal como le fué entregada.

Nuestro Código no ha decidido la cuestión propuesta por los comentadores del Cód. Francés respecto al usufructo de una casa de comercio,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tuario puede enajenar las mercaderías que contiene la casa, debe devolverla con su clientela y la misma clase de negocio, aunque no con las mismas de mercaderías recibidas, sino con el valor de las que las hubieren reemplazado, según las necesidades de la plaza.

§ 780. — Derechos que confiere el usufructo perfecto y el imperfecto

Se dijo que en el usufructo perfecto el derecho del usufructuario se limitaba al goce de la cosa sin alterar su substancia, y por eso la ley establece que, *el usufructo perfecto no da al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas á este usufructo, y debe conservarlas para devolverlas al propietario, acabado el usufructo* (**art. 2810**), en el estado en que se encontraren, y si estuvieren

---

y me separo de la común opinión de los autores en cuanto creen que el usufructuario no es dueño de las mercaderías que contiene la casa, porque nuestro artículo dispone lo contrario; pero acepto la obligación en que está de renovar, no las mismas mercaderías, porque eso no sería mantener la casa en las mismas condiciones que la recibe, sino comprando aquellas que según las necesidades de la clientela y el cambio de gustos y de usos lo exigiere, sin desnaturalizar la clase de comercio. Así, si ha recibido en usufructo una ferretería, una tienda ó almacen, debe conservar el mismo negocio, aunque las mercaderías varíen según las necesidades. Algunos autores consideran al usufructuario como un administrador, lo que sería desnaturalizar sus funciones, desde que no debe cuenta de administración, pues, hace un negocio propio.

Creo como Proudhon que las mercaderías pasan á ser propiedad del usufructuario, y para él son los riesgos y peligros como las ganancias ó aumentos, y por nuestro Código se reputaría como una verdadera venta, porque sólo debe el valor de ellas; aunque con relación al establecimiento haya un usufructo perfecto, pues se debe devolver con la misma clase de negocio, el mismo nombre y clientela.—Comp. Laurent, VI, nº 417. Demolombe, X, nº 287. Aubry y Rau, § 236 texto y nota 6. Zachariæ, § 306 texto y nota 3. — Véanse arts. 2810, 2811, 2846 y 2871.

(**Art. 2810.**) El usufructuario tiene el derecho de uso y goce, y aunque puede cederlo, está sujeto en cuanto á su duración á la vida de éste.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

deterioradas por el uso, y sin su culpa, no estará obligado á dejarlas en buen estado, salvo las reparaciones necesarias para su conservación, de que hablaremos más adelante.

Cuando las cosas se entregan para que el usufructuario las haga suyas y devuelva otras de la misma especie y calidad, ó su valor una vez concluído el usufructo, hay una especie de préstamo, y *el cuasi-usufructo transfiere* (entonces) *al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas á este usufructo, y puede consumirlas, venderlas ó disponer de ellas como mejor le parezca* (**art. 2811**), como verdadero dueño. En este caso todos los peligros, así como las ganancias le corresponden, pues le fueron entregadas en el usufructo por contrato, y desde la muerte del testador en el constituído por testamento.

§ 781. — Cómo se constituye el usufructo

El usufructo se constituye:

Debe pagar todos los impuestos que graven la cosa y hacer las reparaciones para conservarla en buen estado. Como la cosa pertenece al nudo propietario y sólo está privado de su uso y goce temporalmente, los aumentos así como los peligros le corresponden, pues la cosa siempre perece para su dueño. — Comp. Cód. Luisinia, art. 527. Cód. de Chile, art. 764 y Demolombe, X, n° 218. — Véanse arts. 1881, 2807, 2809, 2945 y 2946.

(**Art. 2811.**) El usufructuario es dueño de las cosas con la obligación de restituir otras de la misma especie y calidad; pero si se les hubiere determinado precio de antemano y sólo se obligare á devolver su valor, sería en realidad una venta, como en el primer caso de la última parte del art. 2809; en caso contrario deberá las cosas de la misma calidad y en la misma cantidad.

El art. 2871, no obstante vuelve á repetir la última parte del 2809, confundiendo dos ideas completamente diversas. — Comp. Cód. Luisinia, art. 528, y Demolombe, X, n° 261.—Véanse arts. 2832 y 2871.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2811.—Cód. de Luisiana, art. 528. Puede decirse que esto es contrario á la naturaleza del usufructo, pero siendo cosas fungibles pueden ser reemplazadas las unas por las otras, en lo cual no hay perjuicio al propietario.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

1° *Por contrato oneroso ó gratuito* (**art. 2812**, n° 1);

2° *Por actos de última voluntad;* cuando se constituyere en testamento (**art. 2812**, n° 2);

3° *En los casos que la ley designa* (**art. 2812**, n° 3), cuando por una necesidad social se estableciera, como el usufructo de los padres en los bienes de sus hijos, el de los cónyuges en los bienes propios de uno de ellos; pero en este usufructo no hay una des-

---

(**Art. 2812** n° 1.) Por contrato oneroso; es decir, por sociedad, ó contratos análogos al de venta, permuta, transacción, etc., si es que el usufructo no ha sido el objeto del litigio; pues, si lo hubiera sido, el reconocimiento no sería un contrato de enajenación. Si fuera el resultado de una división, en que uno de los condóminos tomara la nuda propiedad y el otro el usufructo, no veo porque no sería un contrato oneroso, desde que el uno enajena la nuda propiedad y el otro el uso y goce de la cosa, aunque esto no parece estar conforme con el principio del art. 2695, que señala el efecto de la división como declarativa y no translativa de la propiedad; pero debo hacer notar que ese efecto se produciría con relación al nudo propietario, y de ninguna manera respecto del usufructuario que tiene el goce de la cosa en virtud de un contrato con el único y verdadero propietario. Esta interpretación se armoniza con aquel principio. — Comp. FREITAS, art. 4531, n° 1, que comprende los indicados menos el último.

Por contrato gratuito, es cuando se constituyese sin precio alguno por una liberalidad.—Comp. FREITAS, art. 4531, n° 2.

(**Art. 2812**, n° 2.) Es decir, por testamento, porque son los únicos que se reconocen como tales.—Comp. FREITAS, art. 4531, n° 3.—Véanse art. 3632.

(**Art. 2812**, n° 3.) Como el usufructo legal de los padres en los bienes de sus hijos. Este número fué corregido con arreglo al original de Freitas, art. 4531, n° 4 poniendo en *los casos,* en lugar de en *las cosas.* Este usufructo no es un fraccionamiento de la propiedad y no puede ser objeto de contrato.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2812. — L. 20, Tít. 31, Part. 3ª. — L. 3, Tít. 1, Lib. 7, Dig.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2812.—El usufructo sólo puede ser constituído por contrato en escritura pública ó por testamento—Jur. Civ., XVIII, 247, Ser. 5ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

membración de la propiedad, y por consiguiente no es susceptible de ser vendido ó hipotecado, y aunque puede ser embargado, á los padres dejándoles lo necesario para llenar las cargas reales á que está sujeto, arts. 291 y 292. Lo mismo se puede decir con relación á la dote de la mujer ó al capital que á ella le perteneciera, y cuyo usufructo corresponde á la comunidad conyugal.

Finalmente se constituye:

4° *Por prescripción* (**art. 2812**, n° 4), cuando no hubiere título, por la posesión del goce durante 30 años, y con título por la de 10 ó 20 años.

Estos son los únicos medios de constituirse el usufructo, y en realidad debíamos separar el de la ley, porque no existe verdadero fraccionamiento de la propiedad para reconocer como única fuente la voluntad del propietario, que aun existe en la prescripción, porque el abandono del goce es un acto voluntario en su esencia, aunque en su desenvolvimiento puede responder á otras necesidades. Así, cuando se dice, *el usufructo no puede ser separado de la propiedad sino por una disposición de la ley, ó por la voluntad del propietario* (**art. 2818**, 1ª parte), se debe entender que en el primer caso no hay una separación real que pueda ser objeto de contrato, y cuando se agrega que, *los jueces so pena de nulidad, no pueden constituir usufructo por ningún motivo en división y partición de bienes* (**art. 2818**, 2ª parte), se entiende

---

(**Art. 2812**, n° 4.) El usufructo se puede prescribir por la posesión del goce de la cosa sin título durante 30 años, reconociendo en otros la propiedad, pero sin la posesión no hay prescripción adquisitiva. El cuasi-usufructo no se puede adquirir por prescripción, porque en las cosas muebles la propiedad se adquiere irrevocablemente por el hecho de la posesión, con excepción de las robadas ó perdidas.—Comp. FREITAS, art. 4531, n° 5.

(**Art. 2818.**) Se ha prohibido á los jueces constituir de oficio el usufructo, y cuando lo hicieran contra el mandato de este artículo esa división no sería insanablemente nula, porque las partes podían consentirla expresa ó tacitamente. Es sólo en el caso de oposición de alguno de los condóminos que la decisión será nula, como lo enseñan todos los autores.—Comp. DEMOLOMBE, X, n° 232 y los citados al fin del n°. FREITAS, art. 4535.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que ellos no pueden crear el derecho por su sentencia, sino declararlo cuando exista; en caso contrario el constituído de esta manera se considerará como si no hubiera existido.

§ 782. — Del usufructo constituído por contrato

Se ha dicho que la única fuente de la desmembración de la propiedad era la voluntad del propietario que se manifestaba por el contrato, por el testamento ó por el abandono para que otro goce de la cosa.

Es establecido por contrato oneroso, cuando es el objeto directo de una venta, de un cambio, de una partición, de una transacción, etc., etc., ó cuando el vendedor enajena solamente la nuda propiedad de un fundo, reservándose su goce (**art. 2813**).

(**Art. 2813**). La palabra venta está reservada generalmente para la enajenación y traspaso de la propiedad; pero cuando se trata de los derechos fraccionarios, como las servidumbres, el usufructo, uso ó habitación, hipoteca, anticresis ó prenda se dice, no hay venta, sino la constitución de un derecho real. Con arreglo á estas ideas el artículo debería tomarse en su segunda parte en que el propietario vende la nuda propiedad reservándose el usufructo. En el cambio ó permuta sucede lo mismo que en la venta.

Puede constituirse por partición, cuando uno se ha atribuido la nuda

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2818.—Cód. Francés, art. 579.—Demante, *Cours analytique*, n° 418 bis. — Toullier, tom. 3, n° 391. — Duranton, tom. 4, n° 489. — Marcadé, sobre el art. 579, n° 2.—Demolombe, tom. 10, n° 232. — Por Derecho Romano el usufructo podía ser establecido por la autoridad del juez en las particiones judiciales, adjudicando el goce del fundo al uno, y la nuda propiedad al otro, cuando el cuerpo de la herencia no era susceptible de dividirse sin deteriorarse. L. 6, Tít. 1, Lib. 7, Dig. Sin duda una división de esa clase sería regular y válida si las partes interesadas, siendo capaces y mayores, consintiesen en ella expresa ó tácitamente.

Podría decirse en tal caso que el usufructo era constituido por convención entre las partes. Lo que importa el artículo es, que el juez no pueda de oficio, ó á solicitud de una de las partes ordenar una partición de esa clase, contra la voluntad de las otras. La igualdad es la base legítima de toda partición. Atribuir el usufructo al uno y la propiedad al otro, sería salir de esta base, porque el valor del usufructo no puede ser estimado sino según su duración, que precisamente es desconocida, pues acaba con la muerte del usufructuario, aunque esté constituído por un número determinado de años.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El propietario puede disponer de lo suyo tratándose de la totalidad de los derechos que encierra la propiedad, y con más razón puede desmembrarse ese haz de derechos, sino perjudica las leyes económicas ó el desenvolvimiento social; y por eso el legislador ha puesto un término á estas limitaciones que el propietario mismo se impone; no pueden ir más allá de la vida del que tiene el goce, como no puede dividir el espacio aéreo que en líneas perpendiculares á su terreno le corresponde, dando á unos el primer piso y á otros el 2° ó 3°.

La ley debe reconocer y consagrar este dominio casi absoluto del hombre sobre lo que ha adquirido por su esfuerzo, sino perturba el orden social ó las leyes que presiden á su desenvolvimiento y seguridad.

Por eso es dueño para ceder el goce de la cosa que le pertenece; así el usufructo *es establecido por contrato gratuito, cuando el donante no enajena sino la nuda propiedad de la cosa, reservándose su goce; ó cuando no da más que el usufructo, ó cuando cede á uno el derecho de propiedad, y á otro el de goce de la cosa* (**art. 2814**).

En el primer caso, la nuda propiedad ha pasado á aquel á quien se la ha transferido, y hay una verdadera donación cuando el traspaso ha sido gratuito; en el segundo cuando cede el goce y se conserva la propiedad aunque no hay una verdadera donación,

---

propiedad y el otro el usufructo, ó por transacción, cuando se da el usufructo de un bien propio, que no ha sido objeto del litigio. Demolombe, X, n° 238, sostiene la doctrina consagrada por nuestro Código enseñando, que el usufructo, como desmembración del derecho de propiedad, puede ser constituído por los mismos actos que esta, por la misma persona y bajo las mismas modalidades.

(**Art. 2814.**) No hay donación en el sentido del art. 1789, sino cuando se transfiere la propiedad de una cosa; pero como el presente artículo habla de contrato gratuito, y de la manera cómo se constituye el usufructo, no hay impropiedad en decir, queda constituído cuando se enajena gratuitamente el uso y goce reservándose la nuda propiedad. Demolombe l. c., n° 239 enseña, que el usufructo puede constituirse por título oneroso, como venta, cambio, transacción etc., ó por título gratuito, como donación entre vivos ó testamento.—Comp. FREITAS, art. 4532.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

existe un contrato gratuito, y lo mismo podemos decir del tercer caso, cuando se divide entre varios individuos el goce de la nuda propiedad.

Cuando el propietario ha enajenado la nuda propiedad reservándose el usufructo, se pudiera decir que no lo ha adquirido por contrato, pues sólo se ha reservado un derecho propio, pero no es exacto, sino en parte, porque la desmembración es el resultado de un contrato, y aunque el usufructo reservado era propio y como tal lo conserva, el contrato ha cambiado su derecho convirtiéndolo de perpetuo en temporario, de ilimitado en uno limitado al tiempo fijado en el contrato ó antes si ocurriese su fallecimiento.

En los contratos la intención de donar no se presume, es necesario que la voluntad se exprese claramente, y de ahí es que *en caso de duda se presume oneroso el usufructo constituído por contrato; y gratuito el que fuese constituído por disposición de última voluntad* (**art. 2819**); pero en ambos casos están sujetos á la interpretación reservada á los jueces.

El usufructo es un derecho real, y como tal no debe adquirirse sino como los demás de su especie; es decir por la tradición, sólo por una excepción y cediendo al principio que rige la transmisión de la propiedad en las sucesiones, se puede admitir que ésta se transfiera al heredero ó legatario por la muerte del propietario. Así, pues, siguiendo el principio consagrado para la transmisión de la propiedad, *el usufructo que se establece por contrato, sólo se adquiere como el dominio de las cosas por la tradición de ellas; y el establecido por testamento, por la muerte del testador* (**art. 2820**).

(**Art. 2819.**) Cuando se tratare de una donación, en los casos de duda deberá aplicarse el art. 1818. Se entiende que se han agotado en la investigación todos los elementos de prueba para llegar al conocimiento de la voluntad de las partes. La presunción es porque en los contratos hay casi siempre un interés en el que lo constituye, interés que debe suponerse mientras no se pruebe lo contrario; no sucede lo mismo en los testamentos, pues, la intención es de beneficiar. — Comp. FREITAS, art. 4609.

(**Art. 2820.**) El usufructo no se adquiere sino mediante la tradición; y esto importa decir, mientras la cosa no haya pasado á poder del usu-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

En el primer caso sólo hay un contrato que da derecho para exigir su cumplimiento, y mientras no se haya demandado, el nudo propietario no está constituído en mora y hace suyos los frutos percibidos, como en las demás obligaciones; en el segundo

---

fructuario ó de su mandante el derecho real no será adquirido, lo que sucede generalmente con los derechos reales, menos con la hipoteca y las servidumbres.

Se ha suscitado la cuestión siguiente: ¿desde cuándo tiene el usufructuario derecho á los frutos de la cosa? El Dr. Segovia sostiene que sólo desde la tradición, pues mientras no haya adquirido el derecho real de usufructo no puede pretenderlos. El Dr. Llerena dice á su vez, tiene derecho á los frutos, desde el contrato, sin esperar á la tradición. Ambas opiniones me parecen demasiado absolutas. Siendo cierto que el derecho real de usufructo sólo se adquiere después de la tradición de la cosa, eso no importaría establecer la falta de derecho á los frutos, pues sería autorizar al que tiene la cosa para retenerla y hacerlos suyos. Es en virtud del contrato que puede pedir los frutos, como que forman parte de la cosa. No los reclama en virtud de un derecho real, sino de uno personal de entrega de la cosa con sus frutos, creo que se deben los frutos desde el momento de la demanda.

El usufructuario, á semejanza del comprador de una cosa, no tiene acción real en ella, sino un derecho de obligación y puede compeler al que debe entregarla á que lo haga con los frutos producidos por la cosa. Pero lo que sucede respecto del usufructo constituído por contrato no puede aplicarse al establecido por testamento en el legado de cosa determinada, art. 3766; porque el legatario adquiere la cosa por la muerte del testador, y los frutos le pertenecen desde ese momento, pues, ha entrado en posesión de la cosa en virtud de la ley. Demolombe, X, nº 253 dice: los frutos ó intereses no pertenecen al usufructuario, sino á partir de la demanda de entrega de la cosa, este autor sostiene la opinión contraria á la establecida por el art. 3766 respecto de los legados, no acordando los frutos sino desde la demanda del legado. Laurent, VI, nº 355, se pregunta. ¿Cuándo se abre el derecho del usufructuario en el usufructo puro y simple? Es necesario distinguir, si el título es entre vivos ó por causa de muerte. Cuando el usufructo es constituído por actos entre vivos, se aplica el principio general que rige las transmisiones de derechos reales: el usufructuario, comprador ó donatario adquiere su derecho desde el momento en que la donación ó venta está perfecta. Desde ese momento los frutos le pertenecen. Si la cosa gravada con el usu-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la muerte del testador produce el efecto de que el legatario ó heredero entren en el mismo momento á representar la persona del difunto, porque de otra manera la cosa permanecería sin dueño, y si la ley por necesidades de orden social exige en ciertos casos que el heredero ó legatario pidan la posesión de la cosa, es más bien para justificar su derecho ante la autoridad, no porque ella esté en posesión de los bienes, ni pueda darlos, desde que no se ha apoderado de ellos.

§ 783. — Del usufructo constituído por contrato. — Modalidades

El usufructo puede establecerse pura y simplemente, cuando se estipula que uno tomará la nuda propiedad y otro ú otros el

---

fructo no le es entregada, y si el propietario los percibe, él deberá cuenta de ellos al usufructuario, á menos que por una cláusula del contrato no se haya reservado el goce hasta la tradición.... El retardo en dar la caución no priva al usufructuario de los frutos á los que puede tener derecho. El usufructo se abre inmediatamente después de la perfección del contrato. No hay duda alguna sobre este punto.—Comp. Aubry y Rau, § 230, texto á la nota 5 y Duranton, IV, pág. 519, son de la misma opinión.

Por mi parte creo con Demolombe, que la constitución del usufructo por venta, donación ú otro contrato, no da más derecho que á demandar la cosa y los daños y perjuicios, y los frutos no se deben sino desde la demanda que constituye en mora al deudor. El art. 1833 es terminante. Mientras no se ha hecho tradición de la cosa, sólo hay una obligación personal, y el deudor no se constituye en mora sino por la interpelación, ó en los casos del art. 509; esto es de derecho común y no hay razón para alterarlo. La proposición de Laurent sería exacta, cuando habiéndose demandado la cosa, no se entregara por no haber dado fianza el usufructuario, en cuyo caso el nudo propietario podría reclamar los gastos que le ocasionan la tenencia de la cosa, y compensarlos con los frutos, y aun puede exigir se encargue á otro de la administración hasta que cumpla con las obligaciones impuestas por la ley.—Véase mi nota al art. 1409, al fin, y arts. 2853 y 2856.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2820. — L. 34, Tít. 9, Part. 6ª. — Proudhon, tom. 1, nos 383 y 394.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

uso ó goce de la cosa. En ese caso producirá su efecto haciendo adquirir los frutos desde la tradición de la cosa, ó interpelación judicial, si no se hubiere convenido expresamente que tendría derecho á los frutos desde la conclusión del contrato.

Teniendo presente, que cualquier condición que dejara incierto este derecho, traería como consecuencia inevitable la supresión de todo cuidado ó mejora en la propiedad que otro debería recibir, y el nudo propietario no haría aún las mejoras más necesarias, se ha dispuesto que, *el usufructo no pueda ser constituído bajo una condición suspensiva ó á plazo* (incierto) *suspensivo* (**art. 2829**, 1ª parte), que tenga por resultado dejar inseguro el derecho; pero aunque la condición resolutoria es también suspensiva en el sentido de que mantiene incierta la revocabilidad del derecho, como el usufructo existe y la incertidumbre se limita á la duración del derecho, no hay inconveniente alguno en constituirlo bajo esta condición.

En los contratos de usufructo es absolutamente prohibida la condición ó plazo suspensivo, y sólo se hace una excepción; así dice el **art. 2829**, 2ª parte: *á menos que siendo hecho por disposición de*

(**Art. 2829.**) Las condiciones que nuestro Código divide en suspensivas y resolutorias, y que algunos reputan sólo suspensivas, como lo he indicado en diversos lugares de esta obra, con la única diferencia de que en el 1er caso suspende la obligación, que no existe en realidad sino cuando la condición se cumple, aunque tenga efecto retroactivo por la necesidad de resguardar los derechos que sólo existían en potencia, si me es permitido expresarme así; pero en el 2º caso la condición también es suspensiva, pues el derecho adquirido está suspendido en su definitiva é irrevocable adquisición, que puede venir á destruir el cumplimiento de la condición. Aunque esta es la doctrina sostenida por notables escritores, debemos no obstante tomarla tal como el Código la trae, llamándolas suspensivas y resolutorias en los casos que se determinan. Asi, en el caso del artículo, sólo debemos aplicar la prohibición á la condición suspensiva ó al plazo suspensivo, admitiendo el usufructo constituído bajo condición resolutoria ó plazo resolutorio. ¿Porqué esta diferencia? Porque el legislador ha querido impedir que la propiedad se deteriorase ó dejase de mejorarse, lo que sucedería indudablemente, pues el propietario revocable nada querría hacer en ella en beneficio del que puede llegar á ser usufructuario. Bello, autor del Cód. Civil Chileno, en su explicación

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

última voluntad (en que) *la condición se cumpla ó el plazo se venza después del fallecimiento del testador;* entonces no impedirá que sea válido el usufructo, cuando el plazo ó condición se hubiere cum-

---

del art. 768 da esta razón, lo que induce á pensar que si el plazo suspendido ó la condición suspensiva se ha cumplido antes de la muerte del testador, el usufructo estaría bien constituído, considerándose como puro y simple, y por consiguiente se adquirirá á la muerte del testador. ¿Se podría sostener con visos de razón que el plazo vencido ó la condición cumplida antes de la muerte, no ha convertido el legado en puro y simple? Nada hay que detenga la entrega de la cosa al usufructuario, desde que la condición se cumplió; algunos piensan lo contrario, pues de otro modo dicen, se agregaría una nueva excepción; lo que no es exacto. ¿Para qué hacer excepción si habiéndose cumplido la condición ha quedado como un legado ordinario? Cuando se dice: lego á B, el usufructo de tal bien, si tal acontecimiento sucediere, y el acontecimiento tiene lugar antes de la muerte del testador ¿por qué se anularía el legado? Si el objeto de la prohibición es no dejar incierto el usufructo, y se le permite no obstante conservar esa incertidumbre, cuando la condición viene á cumplirse después de la muerte del testador, ¿por qué se le prohibiría lo llevara á efecto, cuando no hay incertidumbre? Pero se dirá, la excepción es sólo para cuando la condición ó plazo suspensivo se venza después de la muerte del testador, y sería contrariar los términos del artículo el aceptarla, cuando se hubiera vencido antes. Respondemos: en este caso la condición ó plazo ha desaparecido, y por eso el artículo no ha podido hablar de él.

Creo hay un error de doctrina en la última parte del artículo al decir, la disposición de última voluntad legando el usufructo bajo condición suspensiva es válida, cuando ésta se cumpliere *después* de la muerte del testador, pero ella debe obedecerse porque sus términos son claros, siempre que no contradiga lo dispuesto en los arts. 2824 y 2825. Así, cuando la condición suspensiva estableciera que el usufructo comenzaría á tener efecto después de la muerte del heredero, no sería válido, porque habría dos usufructos; sin embargo, cualquiera otra condición suspensiva que se cumpliera después de la muerte del testador lo sería, pues así lo dice expresamente el artículo, que no podemos cambiar al interpretarlo.

Cuando la condición se cumple después de la muerte del testador, el usufructo no se adquiere, como algunos creen, desde la muerte, porque eso sería enseñar lo contrario de lo establecido en el artículo; se ad-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

plido antes, pues vendría á quedar en la categoría de puro y simple.

Por lo demás, el usufructo constituído por contrato puede establecerse con cargas ó sin ellas; á partir de cierto día ó hasta cierto día; porque la ley sólo prohibe la condición ó plazo cuando dejare incierto el derecho mismo ó su existencia, y no la ejecución.

Como el usufructo transfiere uno de los derechos más importantes de la propiedad, como es el uso y goce de la cosa, necesitará constituirse por escritura pública, si se tratara de inmuebles. Cuando es constituído por contrato, *las condiciones requeridas para la validez de los títulos destinados á trasferir la propiedad, son igualmente necesarias para la validez de aquellos que tengan por objeto la constitución del usufructo. Exceptúase el usufructo*

---

quiere cuando la condición se cumple. No creo que si me han legado el usufructo de un bien para que me lo entreguen al año después de muerto el testador, el legado sea nulo, porque el plazo se refiere á la ejecución y no á la existencia del legado mismo, por eso es que su derecho se adquiere, mientras si fuera puesto á la existencia del legado, no lo transmitiría, si hubiera fallecido antes de cumplirse la condición. Esta interpretación se encuentra apoyada por los arts. 3771 y 3772 que permiten la condición suspensiva para los legados, entre los que puede encontrarse el de usufructo.

El usufructo no se puede establecer por contrato bajo condición ó plazo incierto suspensivo, pero sí por testamento; esa es la síntesis del artículo.

El plazo suspensivo, se entiende que debe ser *incierto*, como la condición, porque nada impediría establecer un plazo cierto, aunque el artículo no distingue. El plazo en este caso no es á la constitución del derecho, sino á su ejecución, y desde que el usufructo está constituído es irrevocable.

Cuando se haga una corrección más prolija del Código se debe cambiar el adverbio *después* por el de *antes* como lo trae el Cód. Chileno. Nuestro artículo ha sido tomado de Freitas art. 4557 que se refiere á *después* de la muerte, lo que me parece un error de doctrina.—Comp. DEMOLOMBE, X, nº 251. LAURENT, VI, nº 359.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2829. — Sobre la materia, véase Proudhon, desde el nº 406.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

constituído por la ley, el cual no tiene dependencia de ningún acto de adquisición (**art. 2830**).

§ 784. — Del usufructo constituído por testamento

Se dijo que la propiedad no podía desmembrarse sino por un acto consciente del propietario, porque el usufructo constituído

---

(**Art. 2830.**) El usufructo creado por contrato debe llenar las condiciones exigidas para éstos, es decir: 1°, consentimiento; 2°, capacidad para contratar; 3°, objeto del contrato.

La forma no es substancial, á no ser que la ley la exija, so pena de nulidad. El usufructo es un contrato consensual, que queda concluído para producir sus efectos, con sólo la voluntad de las partes; necesita la tradición para que el derecho real creado llegue á producir efecto, de tal modo, que si el nudo propietario vendiese á otro la cosa y éste la adquiriese de buena fe, no tendría efecto contra él. Cuando el usufructo ha sido materia de cuestión y se le reconoce, por una transacción, no habrá contrato, y aunque la ley exige que sea presentada á los jueces para su aprobación, pudiendo las partes separarse de ella antes de esa formalidad, no se puede decir que sea formal, sino en esos casos, no siéndolo en los demás.

El contrato de usufructo, como todos los demás, sólo obliga á las personas que han intervenido, y cuando se dice, los instrumentos públicos hacen plena fe contra terceros, es respecto de la verdad de los hechos pasados y que constan en el instrumento; pero no en el sentido de que el contrato sea inatacable; pues para ellos es un acto completamente extraño, que en nada les obliga.

El título, pues, para transferir el usufructo debe llenar las condiciones exigidas para la trasmisión de la propiedad; á no ser en el constituído por testamento, ó cuando sea el resultado de la ley, en que no se necesitará de la tradición, si la cosa está en su poder por cualquiera causa. Así, Freitas, art. 4541, dice: «se adquiere el usufructo legal por el hecho simplemente de que fuere un efecto necesario, sin dependencia de acto alguno de adquisición»; por ejemplo: el padre, por el hecho de serlo y por la minoría del hijo, adquiere el usufructo de los bienes de éste; así como la madre entra en el usufructo de los bienes de sus hijos por el hecho de la muerte de su marido; pero cuando fuere declarado incapaz necesita que se le haya encargado de la curatela. — Comp. Laurent, VI, n° 339 y sig. — Véanse arts. 2812, 2820, 2823 y 2992.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

por la ley no importaba una separación del goce y de la propiedad, era una manera de cumplir con ciertas obligaciones y llenar necesidades sociales. La ley no impone desmembraciones.

La manifestación de la voluntad del propietario para separar la propiedad sólo puede hacerse por contrato ó por testamento; del primero hemos tratado en los párrafos anteriores, nos ocuparemos ahora del segundo. Se considera que el usufructo *es establecido por testamento, cuando el testador lega solamente el goce de la cosa, reservando la nuda propiedad á su heredero, ó cuando lega á alguno la nuda propiedad y á otro el goce de la cosa, ó cuando no da expresamente al legatario sino la nuda propiedad* (**art. 2815**).

(**Art. 2815.**) La constitución del usufructo por testamento ha sido antiguamente y lo es al presente la manera más ordinaria de establecerse.

Nuestro Código ha separado en dos arts. el 4532 de Freitas, que encabezado por las palabras: constitúyese el usufructo por contrato ó por disposición de última voluntad, consigna los tres casos: 1° legando el usufructo á un tercero y reservando la nuda propiedad á su heredero; 2° legando á uno la nula propiedad y á otro el usufructo; 3° disponiendo la nuda propiedad en favor de un tercero y dejando el usufructo á su heredero.

Como la propiedad no puede desmembrarse sino por la voluntad del propietario, la primera regla de interpretación es que esa voluntad se encuentre claramente manifestada; 2° que cuando se legan los frutos de un fundo no hay legado de propiedad; 3° que en caso de duda sobre si es el usufructo ó la propiedad la legada, debe decidirse en favor de la propiedad, porque la desmembración debe ser expresa.

Proudhon *Usufructo*, II, n^os^ 495, 515 y 516 trae reglas de interpretación que nos parecen aceptables. Así, para que se entienda legado de usufructo es necesario que expresamente se separe la propiedad del usufructo. Cuando se legan las *posesiones* que se tienen en tal lugar, se entiende legada la propiedad, lo mismo cuando se lega un fundo para que disfrute de él ó para que tenga de que vivir; pero si dijere, para que lo disfrute *durante su vida*, se entendería usufructo. Cuando se lega el usufructo de un fundo y se acuerda al usufructuario la facultad de venderlo, eso no desnaturaliza el legado, tendría sólo que devolver el valor de lo vendido en vez de la cosa.

En caso de duda sobre si es legado de propiedad ó de usufructo, se

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El legado de usufructo se adquiere á la muerte del testador, pues desde ese momento el usufructuario se considera como representante del difunto, y si necesita la posesión judicial ó la del heredero para ejercer su derecho, eso no puede privarle de los frutos que le corresponden.

Como el legado puede hacerse subordinándolo á una condición suspensiva ó á un término incierto, y queda adquirido cuando la condición ó término se hubieren cumplido, art. 3771, es necesario distinguir, si la condición se ha impuesto á la existencia del legado ó sólo á su ejecución; pero esta distinción no tiene lugar respecto al legado de usufructo, porque en uno y otro caso se extingue por la muerte del legatario usufructuario, que no puede transmitir sus derechos á sus herederos, mientras los habría transmitido en cualquier otro caso, si la condición fuera impuesta sólo á su ejecución.

Cuando la condición impuesta por el testador se hubiere cumplido antes de su muerte, el usufructo se habría adquirido, como si hubiera sido constituído pura y simplemente, pero cuando se cumpliere después de la muerte del testador, sólo se adquiriría una vez que la condición ó plazo se cumpliera, sin que tenga efecto retroactivo en cuanto á los frutos, mas lo tendrá con relación á los gravámenes establecidos sobre la cosa, pues debe pasar al usufructuario libre de toda carga, si así se encontraba á la muerte del constituyente.

El usufructo establecido por testamento sólo se adquiere por la muerte del testador, art. 2820, si éste no hubiere puesto un plazo para su entrega, y si no fuere contrario al art. 2824, porque el usufructo debe terminar y consolidarse, uniéndose á la nuda propiedad, por la muerte del usufructuario, sin que por ninguna causa pueda extenderse más allá.

§ 785. — Del usufructo constituido por la ley

La ley no separa, ni desmembra la propiedad, y se limita en ciertos casos á conceder en determinados casos el uso y goce de la

---

entenderá lo primero, si ha dispensado el usufructuario de hacer inventario.—Véanse arts. 1801, 2661, 2812, nº 1, y 2819.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cosa á ciertas personas, como una compensación á las cargas que les impone, y por una necesidad de orden social. No hay en realidad una verdadera desmembración, son derechos personalísimos que no pueden servir de materia á los contratos. Así, *el usufructo legal es el establecido por la ley en los bienes de los hijos menores á favor de sus padres, en los términos dispuestos en el título «De la patria potestad» y también en los bienes sujetos á reserva por el cónyuge binubo, según los términos dispuestos en el artículo «Del matrimonio»* (**art. 2816**).

Los padres legítimos por el mero hecho de serlo, adquieren el usufructo de los bienes de sus hijos menores, usufructo que no puede ser embargado sino en la parte que sobrare para cumplir con las necesidades y deberes impuestos por la ley.

El cónyuge binubo sólo tiene el usufructo de los bienes heredados de los hijos del primer matrimonio, pero entonces hay una verdadera desmembración de la propiedad, que puede ser objeto de contrato. En efecto, mientras el cónyuge supérstite se conserva viudo, adquiere la propiedad de los bienes heredados de sus hijos, y puede disponer de ellos; pero una vez contraído un nuevo matrimonio, deja de ser propietario y toma el carácter de usufructuario; y vuelve á tomar la propiedad si enviudara sin tener hijos ó descendientes del segundo lecho. Mientras ha sido usufructuario ha podido arrendar el derecho á su goce, y tiene todas las obligaciones de los usufructuarios salvo la de afianzar.

(**Art. 2816.**) Si el usufructo se constituyere por la ley, en cuanto á su goce, se regirá por las mismas disposiciones del usufructo establecido por contrato ó testamento. Demolombe, l. c., nº 234 dice: «hay la costumbre de citar como derechos de usufructo, el goce que el marido tiene en los bienes dotales de la mujer»; pero entre nosotros no se puede admitir ni aun en hipótesis, porque los frutos que las cosas producen corresponden á la sociedad conyugal como gananciales, y el marido es el administrador de los bienes; por esa razón no tiene las obligaciones impuestas al usufructuario.—Comp. FREITAS, art. 4534, nos 2 y 3.—Véanse arts. 287, 290 á 2858 y 2862.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2816.—El padre, legatario del usufructo, no puede vender el inmueble legado á sus hijos en propiedad—Jur. Civ., XV, 17, Ser. 6ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 786. — Del usufructo constituído por prescripción

La prescripción es uno de los medios de adquirir, no sólo la propiedad, sino las fracciones en que puede dividirse; así se adquiere por este medio: el usufructo, el uso y las servidumbres aparentes y continuas.

Cuando se ha tenido sin título el goce ó uso de una cosa reconociendo en otro la propiedad de la misma, se puede adquirir ese goce por la posesión de treinta años.

La prescripción del uso debe tener todos los caracteres de la ordinaria; posesión tranquila, no interrumpida, pública y continua. No hay necesidad de buena fe para esta prescripción cuando es de treinta años; pero el que tenía el goce de la cosa por un título precario, como el depositario ó comodatario, no pueden prescribirla hasta no haber cambiado la causa de su posesión, sea por un acto emanado de un tercero ó del mismo poseedor con relación al propietario ó su representante.

Cuando el **art. 2817** dice: *el usufructo se adquiere por prescripción del goce de la cosa, según se dispone en el libro V* (IV) *para adquirir la propiedad de los bienes,* se refiere tanto á la prescripción con título, cuando se trata del propietario constituyente,

---

(**Art. 2817.**) El usufructuario puede prescribir el usufructo por diez ó veinte años, con título y buena fe; pero no puede transmitirlo á sus herederos, pues es un derecho que termina con su muerte; estos pueden comenzarlo á prescribir á su vez; sin embargo, no pueden alegar el título de su causante, porque no existe. La adquisición del usufructo por prescripción equivale á una constitución por contrato, y por consiguiente su duración estará sujeta á la vida del usufructuario. Cuando el usufructuario falleciere antes de adquirir el usufructo, los herederos no pueden aprovecharse del tiempo de la posesión para prescribirlo; porque siendo un derecho inherente al usufructuario, cualquier expectativa, como el derecho mismo, ha terminado por la muerte.—Comp. Freitas, art. 4531, n° 5.—Véanse arts. 3999 y 4015.

Este artículo fué corregido con arreglo á la indicación de la *Instituta*, poniendo en vez de tít. 4, lib. 4; pero la edición oficial dice: lib. 5, incurriendo en un nuevo error que debe corregirse á su vez.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

como á la que no lo necesita, y puede oponerse á cualquiera que fuere el propietario.

Si el que se dice propietario ha constituído el usufructo, y es vencido por el verdadero dueño, el usufructuario con título puede oponer al vencedor la prescripción de 10 y 20 años, cuando tuvo buena fe; pues, así como pudo oponerla respecto de la propiedad, puede hacerlo con relación á su goce. Se puede considerar como una excepción á este principio lo dispuesto respecto de las servidumbres, que sólo se adquieren por la posesión de 30 años.

§ 787. — Personas, condiciones y duración del usufructo

Para que haya usufructo es necesario que exista la persona en favor de la que se ha constituído; si es persona física debe estar concebida en el momento de su constitución; tratándose de establecerlo á título gratuito, si fuera el resultado de un contrato, en que el usufructuario figurase como una tercera persona beneficiada, puede hacerse depender el usufructo de la existencia de la persona, y entonces será condicional y no existirá si la persona no llegare á existir, y se habrá constituído si existiera aunque sea un momento, extinguiéndose con la muerte.

Cuando se tratare de una persona de existencia ideal, no podrá constituirse el usufructo en su favor si esa persona no existe, á menos de haberlo establecido expresamente para crear la persona jurídica y darle existencia.

El usufructo puede ser establecido conjunta y simultáneamente á favor de muchas personas (**art. 2821**, 1ª parte). Conjunta: es

---

(**Art. 2821.**) Conjunta y simultáneamente; es decir, en un solo y mismo acto, cuando se establece en favor de varias personas, sea designándoles partes ó sin determinarles, sin que haya el derecho de acrecer, á menos que el testador expresamente lo hubiere concedido; lo que viene á ser una excepción al principio general del art. 3812, respecto de los legados de usufructo. Lo mismo sucederá y con mayor razón, si el legado ha sido por partes ó separadamente. Los contratantes ó el testador pueden conceder el derecho de acrecer, que sólo tendrá lugar cuando los terceros beneficiados no pudieran ó no quisieran aceptar el usufructo. El testador puede imponer expresamente en el legado conjunto, hecho á

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

decir en favor de varias personas para que todos gocen del usufructo; la expresión *simultáneamente,* se refiere al mismo acto, en que todas pueden concurrir, pudiéndose hacer por actos separados con relación al mismo objeto. Cuando fuere establecido en favor de varias personas conjuntamente, todas ellas gozarán del usufructo, y á la muerte de cada una de ellas su parte se consolidará con la nuda propiedad, á menos de haberse establecido lo contrario. Si fueren varias personas las usufructuarias pueden serlo *por partes separadas ó indivisas* (**art. 2821**, 2ª parte), cuando fuesen por partes separadas, habrá tantos usufructos como partes, y la de cada usufructuario fallecido se consolidará con la nuda propiedad. Si la parte es indivisa, el nudo propietario entrará á reemplazar á cada usufructuario que falleciere.

El usufructo puede ser establecido bajo todas aquellas modalidades que admiten los contratos, *pura y simplemente; ó bajo condiciones, con cargos ó sin ellos, á partir de un cierto día, ó hasta una cierta época, y en fin con todas las modalidades á que el propietario de la cosa juzgue conveniente someterlo* (**art. 2821**, última parte), siempre que no sean contrarias á las disposiciones del art. 2829.

---

dos ó más individuos, que el sobreviviente ó sobrevivientes gocen de la totalidad del usufructo, art. 3818, y eso mismo puede estipularse por contrato; en ese caso hay verdadero derecho de acrecer.

Cuando el usufructo no está sujeto á término, ni á condición alguna, se dice que es constituido pura y simplemente, y entonces el derecho del usufructuario comienza desde el día del contrato; y si el propietario no entregase la cosa, puede hacerlo declarar moroso; y cuando es por testamento puede exigirla desde la muerte del testador.

Puede imponerse bajo condición; pero están prohibidas las suspensivas ó de plazos suspensivos, á menos de ser puestas en las disposiciones de última voluntad para tener efecto después de la muerte del testador, art. 2829; porque no se quiere inmovilizar la propiedad, lo que sucedería si el propietario estuviera en la incertidumbre de si el usufructo tendría ó no lugar, impidiéndole hacer mejoras y reparaciones ó transformaciones para que las viniera á gozar el usufructuario; pero se pueden imponer condiciones resolutorias, aunque en el fondo son igualmente suspensivas, pues como la cosa ha pasado á poder del usufructuario, no existe la incertidumbre sino con relación á la duración del usufructo.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El derecho de acrecer tiene lugar en las disposiciones testamentarias, cuando el heredero ó legatario no quiere ó no puede recoger la herencia ó legado; puede tener lugar igualmente, en el usufructo bajo la forma de que los sobrevivientes continuarán en el pleno goce de las cosas dejadas en usufructo, cuando el testador así le hubiera dispuesto expresamente, ó cuando en el contrato se hubiere estipulado esta forma. Pero se puede establecer como regla general, que *siendo dos ó más los usufructuarios, no habrá entre ellos el derecho de acrecer, á menos que en el instrumento constitutivo del usufructo se estipulare ó dispusiere expresamente lo contrario* (**art. 2823**).

Se dice con *cargos* ó *sin ellos*, é importa lo mismo que si fuera bajo contrato oneroso ó gratuito ó en las disposiciones testamentarias.

A partir de cierto día, lo que puede tener lugar en el usufructo establecido por contrato, y en el dejado en testamento, cuando el plazo es puesto á la ejecución, art. 3772.

Hasta cierta época, cuando se estipula la duración del usufructo, siempre que no sea el caso prohibido por el art. 2824. Cuando la época señalada ha venido á ser avanzada por la muerte del usufructuario, se considera como cumplida.

Cuando se hubiere constituido conjuntamente en favor de varias personas, á medida que fallecieren, se consolidará la parte de los fallecidos, con la nuda propiedad, de modo que con el último venga á extinguirse el usufructo; el nudo propietario substituiría á los fallecidos, hasta adquirir por completo la libertad del inmueble, á menos que el testador hubiera dispuesto lo contrario, art. 3818.—Comp. Cód. Francés, art. 580. Laurent, VI, nº 359. Demolombe, X, nos 250 y sigs. Freitas, art. 4552. Goyena, art. 437.—Véanse arts. 2820, 2824 y 2829.

(**Art. 2823.**) El derecho de acrecer tiene lugar cuando el legatario ó heredero no puede ó no quiere aceptar la herencia ó legado, de modo que cuando todos han aceptado no hay derecho de acrecer por la muerte de los legatarios ó herederos conjuntos, y transmiten sus derechos á sus herederos, á menos de ser inherentes á la persona, como en el usufructo, que es intransmisible, y se extingue con ella.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2821.—L. 20, Tit. 31, Part. 3ª. — L. 5, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Proudhon, tom. 1, desde el nº 403 hasta el 425.—Demolombe, tom. 10, nos 250 y siguientes.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

A pesar de que la ley permite que muchas personas gocen al mismo tiempo del usufructo de una cosa, y su goce por entero se vaya transmitiendo por el derecho de acrecer á las que sobrevivan, lo que produce el mismo efecto para el nudo propietario, que si cada una de ellas lo gozare sucesivamente hasta el fallecimiento de la última; sin embargo el **art. 2824** ha dicho: *el propietario*

¿Pueden los interesados establecer en el contrato el derecho de acrecer? No veo inconveniente alguno, así como el art. 3818 faculta al testador para declarar que la parte del legatario fallecido, la goce el sobreviviente en el legado conjunto de usufructo, esto mismo puede pactarse por contrato. Entonces hay el derecho de acrecer, que ha creado expresamente la convención. Se debe estar á lo estipulado, con excepción de los casos prohibidos por la ley, arts. 2824 y 2829.—FREITAS, art. 4676, l. 34, § 2, I, lib. 18, D. PROUDHON, XI, Cap. 13. *Usuf.*—Véanse arts. 2084, 2824, 2825 y 3818.

Cuando uno de los legatarios conjuntos no acepta el usufructo por su parte, acrece á los demás. El art. 3812 no deja la menor duda, á menos que el testador disponga lo contrario, ó se les haya asignado partes determinadas en la cosa legada, art. 3814.

(**Art. 2824.**) Lo que la ley ha querido es impedir que el usufructo quede separado de la propiedad un tiempo indefinido, constituyendo una especie de mayorazgo ó vinculación, y eso se expresa claramente en la primera parte del artículo, cuando prohibe que las personas sean llamadas sucesivamente á gozar del usufructo; sin embargo la última parte viene á restringir de una manera notable esa facultad, pues prohibe la transmisión aun á las personas existentes á la constitución del usufructo. La disposición se puede violar en parte, cuando el usufructo se constituye conjuntamente en favor de varias personas, acordando el derecho de las fallecidas á las sobrevivientes en vez de consolidarse con la nuda propiedad. La disposición debe aplicarse cuando se hubiere constituido el usufructo en favor de varias personas para gozarlo sucesivamente; de modo que quedaría extinguido por la muerte de la primera que lo gozare consolidándose con la propiedad. ¿Pero si el primero no aceptare, podría hacerlo el segundo? Creo que sí, y en los lega-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2823. — *Nec enim fas est*, dice la Ley Romana, *tristes casus expectare.* L. 34, § 2, Tít. 1, Lib. 18, Dig. Sobre el derecho de acrecer en el usufructo, véase Proudhon, tom. 2, todo el capítulo 13.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

no podrá constituir usufructo á favor de muchas personas llamadas á gozarlo sucesivamente las unas después de las otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constitución del usufructo. Esta última disposición desnaturaliza y deja sin importancia la del art. 2823.

Se ha dicho que el usufructo es un derecho tan personalísimo, que concluye siempre con la muerte de la persona, pero puede concluir antes, cuando hubiere llegado el término señalado para su duración, ó se hubiere cumplido la condición que resuelva el derecho.

Así es que, *el usufructo no puede ser constituído para durar*

---

dos es de toda evidencia; pero en los contratos se deducirá de los principios generales.

Puede ocurrir la duda cuando el testador por ignorancia legase la propiedad á uno, con cargo de pasarla á otro después de su muerte; en ese caso se tendrá el primero como legado de usufructo, y de propiedad al segundo, á menos que de los términos empleados resultase una voluntad contraria. Freitas, art. 4556, supone el caso en que se hubiera constituido en favor de dos ó más personas alternativa ó sucesivamente, y lo declara válido para el primero que lo hubiere gozado, consolidándose con la propiedad, una vez cumplido el término porque fué constituido, ó antes si el usufructuario falleciere.—Comp. Cód. de Chile, art. 769. Freitas, art. 4555, nº 2. Notas del Dr. Velez-Sarsfield á los arts. 1842, 2724 y 3732.—Contra Duranton, IV, nº 491. Demolombe, X, nº 247. Aubry y Rau, § 228, y Goyena, art. 437. — Véanse arts. 1842, 2823, 3725, 3730 á 3732.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2824. — Lo contrario sería prolongar casi indefinidamente la separación de la propiedad de la del usufructo, lo que juzgamos que en la República debe limitarse cuanto sea posible. Los jurisconsultos franceses, como Duranton, tom. 4, nº 491.—Demolombe, tom. 10, nos 247 y siguientes.—Aubry y Rau, § 228, enseñan que el usufructo puede constituirse llamando á gozar sucesivamente los unos después de los otros, y para que no se juzgue que en tal caso habría una verdadera substitución contraria á la naturaleza del usufructo, dicen que el usufructuario en segundo ó tercer lugar, deriva su derecho directamente del constituyente, y no por vía de sucesión del usufructuario primeramente llamado. Pero no se puede negar que hay en verdad una substitución real, aunque sea hecha al tiempo de constituirse el usufructo. El Cód. de Holanda es el único conforme con la doctrina de los autores citados, y Goyena en su proyecto, art. 437.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

después de la vida del usufructuario, ni á favor de una persona y sus herederos (**art. 2825**), y la cláusula que estableciere lo contrario quedaría nula, sin afectar la validez del contrato; de donde se deduce la consecuencia forzosa de que, *cuando no se ha fijado término para la duración del usufructo, se entiende que es por la vida del usufructuario* (**art. 2822**); pues no puede pasar de la persona.

El usufructo puede establecerse en favor de una persona de existencia ideal, y entonces se seguirán las reglas siguientes:

(**Art. 2825.**) El usufructo viene á ser un derecho inherente á la persona, que se extingue con ella. Las cláusulas en contrario no anularán el usufructo y sólo se tendrán por no escritas.

Esta es una disposición de orden público que los particulares no pueden alterar por sus convenciones. — Comp. FREITAS, art. 4555, nos 5 y 6.—Véanse arts. 498, 2822, 2824, 2920 y 2929.

(**Art. 2822.**) Si el usufructo fué constituido en favor de una persona jurídica ó de una sociedad civil ó comercial terminará á los 20 años ó antes si la sociedad viene á disolverse. El usufructo termina siempre por la muerte de la persona de existencia visible, ó por la disolución de la sociedad.—CÓD. DE CHILE, art. 770, § 2. FREITAS, art. 4561.—Véanse arts. 2825, 2920, 2921, 2972 y 3004.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2825.—El usufructo no es una cosa de pura convención: su naturaleza está fijada por la ley, por las consecuencias en el orden social del establecimiento de la propiedad en los bienes inmuebles, y porque consiste en la facultad especial concedida á alguno de gozar de las cosas de otro. Esta facultad debe ser esencialmente intransmisible por vía de herencia, pues que se refiere á hechos del hombre, y todo lo que tiene relación con los actos y los hechos de las personas, ó con el ejercicio de las facultades humanas, se extingue necesariamente con la muerte. El usufructo, pues, no puede ser hereditariamente transmisible por el efecto de la voluntad del hombre, porque eso sería imprimirle una calidad inconciliable con su naturaleza.

Por el Derecho Romano podía estipularse un derecho de usufructo tanto para sí como para sus herederos. L. 38, § 12, tít. 1, Lib. 45, estipulación que podría aprovechar no sólo á los herederos en el primer grado, sino á los herederos de los herederos, en todos los grados. Estas disposiciones se comprenden bajo el imperio de una legislación que no había limitado la duración del usufructo sino en el interés privado del nudo propietario; pero esas mismas leyes comprendían que alguna vez debía extinguirse el usufructo, *nec in universum inutiles essent proprietates,* Instituta, § 1, *De usufruct.*

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

1ª *El usufructo no puede ser establecido á favor de personas jurídicas, por más de veinte años* (**art. 2828**);

2ª Si antes de este término la persona jurídica dejara de existir, el usufructo terminará;

3ª Si el usufructo se ha constituído para crear la persona jurídica, el término de los veinte años deberá contarse desde que se estableció; porque es el máximum de la duración.

El usufructo establecido por contrato puede ser objeto de una

---

(**Art. 2828.**) La ley, por consideraciones económicas, no ha querido separar por largo tiempo el usufructo de la propiedad, y ha limitado el de las personas de existencia visible por la vida del usufructuario, aunque el tiempo estipulado no se hubiera aun cumplido, y como las personas jurídicas pueden tener una duración ilimitada, ha fijado el plazo de 20 años, ó antes si estas se hubiesen disuelto. Si el tiempo fijado fuera mayor, quedará reducido al determinado por la ley, sin que el exceso pueda anular el contrato, como se dijo en el art. 2613. Algunos creen que sería justo, en el usufructo por contrato, hacer al usufructuario una reducción en el precio por la disminución en el plazo convenido; pero como nadie puede prevalerse de la ignorancia de la ley para perjudicar á otro, se debe suponer que ambos la han convenido, y se han sujetado á ella. En mi opinión nada se deben.

La disposición de este artículo es de orden público y los particulares no pueden derogarla; pero nada impide que transcurridos los 20 años el nudo propietario pueda constituir el usufructo de nuevo, ó confirmar el acto nulo por lo que excede de los 20 años, estando de acuerdo con la teoría de que los actos nulos pueden confirmarse cualquiera que sea su nulidad.—Comp. FREITAS, art. 3555, nº 7 y AUBRY y RAU, § 228 texto y nota 4. Véanse arts. 2083, 2613, 2614, 2920, 2929 y 3004.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2828.—Según el Derecho Romano y el Español, el usufructo que hubiese sido legado á una municipalidad, ó á un establecimiento público, debía durar cien años, porque el período de un siglo es considerado en el Derecho como el término extremo de la vida humana. L. 26, Tít. 31, Part. 3ª. Pero esto era tomar la excepción por el fundamento de la regla general. Los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares.—Aubry y Rau, § 228, nota 4.—Demolombe, tom. 10, nº 244. — Marcadé, sobre el art. 617, nº 4. — En contra, Proudhon, nº 331. — Duranton, tom. 4, nº 663.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

alternativa, sea para elegir entre diversas cosas, sea para elegir el usufructo ó la propiedad; siguiendo este mismo principio, *el usufructo puede ser alternativamente legado, colocando el derecho del usufructo mismo en alternativa con otra cosa de la propiedad del testador* (**art. 2826**).

(**Art. 2826.**) El legado alternativo es puro y simple á menos que el título no agregue alguna condición, porque la elección no es ni una condición ni un plazo. Una vez hecha la elección por el legatario, cuando se le hubiera concedido la facultad en el testamento, podrá reivindicar la propiedad de la cosa legada, y si elegido el usufructo la cosa legada se hubiera enajenado por el heredero antes de la elección á un adquirente de buena fe, sólo tendrá derecho al importe de los frutos durante la vida del usufructuario, y en caso necesario podrá exigir una garantía por hipotecas ó en cualquier otra forma. Si el legatario falleciera antes de hacer la elección, sus herederos sólo podrán reclamar la cosa de que no hubiere dispuesto el heredero. La alternativa puede ser del usufructo de dos propiedades diferentes, y se extinguirá por la muerte del legatario.—Comp. LAURENT, VI, nº 361.—Véanse arts. 635, 637, 3756 á 3758.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2826.— Proudhon, tom. 1, nº 455. Si el testador, haciendo un legado semejante, ha acordado á su legatario el derecho de elegir entre dos objetos comprendidos en la disposición, la elección le pertenecería. Si no hubiese dispuesto nada á este respecto, la facultad de elegir corresponde al heredero, porque, en tesis general, en las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, y esta regla se aplica aún á las liberalidades testamentarias.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA CAPACIDAD PARA ESTABLECER EL USUFRUCTO Y DE LAS COSAS SOBRE QUE PUEDE ESTABLECERSE

§ 788. — De la capacidad para constituir usufructo y para adquirirlo

El usufructo es una desmembración de la propiedad y la más importante, porque el uso y goce de la cosa absorbe la principal utilidad que ella puede producir, así que, *no siendo fungible la cosa fructuaria, no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso, quien no la tenga para vender; ó por contrato gratuito, quien no la tenga para donar* (**art. 2831**), no porque se

---

(**Art. 2831.**) Siendo *no fungible* dice Freitas art. 4533, y así debe entenderse, pues queda mejor redactado. El usufructo se asemeja mucho al arrendamiento, que en la Capital de la República constituye un derecho real, cuando fuese por más de un año y se inscribiere en el registro de la propiedad; pero como el usufructo se constituye por tiempo indeterminado, de ahí es que requiere mayor capacidad. Habría sido preferible armonizar la duración del usufructo por tiempo, con el del arrendamiento limitándolo á 10 años para que no perjudique la transmisión de la propiedad; afortunadamente este contrato ha caído casi en desuso entre nosotros. Se toma como tipo la venta y la donación, pero habría sido preferible decir, no tendrá capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso, quien no la tuviere para enajenar la cosa por ese título, y lo mismo para el gratuito. Freitas trae un solo artículo y nuestro Código lo ha dividido en tres, perdiendo en claridad.

La mujer separada de bienes no puede constituir usufructo; pero sí, cuando está divorciada; el menor emancipado no podrá tampoco constituirlo sin autorización del juez.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

considere una verdadera donación, pues, en realidad no participa de los caracteres de estos contratos, sino porque son los contratos tipos de la enajenación.

Aunque el usufructo tenga algunos de los caracteres de la enajenación, le falta el principal que es la perpetuidad, por esa razón se parece más al arrendamiento, cuando se trata de inmuebles; al comodato cuando las cosas son muebles no fungibles, y al préstamo cuando son consumibles.

La fungibilidad depende de la intención de las partes y no de la naturaleza de la cosa, por eso se debe distinguir siempre la cosa fungible de la consumible; así me parece que no está bien expresada la idea cuando dice el **art. 2832**: *siendo fungible la cosa fructuaria, no tienen capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso ó gratuito los que no la tienen para prestar por mutuo*, pues hubiera sido más exacto decir, siendo consumible la cosa, etc.

Lo que no se puede ejecutar por contrato entre vivos por falta de capacidad, puede hacerse por testamento, por un privilegio especial que tiene su razón de ser. Así, el mayor de 18 años y menor de 22 no pueden constituir usufructo por contrato, y sin em-

---

El usufructo es una desmembración de la propiedad, pero no importa una enajenación de ella, y si se exige la capacidad de enajenar, es porque la constitución de derechos reales toca íntimamente la naturaleza de la propiedad, y puede conducir muchas veces á una necesaria enajenación.

(**Art. 2832.**) Dijimos en el art. 2241, que la fungibilidad ó no fungibilidad de una cosa provenía de la voluntad de las partes, mientras la calidad de consumible venía de la naturaleza misma; así, cuando se ha entregado una cosa como no fungible, se ha dado solamente su uso y debe devolverse la misma cosa. En este caso el usufructo es una especie de comodato por tiempo indeterminado. Aunque no hay una enajenación, pues se vuelve la misma cosa, la ley exige la facultad para prestar por mutuo. El menor emancipado no podrá constituir usufructo entregando sus cosas por contrato gratuito, podrá no obstante tomar en usufructo hasta el valor de 500 $ en que puede contraer deudas, art. 135, y constituirlo por contrato oneroso hasta la misma suma, en que puede hacer cesión, art. 1440.—Comp. FREITAS, art. 4533, § 2.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

bargo pueden hacerlo por testamento; esto es lo que la ley ha querido expresar al decir: *no tienen capacidad para constituir usufructo, para después de sus días, los que no la tengan para hacer testamento* (**art. 2833**).

Y se establece como una regla general que, *no puede trasmitir el usufructo por contrato oneroso ó gratuito, quien no pudiere constituirlo por cada uno de esos títulos* (**art. 2837**).

(**Art. 2833.**) Freitas, art. 4533, § 3, expresa con más corrección la idea, cuando dice: «no tienen capacidad para constituir usufructo por *disposición de última voluntad,* los que no la tengan para hacer testamento»; porque el menor emancipado por el matrimonio que no ha llegado á los 18 años no puede hacer testamento, y sin embargo está facultado para constituir usufructo en favor de su esposa, desde que puede disponer de sus bienes en donaciones para después de su fallecimiento, art. 1217, nº 4, siempre que siendo menor lo haga con la concurrencia de los que deben prestarle su consentimiento, art. 1222. Se debe entender que el artículo ha querido hablar del usufructo constituído como disposición de última voluntad.

(**Art. 2837.**) Este artículo se refiere á la cesión del usufructo de que habla el art. 2870; pero no comprende el arrendamiento de la cosa fructuaria, que lo puede hacer el menor emancipado siempre que no pase de tres años, y la mujer separada de bienes, arts. 135 y 1302. La cesión en nada altera los derechos del nudo propietario, pues, cualquiera que fuera el tiempo porque se constituyó el usufructo, si falleciera el usufructuario antes de cumplirse el plazo, el usufructo se consolida con la nuda propiedad. Del mismo modo, en nada le aprovechará al nudo propietario la muerte del cesionario, quien transmitirá sus derechos á sus herederos hasta la muerte del usufructuario ó cumplimiento del término, si este se vence antes del fallecimiento. Se puede ceder el mismo usufructo y en ese caso el derecho pasa tal como ha sido constituído; pero si cede su ejercicio, el adquirente sólo tendrá derecho á los frutos y emolumentos de la cosa, sin poder hacer uso de los demás derechos, que continuarán perteneciendo al usufructuario. Proudhon y otros sostienen que sólo se puede ceder su ejercicio; nuestro Código ha decidido lo contrario en el art. 2870. — Comp., FREITAS, art. 4545 y DEMOLOMBE, X, nos 361 y 362.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2833.—Sobre los tres artículos anteriores, véase Proudhon, desde el nº 301.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Habiéndose equiparado el usufructo á la enajenación, porque tiene alguno de sus caracteres, aunque más propio hubiera sido considerarlo como locación, comodato ó préstamo según las cosas de que se tratare, se ha debido establecer que, *no tiene capacidad para adquirir el usufructo de cosas muebles ó inmuebles por contrato oneroso, ó por disposición onerosa de última voluntad, los que no la tengan para comprar bienes de la misma especie* (**art. 2836**),

---

(**Art. 2836.**) El que vende la nuda propiedad de una cosa reservándose el usufructo no hace un doble contrato, como tampoco lo hace el que enajena el usufructo reservándose la nuda propiedad, pues tal manera de ver nos llevaría á considerar al vendedor del usufructo como comprador de la propiedad, lo que no se concibe. La propiedad se desmembra, he ahí todo; por eso hemos negado que el usufructo sea una verdadera enajenación, pues, esta no existe en la desmembración de la propiedad. La constitución de un derecho real no importa una venta en la verdadera acepción de la palabra.

Por lo demás, los padres pueden constituir usufructo por título oneroso en favor de sus hijos mayores, y no hay prohibición alguna para que no puedan venderles sus bienes, porque la disposición del artículo 3604 es peculiar á las enajenaciones en que se reservan el usufructo, ó lo hacen con carga de una renta vitalicia, que se suponen simuladas.

Sostener que el usufructo constituído por título oneroso se debe anular, porque no pudiendo conocerse su valor, no se le puede imputar al heredero como un adelanto á su legítima; es confundir los principios que rigen los contratos. No se trata de una adquisición por título gratuito, por consiguiente no hay adelanto á la legítima, y aun que lo fuera no se le debería anular, pues tendría derecho á la porción disponible, cuando no se cumpliera el contrato.

Cuando el usufructo se adquiere por disposición onerosa de última voluntad, como la carga impuesta puede importar una especie de precio, de ahí la necesidad de tener capacidad para comprar, aunque el usufructo no se compra en realidad. Freitas, art. 4544, agrega: «no tiene capacidad para adquirir el usufructo de cosas muebles ó inmuebles, constituído ó transmitido por contrato gratuito, quien no la tuviere para aceptar donaciones de la misma especie. En cuanto á la capacidad para adquirir el usufructo constituído por disposición gratuita de última voluntad, procede lo dispuesto en el artículo 3738». Por nuestro derecho se debe considerar lo mismo, aplicando lo dispuesto en los arts. 1808,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cuando en realidad solo hay una enajenación temporaria de uso y goce, que no privan de la propiedad.

§ 789. — De las cosas sobre que se puede constituir usufructo

El usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes, muebles ó inmuebles, corporales ó incorporales, que pueden ser vendidos ó donados (**art. 2838**, 1ª parte), con las únicas limitaciones establecidas para los contratos.

En cuanto al usufructo constituído por testamento se atenderá á las reglas siguientes:

1ª En general pueden ser objeto de usufructo, *todos los bienes que pueden ser dejados por disposición de última voluntad* (**art. 2838**, 2ª parte);

1809 y 3733 relativos á ese título.—Comp. Freitas, art. 4543.—Véanse arts. 1357 á 1362, 1807 á 1809, 2830 á 2832 y 3733.

(**Art. 2838.**) Cuando se dice, el usufructo puede establecerse sobre toda especie de bienes, se entiende que es sobre las cosas y derechos, pues la palabra bien comprende las cosas materiales y las inmateriales. *Cosas* en el sentido restringido del art. 2311 es todo objeto material susceptible de un valor pecuniario, habiéndose reservado la palabra *bien* en su acepción general, para comprender los objetos inmateriales (derechos) y las cosas materiales; pero la expresión de *bien* equivale á la de cosas corporales é incorporales, que se encuentran en todos los autores y se acepta en la terminología jurídica, y por eso habiéndose dicho que el usufructo podía ser establecido sobre toda especie de bienes, eran supérfluas las expresiones de corporales é incorporales, pues dicha palabra las comprendía. En cuanto á la discusión sostenida entre los Dres. Segovia y Llerena sobre si son los bienes los que se dividen en corporales é incorporales, ó son las cosas, la creo sin interés práctico aun bajo el punto de vista de la doctrina; sin embargo, en la terminología del derecho se habla de cosas corporales ó incorporales, de cosas materiales ó inmateriales, porque se toma la palabra cosa en su sentido lato, de todo lo que cae bajo nuestros sentidos ó de nuestra inteligencia,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2836 y 2837. — Proudhon, tom. 2, desde el nº 305.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

2ª *El objeto del usufructo puede ser de la misma especie de que pueden ser los legados, excepto únicamente los que en este título se prohiben* (**art. 2834**);

---

mientras sólo se usa de la palabra *bien*, cuando comprende los dos órdenes de ideas, sin que se diga bien corporal, porque para eso se da la palabra *cosa*, ni bien incorporal, porque la misma palabra *bien* lo encierra y comprende.

Los *bienes que no son cosas* (v. p. 292); es decir los derechos, no pueden ser objeto actual del usufructo, porque no se han convertido aún en cosas susceptibles de apropiación; pero si hubiere un instrumento que los representare, ese instrumento será el objeto *actual* del usufructo; y el objeto *futuro*, las cosas que vinieren en virtud de él. La negación de la última parte obscurece el pensamiento, como lo observamos en la nota 340 de la *Instituta;* porque nuestro artículo ha suprimido la expresión de Freitas art. 4548, al decir: «cuando no estuvieren representados por instrumentos, *el usufructo no tiene objeto actual*, y su objeto *futuro*, serán las cosas que vinieren á poder del usufructuario». Con esta agregación queda claro el artículo, pues, las dos hipótesis se explican.

Cuando no hay cosa sobre la que se ejerza el usufructo, corresponde únicamente al usufructuario un derecho personal, por el crédito ajeno, de que se reputará cesionario, dice Freitas, art. 4548, § 2.

Cuando el usufructo consistiere en un crédito en dinero, en que el objeto futuro es la cosa representada por éste, el usufructuario no sólo tiene derecho á cobrar los intereses del capital, sino á tomar éste, cuando el crédito se encontrase vencido y fuere exigible, como lo enseña Laurent, VI, nº 413. Si el usufructo consistiera en el crédito mismo, y no en las cosas que lo representan, ó en fondos públicos ó cédulas hipotecarias en que se paga el interés y la amortización, ó se sortean para pagarlas íntegras, podrá recibir el valor sorteado con consentimiento del nudo propietario, debiendo adquirir otras nuevas. La ganancia obtenida por el sorteo corresponderá al nudo propietario, así como la pérdida si valieran más, porque continúan siendo suyas.— Véanse art. 2905 y mi nota.— Comp. FREITAS, art. 581 DEMOLOMBE, X, nº 262.

(**Art. 2834.**) Freitas, art. 4552, de donde fué tomado el nuestro, dice con más propiedad: *en cuanto á su objeto y modos de constitución*, el usufructo puede ser de las mismas especies de que pueden ser los le-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2838. — Véase Cód. Francés, art. 581.— De Luisiana, 533.—Demolombe, tom. 10, nº 262.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

3ª *Las disposiciones del libro IV de este Código sobre lo que se comprende en cada una de las especies legadas* (de legados), *son en todo extensivas á cada una de las especies análogas de usufructo, no habiendo en este título disposiciones especiales en contrario* (**art. 2835**).

---

gados, etc.,» y así debemos entenderlo; por consiguiente, todo lo que puede ser legado podrá ser objeto del usufructo.

Cuando hubiere herederos forzosos, los bienes deben pasar á estos sin gravamen de ninguna especie, y por esa razón el usufructo constituído en testamento, se reducirá en todo caso á la entrega de la cantidad disponible, para que la goce el usufructuario durante su vida, si los herederos no prefiriesen ejecutar la disposición testamentaria; art. 3603.

Pero cuando se hubiere constituído por contrato tendrán que respetarlo tal como se encuentra, pues, debe considerarse como una deuda que no puede pagarse sino en esa forma.—Comp. LAURENT, VI, nos 329 á 331 y PROUDHON, I, nos 333 y sig. — Véanse arts. 2815, 2835, 2839 á 2842, 3603 y 3751.

(**Art. 2835.**) Lo que se dice en los legados respecto á las cosas que comprende el legado se debe aplicar al usufructo. Proudhon forma cuatro categorías de las cosas que comprende el legado de usufructo: 1º los acrecentamientos por obra de la naturaleza; 2º los por causas del destino del padre de familia; 3º los derechos incorporales que se deben considerar como formando parte de la cosa; 4º los derechos debidos como una consecuencia de la ejecución del usufructo.

En los primeros se comprende lo adquirido por accesión; es decir por aluvión, avulsión, edificación, plantación y adjunción. El segundo á todos los accesorios de la cosa, así como á aquellas que son puestas en el inmueble para su servicio, como si se legare el usufructo de un molino, se comprenden todas las cosas necesarias para su explotación que se encuentran en él. El tercero comprende las servidumbres establecidas en favor del inmueble. El cuarto el derecho de abrirse paso por las propiedades del nudo propietario, si la propiedad dada en usufructo se encontrase encerrada.

Cuando la propiedad se encontrara encerrada por otras. ¿Quién debe pagar la servidumbre de paso? Se debe distinguir: si la servidumbre se ha adquirido para que dure hasta que termine el usufructo, debe pagarla el usufructuario que goza únicamente de ella; pero si es constituída en favor de la heredad, contribuirán ambos con arreglo al art. 2896, porque el nudo propietario no debe enriquecerse á costa de otro.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

4ª *Los bienes que no son cosas sólo pueden ser objeto actual de usufructo, cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos. Cuando no estuvieren representados por instrumento* (el usufructo no tiene objeto actual y), *las cosas comprendidas en el crédito ó en el derecho, que viniesen á poder del usufructuario, serán su objeto futuro* (**art. 2838**, últ. parte).

No es necesario que el usufructo abrace ó comprenda toda la propiedad, pues como es una fracción puede adquirirse por partes indivisas; así, pues, *el usufructo puede establecerse por el condómino de un fundo poseído en común con otros, de su parte indivisa* (**art. 2843**), sujetándose en todo al resultado de la partición, de modo que su carácter condicional y aleatorio vendrá á desaparecer, si operada la división le correspondiese una parte determinada al constituyente, ó si realizada la licitación adquiriese la cosa; pero cesaría en caso contrario.

No es necesario que la cosa produzca frutos, y el **art. 2844**,

---

Freitas, art. 4553, de donde fué tomado el artículo, habla de una de las *especies de legado*, y sobre su validez, y no de *las especies legadas*. Hay indudablemente un error de copia que debe corregirse.

(**Art. 2838.**) Véase pág. 289.

(**Art. 2843.**) Se entiende que es la parte que tiene en condominio, y sujeto en todo al resultado de la división; si la cosa se vendiera, por que no fuera posible dividirla, y la comprase un extraño, el usufructo cesaría. Si hubiera constituido usufructo por el todo de la cosa común, y viniera á corresponderle en su totalidad por la división, la constitución sería válida. Cuando el usufructo cesara por no haber correspondido parte alguna al co-propietario constituyente en la división, éste no tendrá responsabilidad, á menos de haberse pactado lo contrario.—Véanse arts. 2677, 2680 y 2683.

(**Art. 2844.**) El usufructo no sólo tiene por objeto una utilidad pecuniaria, sino todo aquello que pueda satisfacer una necesidad de nuestro ser, sea material ó inmaterial de nuestro espíritu; así, por ejemplo, una galería de pinturas ó estátuas que proporcionan grandes goces, puede ser dada en usufructo, aunque no se pagare por entrar á ella. La palabra utilidad está tomada aquí en el sentido de un provecho pecunia-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2843—L. 5, tít. 1, lib. 7, Dig.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dice: *el usufructo puede constituirse sobre cosas de mero placer, como un lugar destinado á un paseo, estatuas ó cuadros, aunque no produzcan ninguna utilidad;* y aun *puede constituirse sobre un fundo absolutamente improductivo* (**art. 2845**).

§ 790. — De las cosas sobre las que no puede constituirse usufructo

El usufructo puede tener un objeto actual ó un objeto futuro. Cuando se trata de derechos, mientras las cosas que comprenden esos derechos no han venido á poder del usufructuario, no puede decirse que haya usufructo actual sino futuro; pero si esos derechos estuvieren representados por un título, entonces este será el objeto actual, y el objeto futuro las cosas que vendrán. En uno y otro caso se opera una especie de enajenación y se necesita tener facultad para hacerla.

Hay cosas sobre las cuales la ley ha prohibido la constitución del usufructo por razones más ó menos atendibles, así, *no puede establecerlo sobre los bienes dotales de la mujer, ni aun con asentimiento del marido y mujer* (**art. 2840**), aun cuando ambos sean

---

rio, porque hay utilidad y real para el individuo en ensanchar sus conocimientos ó en gozar con la contemplación de las obras de arte.—Comp. l. 13, § 4, tít. 1, lib. 7, Dig. Proudhon, I, nº 375.

(**Art. 2845.**) Como sobre un paseo, grutas, ó cosas semejantes, y tendrá todas las obligaciones del usufructuario contribuyendo á su conservación, aunque no le produzca utilidad pecuniaria. Si no hay utilidad alguna, y el usufructo es constituído por contrato, no creo se le pueda renunciar sin consentimiento del nudo propietario, perjudicándolo; pero cuando es establecido por testamento, puede hacerlo. Y la razón es obvia, en el primer caso, una de las partes no puede desligarse porque no tenga interés, pues, ese interés existe en el otro contratante.

(**Art. 2840.**) Esta es una limitación que no está justificada ante los principios del derecho moderno, y una incongruencia con el art. 3243

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2844.—L. 13, § 4, lib. 7, Dig.—L. 41, id. —Proudhon, tom. 1, nos 375 y siguientes.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2845.—Proudhon, lugar citado.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

mayores de edad, y la estipulación en contrario sería nula, pudiendo reclamarla cualquiera de los contratantes, porque no se trata de la capacidad personal, sino de la naturaleza de la cosa. Es una disposición de derecho excepcional.

El propietario fiduciario (ó con dominio revocable) *no puede establecer usufructo sobre los bienes gravados de substitución* (**art. 2841**), pues como sólo tiene el goce de la cosa hasta que el

---

que autoriza al marido á dar en anticresis los frutos del inmueble de la mujer.

La razón de la prohibición no es porque el marido tenga el usufructo de los bienes de la mujer, y que sería constituir un usufructo sobre otro usufructo, pues como se dijo en el art. 2816 los frutos de tales bienes pertenecen á la sociedad conyugal, art. 1272, y no al marido, que no se puede considerar jamás como usufructuario según nuestro Código. La única razón que á mi juicio puede explicar la prohibición, es que la mujer es considerada incapaz, y cuando su incapacidad cesara por la muerte del marido, el divorcio ó la separación de bienes, todos los contratos que se hubieren hecho sujetos á tiempo ó término incierto deberían concluir, de modo que reciba los bienes libres. Es por esta razón que los arrendamientos de los bienes de los menores llevan la condición de terminar á la mayor edad ó á la emancipación; habría sido conveniente autorizar el usufructo en esas condiciones; pero la prohibición es absoluta, y no podrá constituirse el usufructo ni con autorización judicial.

Considero necesaria la supresión del artículo ó su reforma, cuando se revise el Código.

(**Art. 2841.**) El presente artículo ha dado lugar á críticas y discusiones á consecuencia de las palabras, propietario fiduciario. El art. 2662 usa del término *dominio fiduciario*, para expresar el concedido á una persona sobre una cosa, pero subordinado á revocación, de modo que la cosa deba volver al verdadero propietario; en una palabra, una especie de usufructo.

El que posee este dominio, que en el fondo es sólo un usufructo, desde que la cosa debe volver necesariamente á otro, es el que no puede constituir usufructo. El error de los que han creído que no tiene valor práctico el artículo consiste en confundir el *dominio fiduciario*, que en nuestro Código tiene un sentido diferente del que le daba la antigua legislación española, con el *heredero fiduciario* que no se reconoce en nuestra legislación, desde que no admite otra substitución que la del art. 3724, para cuando el heredero no quiera ó no pueda aceptar la herencia.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dominio se revoque, sería dar en usufructo ese mismo goce. Del mismo modo, *no pueden ser objeto de usufructo, el propio usufructo, los derechos reales de uso y habitación, las servidumbres reales activas, separadas de los inmuebles á que fueren inherentes, la hipoteca, la anticresis, la prenda separada de los créditos garantidos con ella, y los créditos que fuesen intransmisibles* (**art. 2842**).

El presente artículo no habla de los herederos fiduciarios que no existen, sino de los propietarios que reconoce el art. 2662, cuyo dominio es revocable necesariamente. Si lo aplicamos al caso de los herederos, habría perfecta razón para la crítica, porque si la substitución fuera prohibida, art. 3730, el heredero sería el dueño de la cosa; si era permitida, art. 3724, el heredero que aceptó la herencia sería el dueño; en uno y otro caso podría constituirse usufructo sin dificultad alguna; pero no es del heredero de quien se habla, sino del propietario revocable.

No estoy conforme con los que creen que el usufructo constituído por el propietario fiduciario, sobre el bien sujeto á restitución, es válido para el constituyente, porque esto sería contrariar abiertamente la ley que lo prohibe con razón, pues se constituiría un usufructo sobre el mismo usufructo; pero sí, podría ceder su derecho, lo que casi importa en el fondo, lo mismo. Si el usufructo puede ser cedido, el dominio fiduciario que importa lo mismo, podrá serlo sin inconveniente, pues no hay prohibición alguna.

Indudablemente que el artículo quedaría más claro si se cambiaran estas últimas palabras: *gravadas de substitución*, por las de: *sujetos á restitución;* pero eso sería corregir la ley. Basta para el intérprete, que se pueda dar un sentido lógico á la ley y que tenga un objeto, ambas cosas deben buscarse, sin que sea permitido decir que no tiene aplicación ó es inútil. Eso sería sobreponerse al legislador, pues la ley jamás debe ser absurda, injusta ó sin aplicación.

Freitas art. 4550, nº 2, enseña la verdadera doctrina, cuando autoriza para constituir usufructo al que tuviere el dominio revocable ó fiduciario, pero ese usufructo será eventual hasta que el dominio se revoque. —Véanse arts. 2661, 2662, 3724, 3730 y 3732.

(**Art. 2842.**) Todos los autores franceses están en contra de nuestro artículo, y con razón á mi juicio, porque no hay repugnancia en que se constituya usufructo, pues importaría una cesión sujeta al fallecimiento del constituyente. La cesión puede hacerse bajo esa condición y llegaríamos al mismo resultado, habría un usufructo sobre el propio usufruc-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Como el usufructo es una enajenación parcial del derecho de propiedad, resulta que, *no puede establecerse sobre bienes del*

---

to. Freitas también lo admite en su art. 4549, nº 1, pues al rechazar el usufructo constituído por testamento, es porque no puede admitirse la nueva constitución, cuando acaba de extinguirse por la muerte del usufructuario.

Las servidumbres reales activas, se encuentran en diversa condición, porque la servidumbre es una calidad de la heredad sirviente, y una vez separada deja de existir; hay imposibilidad de que sirva para otro inmueble, pero pueden serlo dando el mismo inmueble en usufructo.

La hipoteca, prenda y anticresis separados de los créditos garantidos no pueden ser objeto del usufructo, porque siendo simples garantías no tienen existencia sin ellos; cuando los créditos se han pagado la garantía ha desaparecido; pero otra cosa sería si el crédito no se separase de la garantía, porque entonces el usufructo *actual* vendría á ser el instrumento del crédito, y el objeto *futuro*, las cosas comprendidas en el crédito. No es, pues, imposible el usufructo de la hipoteca y la anticresis, y por el contrario puede tener lugar, cuando no van separados del crédito, pues es el caso del art. 2838, por esa razón Freitas, art. 4549, de donde fué tomado el nuestro, declara, que no puede constituirse usufructo cuando los créditos están separados de la garantía; pero lo admite en caso contrario, art. 4550, nº 9, pues, entonces el usufructo viene á ser constituído sobre un crédito, y nadie puede negar que hay usufructo sobre un crédito. Los créditos intransmisibles son aquellos inherentes á la persona y que mueren con ella. Freitas, art. 4549, nºs 5 y 6, los divide en créditos *absolutamente* intransmisibles, y en intransmisibles por el *fallecimiento* del acreedor; los primeros son los que no se pueden transmitir en caso alguno, y los segundos pueden serlo durante la vida del acreedor, pero terminan con ella. — Comp. LAURENT, VI, nº 329 y DEMOLOMBE, X, nºs 261 y sig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2842.—Proudhon, tom. 1, nºs 370 y siguientes.—Demolombe, tom. 10, nº 261 bis.—Marcadé, sobre el art. 581, nº 3.—Pero este último autor añade: «Pues que el usufructo puede existir sobre toda clase de bienes, se puede establecer un usufructo sobre otro usufructo. Así podéis concederme el usufructo de un campo que tenéis en usufructo. En este caso, yo recogería en vuestro lugar todos los frutos del terreno, de modo que bajo esta relación el resultado sería el mismo que si me hubiéseis vendido ó cedido vuestro usufructo. Pero habría esta diferencia, que mi derecho sobre vuestro usufructo, no siendo más que un usufructo, se extingue necesariamente con mi muerte, la cual si sucediere antes que la vuestra, se os volvería el uso

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Estado ó de los Estados, ó de las Municipalidades, sin una ley especial que lo autorice (**art. 2839**), á este efecto.

(**Art. 2839.**) El usufructo no es una enajenación verdadera, como se dijo en el art. 2831, sino una desmembración de la propiedad por un término dado; pero como interesa á la naturaleza de la propiedad, que no tendría valor sin el goce, de ahí la necesidad de una ley que autorice al Estado para constituirlo, lo mismo sería para la constitución de cualquier otro derecho real. No es necesario que sea una ley especial para cada caso, pues puede darse una autorización general. En cuanto á las personas jurídicas de existencia posible, como la Iglesia Católica ó las de disidentes, etc., obrarán con arreglo á sus estatutos, y en los casos en que sólo puedan enajenar, no podrán hipotecar, ni constituir usufructo, ni ningún otro derecho real, art. 1883.

---

y goce de la cosa hasta que sucediere vuestro fallecimiento, mientras que si yo hubiera adquirido la propiedad de vuestro usufructo, mis herederos, después de mi muerte, habrían continuado gozando del campo hasta vuestro fallecimiento.» Más á renglon seguido, Marcadé demuestra lo extravagante que sería un usufructo que existiese sobre otro usufructo. Sin embargo, la L. 12, Tít. 31, Part. 3ª, pone el caso de la enajenación de una servidumbre sin la enajenación de la heredad.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO II

DE LAS OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO, ANTES DE ENTRAR EN EL USO Y GOCE DE LOS BIENES

§ 791. — De la obligación de hacer inventario

El usufructuario debe devolver las mismas cosas que recibió y en el estado en que se encontraban en el momento de la entrega, salvo aquellos deterioros que pudieran haber sufrido por el goce, y para que esta obligación pueda cumplirse, *el usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, debe hacer inventario de los muebles, y un estado de los inmuebles sujetos al usufructo, en presencia del propietario ó su representante. Si el propietario estuviese ausente, se le nombrará por el juez un representante para asistir al inventario* (**art. 2846**).

(**Art. 2846.**) La obligación de hacer inventario es una disposición de orden público, y si el nudo propietario renuncia puede pedirlo en cualquier tiempo. Y en el usufructo establecido por contrato, ¿podría renunciarse al inventario?

Taulier, tom. II, pág. 320, así lo sostiene; pero tal proposición no es aceptable por nuestro derecho. El Código no hace distinción alguna, y sí prohibe, y tiene por nula esta cláusula impuesta en testamento, no veo porque sería de mejor condición y se le permitiría al que hace un contrato; pero se puede pactar ó imponer que los gastos sean á cargo del nudo propietario.

Si el nudo propietario no estuviera presente en el lugar, se hará lo que indiquen las leyes de procedimiento para darle un representante que asista al inventario. Si el heredero hubiera hecho inventario judicial de todos los bienes, el usufructuario podrá recibir el bien aceptando ese inventario, pero contribuyendo proporcionalmente á los gastos.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El Código ha impuesto esta formalidad con los caracteres de las leyes de orden público, así no podrá renunciarse por contrato ni imponerse por testamento, y la contravención no afectará la validez del contrato ó del testamento y se tendrá por no puesta, considerándose como si no hubiese existido, de modo que, *aun cuando el testador hubiese dispensado al usufructuario la obligación de hacer inventario, y aunque hubiera dispuesto que si se le quisiese obligar á formarlo, el legado de usufructo se convertiría en legado de plena propiedad de la cosa, tales cláusulas se tendrán por no puestas, cualquiera que sea la clase de heredero* (**art. 2850**).

Si el nudo propietario ha sido debidamente citado y no concurre, el inventario debe hacerse no obstante, salvo el derecho de pedir á su costa un nuevo inventario. En el inventario puede hacerse la estimación, y si el usufructuario y nudo propietario la han aceptado, debe servir de base para el caso en que no pueda restituir la cosa; pero el Código no obliga á hacer la estimación.

Antes de hacer inventario, ¿tiene el usufructuario derecho á los frutos? Nuestro Código se decide por la afirmativa en esta cuestión que ha dividido á los juriconsultos franceses, pues el art. 600, Cód. Francés, dice: el usufructuario no puede entrar en posesión antes de hacer el inventario; mientras nuestro art. 2849 autoriza á entrar sin hacerlo; luego los frutos le corresponderán desde el fallecimiento del testador, ó desde la interpelación en caso de contrato.—Comp. LAURENT, VI, n° 492 á 496 y DEMOLOMBE, X, n^os 461 á 470.

(**Art. 2850.**) La ley ha defendido con una prohibición expresa la obligación de hacer inventario, decidiendo la cuestión suscitada con ocasión de las palabras de Cambaceres y de Treilhard en el Consejo de Estado al discutirse el art. 600 del Cód. Francés. Si el testador ha podido privar á sus herederos de la propiedad de la cosa y no ha usado de esa facultad, no puede usarla para obligarlos á violar una ley de orden público. La cláusula se tendrá por no puesta, y si hubiera impuesto una pena, ésta no tendrá efecto alguno, porque no puede incurrir en ella el que se resiste á violar la ley. Además, la pena es una obligación accesoria, y como la principal es nula, aquélla no puede existir.

No soy de la opinión de Proudhon, Laurent y otros, que la cláusula

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2846.—Cód. Francés, art. 600.—Italiano, 496. — Holandés, 829 y 830. — de Luisiana, 525. — Demolombe, tom. 10, n° 461. —Demante, n° 441 bis, §§ 1 y 2.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La obligación del inventario responde á hacer constar el número de las cosas recibidas, pues estaría en la mano del usufructuario el devolverlas ó no á su voluntad, si no hubiera constancia de lo recibido. El inventario debe hacerse en la forma determinada por el Código en los casos de ausencia ó de incapacidad de alguno de los interesados; pero habría sido mejor dejarlo á las leyes de procedimiento. Así es que, *siendo las partes mayores de edad y capaces de ejercer sus derechos, el inventario y el estado de los inmuebles pueden ser hecho en el instrumento privado* (**art. 2847**,

---

de no hacer inventario importa la carga de pagar el nudo propietario los gastos de éste, porque si es absolutamente nula, como lo afirman, no veo de donde puede nacer la obligación.

Si el testador hubiera eximido al usufructuario de la obligación de hacer constar el estado de las cosas que recibe, el heredero no puede obligarlo á que lo realice, pues se debe reputar haberlas recibido en buen estado, y así deberá devolverlas. El inventario bastará para determinar cuáles son los muebles que se encuentran inmovilizados por su destino, y que debe devolver como formando parte de éste; y no habrá necesidad de hacer constar el estado en que se encuentran, pues están comprendidas en el inmueble. El testador puede igualmente ordenar que el usufructuario devuelva la cosa en buen estado, y entonces no habrá necesidad de hacer constar el estado en que la recibe.—Contra LAURENT, VI, nº 499.

No se debe confundir el inventario destinado á hacer constar el número de cosas que el inmueble contiene, sean inmovilizadas por su destino, ó que pertenezcan al inmueble como tal, con el estado en que las cosas se encuentran; el inventario se hace para que el usufructuario no pueda sustraer los objetos pertenecientes al inmueble, mientras el estado en que las cosas se encuentran responde á la obligación de entregarlas como las ha recogido. — Comp. AUBRY y RAU, § 229, texto á la nota 11. DEMOLOMBE, X, nº 476. PROUDHON, II, nº 801. ZACHARIÆ, § 307, texto á la nota 9.—Véanse arts. 385, 2846 y 2849.

(**Art. 2847.**) Cuando el nudo propietario y el usufructuario son mayores de edad, pueden hacer el inventario privado, si saben firmar. Si

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2850.—Proudhon, tom. 2, nos 801 y siguientes. — Demolombe, tom. 10, nº 476. — Merlin, *Répert. verb. Usufruit*, § 2, nº 2.—Aubry y Rau, § 229,—En contra Zachariæ, respecto á la generalidad de herederos, § 307, nota 9.—Demante, nº 441 bis, § 5.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CORTE SUPREMA BIBLIOTECA CENTRAL

1ª parte), sea que se trate del usufructo constituído por contrato ó por testamento; *en caso contrario, el inventario debe ser hecho ante escribano público y dos testigos. En uno y otro caso, los gastos del inventario son á cargo del usufructuario* (**art. 2847**). *La falta de cumplimiento de la obligación anterior, no deja sin efecto los derechos del usufructuario, ni lo somete á la restitución de los frutos percibidos; pero causa la presunción de hallarse los bienes en buen estado cuando los recibió* (**art. 2848**); así, pues, *aunque el usufruc-*

---

en el inventario nada se dijere sobre el estado de los inmuebles, se entenderá que se encuentran en buen estado. Si el usufructuario utilizare el inventario judicial hecho por el heredero, deberá pagar la parte que le correspondiese. Las leyes de procedimiento dictadas por las provincias se aplicarán con preferencia, cuando estos derechos fueran objetos de un juicio; por ejemplo: si el usufructuario pidiere el inventario con asistencia del nudo propietario, y el juez lo mandare practicar, se hará con arreglo á las leyes de procedimientos.—Comp. AUBRY y RAU, § 229 y DEMOLOMBE, X, nº 465.

(**Art. 2848.**) ¿Cuál es el derecho del nudo propietario, cuando el usufructuario se niega á recibir la cosa por inventario? El Dr. Segovia dice, el de consignar la cosa con arreglo al art. 757, nº 1, mientras el Dr. Llerena, sostiene se debe aplicar el art. 2856; es decir, ponerlos en secuestro ó darlos en arrendamiento, ó conservarlos en su poder. El caso será muy raro, y casi imposible presenciar la demanda de un nudo propietario para que el usufructuario tome la cosa, como lo será el de un deudor persiguiendo á su acreedor para que le reciba el pago; pero si llegara á suceder, me inclino á la opinión que mejor consulta los intereses de ambos; deben ponerse los bienes en arrendamiento con autorización judicial. Por otra parte, el secuestro ó la consignación producen los mismos efectos tratándose de cosas.

Cuando el usufructuario ha entrado en posesión sin inventario, hará suyos los frutos percibidos, pero se presume que la cosa estaba en buen estado, salvo la prueba contraria. Ya hemos dicho que tiene derecho á los frutos desde la demanda, aunque no haya entrado en posesión de la cosa, y con más razón los hará suyos, cuando tomó posesión.

El inventario servirá de única prueba respecto al estado de los bienes; pero podrá ser atacado por falta de forma, ó por haber dolo, fraude,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2847. — Aubry y Rau, § 229. — Demolombe, tom. 10, nº 465.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tuario hubiese tomado posesión de los bienes sujetos al usufructo sin inventario y sin oposición del nudo propietario, en cualquier tiempo puede ser obligado á hacerlo (**art. 2849**).

Como el usufructo dejado por testamento se adquiere por la muerte del testador, cuando no se hubiere señalado plazo para su entrega, resultará que el usufructuario tendrá derecho á los frutos, aunque no hubiera recibido materialmente la cosa, y por esa razón los hace suyos, cuando hubiere entrado en posesión sin hacer inventario, ni dar fianza.

Cuando el usufructuario hubiera entrado en posesión de la cosa fructuaria contra la voluntad del nudo propietario, éste podrá hacérsela entregar por medio de una acción posesoria.

---

fuerza, etc. El nudo propietario puede oponerse á la entrega sin previo inventario, pero si ha sido objeto de interpelación no hará suyos los frutos. Cuando hubiere cuestión sobre el estado de las cosas dadas en usufructo, será resuelta según los instrumentos ó presunciones.—Comp. AUBRY y RAU, § 229, DEMOLOMBE, X, nº 470 y DURANTON, IV, nº 593. —Véanse arts. 1616, 2271, 2846 y 2847.

(**Art. 2849.**) El inventario es de orden público, así las partes no pueden suprimirlo, y si lo hicieren, cualquiera de ellas pueda obligar á la otra para que lo practique. Cuando el usufructuario hubiere entrado en posesión de la cosa sin consentimiento del propietario, éste puede hacerse restituir la cosa por una acción posesoria, ó pedir el secuestro; pero si hubiere pasado un año, no podrá deducir otra acción que la de obligarlo á hacer inventario. Y la razón es obvia, pasado el año el usufructuario tiene derecho de posesión y no puede ser molestado por la entrega de la cosa; esto tratándose de inmuebles, mas en los muebles conserva el derecho de hacerla secuestrar; pero en ningún caso será privado el usufructuario de los frutos. Si el nudo propietario hubiere renunciado á la facultad de pedir el inventario, sus herederos tienen derecho á exigirlo, pues, ni este ni aquellos pueden renunciar á una ley de orden público. — Comp. AUBRY y RAU, § 229, texto á la nota 8. DEMOLOMBE, X, nº 469. — Véanse arts. 2846, 2848, 2850 y 2852.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2848.—Aubry y Rau, § 229.—Duranton, tom. 4, nº 593.—Demolombe, tom. 10, nº 470.

Nota del Dr. Velez-Sasfield al art. 2849. — Demante, *Cours analytique*, nº 441, § 3.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Si por contrato hubiera sido autorizado á tomar la cosa sin previo inventario, en cualquier tiempo podrá demandarlo, y respecto de las cosas se juzgará que estaban en buen estado, siempre que no se hiciera constar lo contrario.

§ 792. — De la obligación de dar fianza

La obligación de afianzar impuesta al usufructuario no está en las mismas condiciones que la de hacer inventario; porque esta responde á un interes general y permanente, como el de no autorizar la mala fe, mientras aquella se limita á garantir la devolución de la cosa en el estado en que se recibió, garantía que puede renunciarse por contrato, ó de que puede eximir el testador.

Cuando nada se hubiere expresado en el contrato ó en el testamento, *el usufructuario, antes de entrar en el uso de la cosa sujeta al usufructo, debe dar fianza de que gozará de ella, y la conservará de conformidad á las leyes, y que llenará cumplidamente todas las obligaciones que le son impuestas por este Código ó por el título constitutivo del usufructo, y que devolverá la cosa acabado el usufructo. La fianza puede ser dispensada por la voluntad de los constituyentes del usufructo* (**art. 2851**).

(**Art. 2851.**) La fianza debe darse al nudo propietario, y si fueren varios, á cada uno de ellos; si el legado fuera condicional, como se ignora si llegara á ser dueño de la cosa, y puede serlo, la fianza se dará al heredero y al legatario á la vez, quedando subsistente en favor del que hubiere adquirido la nuda propiedad. El fiador del usufructuario responderá por la administración y goce de la cosa, así como por los deterioros, y comprenderá las deudas que hubiere contraído el usufructuario hacia el nudo propietario. No basta garantir la conservación de la cosa y su restitución, como lo expresa el art. 2908; porque lo primero se refiere al estado de las cosas, y lo segundo á su entrega, mientras por el presente artículo se le imponen obligaciones, no comprendidas allí, como por ejemplo, el pago de las contribuciones é impuestos que no se refieren á la conservación. Además, el título constitutivo del usufructo puede contener mayores obligaciones que las impuestas por la ley, y también no expresarlas, en cuyo caso es necesario que la ley las determine. En el cuasi-usufructo la fianza debe comprender el valor de las cosas.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Si en el contrato ó testamento nada se hubiera expresado sobre la fianza, es obligatorio prestarla á no ser en el caso de los padres respecto del usufructo de los bienes de sus hijos, en que rige la regla contraria.

Y si bien la obligación de dar fianza no se impone con los caracteres de la de hacer inventario, no obstante, *mientras el usufructuario no haya llenado la obligación impuesta por el artículo anterior, el propietario puede negarle la entrega de los objetos sujetos al usufructo; y si le hubiese dejado entrar en posesión de los bienes sin exigirle fianza, podrá, sin embargo, exigírsela en cualquier tiempo* (**art. 2852**). Cuando no pudiera ó no quisiera darla,

---

La fianza puede ser dispensada por contrato ó en el testamento, pero á pesar de esa dispensa, el usufructuario estaría obligado á darla en el caso del art. 2860. La dispensa de dar fianza es un testimonio de confianza de que sólo puede gozar el usufructuario, dice Demolombe; y cuando cediera su derecho á otro, el cesionario debería estar obligado á darla, citando en apoyo de su opinión un fallo de la Corte de Casación francesa, de 7 de Junio de 1853; pero no creo que por nuestro derecho se pueda imponer esa obligación, porque el mismo usufructuario sirve de fiador al cesionario, y sólo cuando se encontrase en alguno de los casos del art. 2860 podría exigirse fianza; pero aunque aquel cambiara de posición personal, no estaría obligado á darla. — Comp. GOYENA, art. 449, § 2. FREITAS, art. 4607, nº 3, y CÓD. FRANCÉS, art. 601. DEMOLOMBE, X, nºs 480 y 499. TROPLONG, al art. 2018, nº 196. — Véanse arts. 1998, 2852 y 2908.

(**Art. 2852.**) La negativa á entregar la cosa no puede tener por efecto el hacerle perder los frutos que ella produce desde la interpelación. Como el Dr. Segovia sostiene la opinión contraria en varias partes, me veo obligado á fundar la mía. Es un principio inconcuso, dice en su C. Civ. Anot., que los frutos pertenecen al dueño de la cosa y á veces forman un todo con ella»; pero yo digo: ese principio no puede aplicarse al usufructuario, de quien son los frutos; además, si los frutos le son debidos al acreedor desde la interpelación, no lo son en su calidad de dueño de la cosa, sino porque debe restituirla con los frutos en

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2851. — L. 20, Tít. 31, Part. 3ª. — L. 7, Tít. 18, Lib. 3, F. R.—L. 13, Tít. 1, Lib. 7, Dig.—Cód. Francés, art. 601. — Italiano, 497.—Napolitano, 526. — Demolombe, desde el nº 480. — Véase Demante, nº 442 bis, §§ 1 y 2.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

el nudo propietario podrá hacerle aplicar la disposición del art. 2856.

El usufructuario tiene derecho á los frutos que la cosa produzca, desde el contrato, si se hubiera estipulado expresamente que le corresponderían; de la interpelación judicial, cuando nada se estipuló, y desde la muerte del testador en el usufructo

---

virtud del cuasi-contrato de la demanda. Véase lo que dijimos en el art. 583. Y si el donante debe los frutos de la cosa donada desde la interpelación, art. 1833, con más razón los deberá el vendedor en el mismo caso, y cualquier enajenante en las mismas condiciones que el donante. ¿Por qué no los debería el nudo propietario que ha enajenado el usufructo? Y me coloco en el caso de contrato, que es el más favorable para la tesis contraria, porque en el usufructo constituido por testamento, el usufructuario adquiere el usufruto por la muerte del testador. Y el mismo autor lo reconoce en seguida, cuando dice: «si se trata de un título gratuito, el constituyente debe los frutos si es moroso..... Lo mismo el vendedor ó enajenante á título oneroso». ¿Cómo es que sostiene entonces, en la nota 2155, que «mientras no se haya adquirido el derecho real de usufructo, no se puede pretender derecho á los frutos»?

Y como el derecho real no se adquiere sino por la tradición en caso de contrato, art. 2820, resultaría que antes de la tradición no puede cobrar los frutos; lo que no es exacto en derecho.

Cuando el nudo propietario ha entregado la cosa sin exigir fianza, no se entiende haberla renunciado, á menos de pacto expreso. La fianza no es esencial desde que puede dispensarse, y habría sido más conforme á los principios del derecho común considerarla como renunciada, cuando el nudo propietario no la ha exigido al entregar la cosa.

Los frutos que produzca la cosa desde la interpelación hecha por el usufructuario le corresponden, y si continúa en poder del dueño, por no dar fianza, debe entregarlos, deduciendo las expensas hechas para recogerlos, si no ha tomado alguna de las medidas autorizadas por el art. 2856. El nudo propietario no podría retenerlos, por falta de fianza, porque ésta sólo alcanza á la cosa.—Comp. AUBRY y RAU, § 229, texto y notas 13 y 14. DEMOLOMBE, X, nos 483 y 484.—Véanse arts. 583, 1201, 1833, 2849, 2851 y 2853.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2852. — L. 13, Dig., *De usufruct.* — Demolombe, tom. 10, nos 483 y 484.—En contra Proudhon, tom. 2, n° 814.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

constituído por testamento, y por consiguiente, *la tardanza del usufructuario en dar la fianza, no le priva de sus derechos á los frutos, desde el momento en que ellos le son debidos* (**art. 2853**).

La fianza debe presentar la seguridad de responder del valor de los bienes muebles, y del importe de los deterioros que el usufructuario podría hacer en los inmuebles. No conviniendo las partes, el juez la fijará según la importancia de los bienes sujetos al usufructo (**art. 2855**).

La fianza debe ser personal, pero *el usufructuario puede reemplazarla por prendas, depósitos en los bancos públicos, pero*

(**Art. 2853.**) Los frutos son debidos al usufructuario desde la interpelación, á no ser en los casos del art. 509. No es, pues, exacto que cuando la tradición sea requerida, el usufructuario no tenga derecho á ellos, mientras la otra parte retenga la cosa en su poder; ni tampoco que se deban desde el momento del contrato, á menos que expresamente se hubiera pactado, ó fuere alguno de los casos del art. 509. La prueba de esta verdad es el presente artículo, pues el usufructuario sin tener la posesión de la cosa y sin poder tomarla, hace suyos los frutos. — Comp. AUBRY y RAU, § 229, texto á la nota 14, y CÓD. FRANCÉS, art. 604. FREITAS, art. 4575.

(**Art. 2855.**) La fianza, prenda ó depósito, cuando se trata de bienes muebles, debe ser por el valor de ellos, no porque el usufructuario los haga suyos, desde que siempre pertenecen al nudo propietario, sino porque es fácil que desaparezcan ó se enajenen, y como debe devolverlos se determina de antemano el valor de ellos. Cuando son inmuebles, deben estimarse por los deterioros que puedan sufrir, pero no se irá hasta suponer su completa destrucción, exigiéndole una fianza por el valor de los inmuebles. Serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán según los casos. Taulier, II, pág. 322, sostiene que la fianza debe darse por el valor de las casas, porque pueden perecer completamente; pero eso quedaría salvado con asegurarlas. — Comp. AUBRY y RAU, § 229, texto á la nota 17, y DEMOLOMBE, X, 502.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2853.—Cód. Francés, art. 604.—Italiano, 500.—Demante, nos 443 y 445.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2855. — Cód. de Luisiana, art. 552. — Proudhon, tom. 2, nº 819.—Marcadé, sobre los arts. 601 y siguientes. — Demolombe, tom. 10, nº 502.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

no por hipoteca (**art. 2854**), porque estando éstas sujetas á ser anuladas por la reivindicación posterior, ó por los deterioros que sufriera la cosa que no se encuentra en poder del acreedor, no presenta las seguridades de los depósitos.

Puede suceder que el usufructuario no quiera ó no pueda dar la fianza, y como la tardanza no le priva del derecho á los frutos, el nudo propietario puede obligarlo, y, *si el usufructuario no diere la fianza en el término que le señale el juez, los bienes inmuebles serán dados en arrendamiento, ó puestos en secuestro, bajo la garantía de un encargado de hacer las reparaciones y entregar el*

(**Art. 2854.**) El fiador puede ser reemplazado á voluntad del usufructuario, dando en su lugar, prendas ó depósitos en los bancos, habiendo decidido en parte la cuestión debatida entre los jurisconsultos franceses, que se han dividido en tres opiniones; los primeros negaban que se pudiera substituir al fiador, los segundos, que podía substituirse por una prenda ó depósito, pero no por hipoteca, y los terceros, que se podía aún aceptar la hipoteca. Nuestro artículo se ha decidido por los segundos, prohibiendo la substitución por la hipoteca, y como se trata de una prohibición, no podemos aceptarla en caso alguno, porque sería violar la ley haciéndole decir sí, donde dice no. Para interpretar la ley, el primer elemento son las palabras, y cuando ellas son claras no se las debe contrariar.

Si el Dr. Velez-Sarsfield, al dar las razones de la exclusión de la hipoteca dijo, que no la admitía por concluir á los 10 años, no sería suficiente para autorizarnos á admitirla, cuando el usufructo no pasare de ese término; pues la razón dada pudo no ser la única, además, no se busca la razón de la ley para hacerla cesar en su mandato, sino cuando se la quiere explicar en lo que tiene de dudoso. La hipoteca no debe, pues, admitirse, porque no presta la seguridad de la prenda, desde que la cosa puede deteriorarse ó desaparecer. Aubry y Rau, § 229, nota 16, de donde fué tomado nuestro artículo, dan otras razones para no admitirla.—Comp. DEMOLOMBE, X, nº 503.—Véanse arts. 1999 y 2000.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2854.— Marcadé, sobre el art. 603.— Demolombe, tom. 10, nº 505.—Aubry y Rau, § 229, nº 2.—En contra, Proudhon, tom. 2, nº 848.—La hipoteca estará sujeta por este Código á concluir en un número determinado de años.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

excedente de los alquileres ó arrendamientos al usufructuario (**art. 2856**, § 1), bajo las reglas siguientes:

1ª *Si el usufructo consiste en dinero, será colocado á interés, ó empleado en compra de rentas del Estado* (**art. 2856**, § 2);

La colocación á interés debe ser depositándolo en el Banco de la Nación Argentina, que ofrece una seguridad completa, pues el préstamo sobre hipoteca tiene sus peligros; pero si el nudo propietario y el usufructuario han consentido en el préstamo, los peligros de la pérdida deben ser á cargo de éste, á diferencia de cuando no hubiera intervenido en su colocación, en que la cosa no ha sido adquirida por él y la pérdida debe ser sufrida por el nudo propietario.

2ª Si el usufructo consistiera en *mercaderías, serán vendidas,*

(**Art. 2856**, § 1.) Todos los autores franceses están de acuerdo en sostener que la elección del arrendatario corresponde al usufructuario, pues es quien recibirá los alquileres; pero debe ser con consentimiento del nudo propietario, á quien le interesa se llenen todas las condiciones de solvencia, porque representa en cierto modo al fiador, y creo con Proudhon, que el nudo propietario puede exigir se haga de tal modo el arrendamiento, que se aseguren las reparaciones, el pago de impuestos y todas las cargas que tenga el usufructuario. Cuando se recurra al secuestro, las leyes de procedimiento determinarán las obligaciones del administrador, pero siempre deberá hacer las reparaciones necesarias y llenará las cargas del usufructuario. En cuanto á la elección, el juez la hará á propuesta de ambos interesados, y si no estuvieran conformes, determinará quien deba desempeñar el puesto.—Comp. AUBRY y RAU, § 229 texto á la nota 18. DEMOLOMBE, X, nº 507.

(**Art. 2856**, § 2.) En cuanto al dinero, deberá colocarse con preferencia en rentas del Estado, ó darse á interés con consentimiento del nudo propietario. ¿Quién debe responder de la pérdida en caso de insolvencia del que lo recibió en préstamo? Duranton sostiene que debe ser

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2856.—Cód. Francés, art. 602.—Italiano, 498.—Napolitano, 527.—De Luisiana, 557.—Demolombe, nos 506 y siguientes.—El Cód. de Holanda, art. 833, prefiere la administración por el propietario, dando fianza; si no la da, permite el arriendo ó el secuestro. Por el Derecho Romano, el usufructuario que pudiendo dar la fianza, no la daba, perdía los frutos hasta que la diese. — L. 13, Tit. 1, Lib. 7, Dig. — Véase Zachariæ, § 307, nota 14.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y se colocará su producto como el dinero (**art. 2856**, § 3), lo que demuestra la verdad de la interpretación dada al art. 2809, de que no habla del usufructo de las mercaderías que forman una casa de comercio;

3ª Si el usufructo consistiera *en muebles que se deterioran por el uso, el propietario puede exonerarse de tenerlos á disposición del usufructuario, y exigir que sean vendidos y se coloque el precio como el dinero* (**art. 2856**, § 4), pues como directamente interesado en la devolución de su valor, mejora de condición haciéndose acreedor de cantidad.

4ª Cuando el usufructuario no hubiere exigido la entrega de las cosas dadas en usufructo, ó si no pudiere tomarlas por no encontrar fianzas, y éstas no produjeren frutos, *el* (nudo) *propietario puede sin embargo conservar los objetos del usufructo, hasta que el usufructuario dé la fianza, sin estar obligado á pagar el interés por su valor estimativo* (**art. 2856**, § 5).

---

el usufructuario, porque en el usufructo de las cosas consumibles, éstas pasan á ser de propiedad del usufructuario; pero Aubry y Rau, así como Demolombe, enseñan lo contrario. Yo hago la distinción del texto: si el dinero se colocó á nombre del usufructuario con su consentimiento y el del nudo propietario, los riesgos son de aquél; si se hizo sin su consentimiento y sólo por autorización judicial, como en el caso del usufructuario que no ha dado fianza, ni ha entrado en posesión de la cosa, ni adquirido su propiedad, falla la regla y la cosa perece para su dueño, perdiéndola el nudo propietario. Este mutuo interés hace que en la colocación del dinero deban intervenir ambos, y no puede hacerse por uno solo contra la voluntad del otro.—Comp. DEMOLOMBE, X, nº 508.

(**Art. 2856**, § 3.) Cuando son mercaderías, se procederá como en los casos de dinero, pues deberán venderse particularmente, si el nudo propietario y usufructuario son personas capaces y están de acuerdo, ó en remate público en caso contrario. Una vez vendidas se procederá como en el párrafo anterior.—Véase AUBRY y RAU, l. c.

(**Art. 2856** § 4.) Si fueran bienes muebles que se deterioran por el uso, es facultativo para el nudo propietario conservarlos en su poder, sin pagar interés alguno, ó pedir se vendan colocándose el precio á interés como en los casos anteriores. El verbo *puede* empleado en el artículo, indica que no es un deber.—Véase AUBRY y RAU, l. c.

(**Art. 2856**, § 5.) Esta parte se encuentra en el original unida á la

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La obligación de dar fianza impuesta por el art. 2851, no se extiende á los muebles necesarios para su uso, de modo que, *si el usufructuario, aunque no haya dado la fianza, reclamare bajo caución juratoria la entrega de los muebles necesarios para su uso, el juez podrá acceder á su solicitud* (**art. 2857**), según las circunstancias del caso.

La fianza tiene por objeto asegurar no sólo los daños y perjuicios que el usufructuario puede ocasionar en las cosas sujetas al usufructo, sino también la devolución de ellas, así puede abrazar el importe total, según las circunstancias, y aunque estuviere dispensado de darla, puede ser obligado en los casos de los arts. 2860 y 2861.

§ 793. — De la dispensa de dar fianza

En tesis general los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos que estuvieren bajo su potestad, y aun en casos especiales, como por ejemplo, cuando no pudieran ejercerla por incapacidad sobreviniente, y en los del art. 10 de la ley de matrimo-

---

anterior y forma un todo con ella, y no puede ofrecer dudas de que habla de los muebles que se deterioran por el uso. Así, Aubry y Rau, § 229, letra *d*, agregan después del párrafo anterior: pero esta facultad no le priva el derecho de conservar esos objetos y el de retenerlos, hasta que el usufructuario no haya dado la fianza, sin estar obligado á pagar los intereses de su valor estimativo; y así debe entenderse por nuestro derecho.

(**Art. 2857.**) La ley no hace distinción, cualquiera que sea la situación del usufructuario, puede pedir se le entreguen bajo condición juratoria los muebles necesarios para su uso; pero como el juez no está obligado á mandarlos entregar, éste podrá no acceder á la solicitud si aquel no los necesitare, y si bien es cierto que generalmente ordenará la entrega sin prueba alguna, también lo es que puede resolver lo contrario, si demostrase que no le son necesarios.—Comp. Goyena, art. 451. Demolombe, X, nº 514.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2857. — Cód Francés, art. 603. — Italiano, 499.—Holandés, 834.—Napolitano, 528.—De Luisiana, 557.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nio civil, cuando los sordo-mudos continuaren sin poder darse á entender por escrito. Lo tienen igualmente, cuando fuesen privados de la administración.

El usufructo legal de los padres, no es una verdadera desmembración de la propiedad, y no puede ser objeto de un contrato, ha sido creado en vista de un orden superior que se relaciona con la organización de la familia y con los deberes y derechos que ella impone y confiere, así es que, *están dispensados de dar fianza los padres, por el usufructo de los bienes de sus hijos; pero esta dispensa no se aplica al usufructo constituído por convención ó testamento de tercera persona á beneficio de los padres sobre los bienes de sus hijos* (**art. 2858**), de modo que deberán darla cuando por

---

(**Art. 2858.**) La hipótesis de la segunda parte del artículo es para los casos en que el usufructo se haya dejado al hijo por testamento ó por contrato, sin que puedan tomarlo los padres, lo que es permitido segun los arts. 289 y 293, ó como dicen Aubry y Rau, cuando el usufructo fué constituído por convención ó testamento en favor del padre ó de la madre, sobre los bienes de sus hijos; es decir, cuando los padres tienen el usufructo y los hijos la nuda propiedad, aquellos deben afianzar; pero no como algunos creen, que también deben hacerlo cuando se han dejado bienes en propiedad á los hijos, pues los padres tienen entonces el usufructo legal, y no deben dar fianza. En el primer caso propuesto, siendo los hijos usufructuarios y el padre el administrador, debe dar fianza por ellos, conservándoles el usufructo; en el segundo, el padre es el usufructuario, y el hijo bajo su potestad, el nudo propietario, y debe dar fianza como en los casos ordinarios, á menos que por el contrato ó el testamento estuviera eximido de darla; pero cuando los hijos son los propietarios, los padres tienen el usufructo y no dan fianza. En el artículo se trata del usufructo constituído en favor de los padres ó de los hijos, y no del usufructo legal que proviene de todos los bienes dejados á los hijos en propiedad.—Comp. AUBRY y RAU, § 229, texto á la nota 25, DEMOLOMBE, X, n° 488.

La palabra *convención* se explica, porque el usufructo puede resultar por contrato de terceros en favor de los hijos, ó por contratos del mismo padre con terceros en que á nombre propio adquiera para ellos el usufructo, sin que haya necesidad de suponer que contrata con sus hijos.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2858. — Proudhon, tom. 2, n° 828.—Demolombe, tom. 10, n° 488.—Aubry y Rau, § 229, n° 2, letra D.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

testamento se les hubiere legado el usufructo, y á los hijos la nuda propiedad, ó cuando por contrato así se hubiera establecido, ó cuando los hijos fueran los usufructuarios.

Cuando los padres tuvieran el usufructo por testamento ó contrato, habría una desmembración de la propiedad, y por consiguiente podrían disponer de él como de cualquier usufructuario.

Están también dispensados de dar fianza:

1° Los padres respecto del usufructo en los bienes de sus hijos bajo su potestad con la excepción del art. 2858, 2ª parte;

2° *El donante de bienes con la reserva del usufructo, y todos los que, enajenando una cosa á título oneroso, se hubiesen reservado el usufructo. Pero tampoco esta dispensa podrá extenderse al adquirente y donatario del usufructo de un bien, del cual el vendedor ó el donante se hubiesen reservado la propiedad* (**art. 2859**);

3° Cuando el usufructuario hubiere sido dispensado de la obligación de darla, y *si durante el usufructo sobreviene en la posición personal del usufructuario un cambio de tal naturaleza que ponga en peligro los derechos del nudo propietario, por ejemplo: si quebrase, éste puede reclamar una fianza si el usufructuario estu-*

(**Art. 2859.**) El artículo se aplica igualmente á los padres, cuando gozan del usufructo legal de los bienes de sus hijos, y cuando enajenaren la cosa reservándose el usufructo, porque es la nuda propiedad, la enajenada y el objeto del contrato. Cuando el artículo dice: á título *oneroso*, no es porque haya querido excluir la enajenación á título gratuito, pues con mayor razón se debe aplicar la regla, porque no se concibe que el donante haya querido imponerse cargas para gozar de lo suyo. En la segunda parte, nuestro artículo ha decidido justamente la controversia suscitada en derecho francés, sosteniendo unos que el comprador ó donatario del usufructo no debía dar fianza, sin fundar esta excepción que no se justifica. Pero si por el contrario se hubiere estipulado la dispensa de la fianza, así se ejecutará. — Comp. AUBRY y RAU, § 229, texto á la nota 22.

Se propone la cuestión siguiente: si el usufructuario que ha adquirido su derecho por prescripción ¿estará obligado á dar fianza? A mi juicio, no tiene tal obligación, porque si suponemos prescripto el usufructo, sin fianza alguna, no veo la razón para conceder una acción sobre un derecho prescripto; si bien el art. 2852 dice, puede exigirse la fianza en cualquier tiempo, es en el supuesto de que el derecho no esté prescripto.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

viere dispensado de darla. Lo mismo será cuando el usufructuario cometa abuso en el uso y goce de los bienes que tiene en usufructo, ó cuando dé lugar á justas sospechas de malversación (**art. 2860**);

4° Cuando el usufructuario fuese privado de la cosa, dice el **art. 2861**: *en el caso en que el inmueble sometido al usufructo, sea*

(**Art. 2860.**) Restableciendo el texto de Aubry y Rau debe decirse: el artículo es únicamente para cuando el usufructuarie hubiere sido dispensado de dar fianza, pues si la había dado, no se la podrá exigir.

El cambio de posición se entiende no sólo á causa de la disminución de los bienes, sino también con relación á su conducta, pues habría derecho para exigirle fianza, si hubiera sido condenado por ladrón ó estafador.

La quiebra se debe tomar como un mero ejemplo; el original agrega: *ó insolvencia,* y así debe considerarse. En cuanto á las sospechas de malversación serán cuestiones que los jueces resolverán, según los casos.—Comp. AUBRY y RAU, § 229, texto á las notas 29 y 30.

El cambio en la posición debe oponerse después de estar en posesión del usufructo; porque si nos colocamos en el momento mismo de la apertura ó de su adquisición, cualquiera que sea el estado del usufructuario, no habrá derecho para exigirle la fianza, pues la ley ó el título constitutivo lo eximen de darla.—Comp. DEMOLOMBE, X, n° 497.

(**Art. 2861.**) El artículo sólo exceptúa el caso de expropiación por causa de utilidad pública, por la naturaleza excepcional del hecho, que no ha podido entrar en las previsiones ordinarias del disponente ó de las partes; así, cualquier venta por condominio ú otra causa, no autorizaría al usufructuario á tomar el capital convirtiendo el usufructo en cuasi-usufructo, y sólo podría pedir que el dinero se colocara en rentas públicas, para gozar de su interés. Véase lo dicho en el art. 2936.

La dispensa de dar fianza equivale á una verdadera fianza. Aubry y Rau, § 229 al fin, de donde fué tomado el artículo, dicen: en caso de expropiación por causa de utilidad pública, los padres que tienen el usufructo legal de los bienes de sus hijos están dispensados de dar fianzas, y así debe entenderse, porque colocarán el dinero á interés en nombre de sus hijos, y no pueden disponer de él sino con autorización judicial. —Comp. DEMOLOMBE, X, n° 500.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2860.—Proudhon, tom. 2, nos 863 á 868. Zachariæ, § 307, nota 16.- Aubry y Rau, § 229, letra D.—Demolombe, tom. 10, nos 497 y 498.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

expropiado por causa de utilidad pública el usufructuario aunque sea solvente, y esté dispensado de dar fianzas, no puede recibir la indemnización de la expropiación sino con el cargo de dar por ella fianzas suficientes.

La expresión de: *esté dispensado de dar fianza,* se debe tomar como general y para cuando se le hubiera eximido de darla; pero no comprende el caso en que expresamente se le libertara, aun ocurrida la expropiación por causa de utilidad pública.

El artículo fué corregido en la palabra *posición* en vez de *posesión* que contenía.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2861. — Aubry y Rau, § 229 al fin. — La disposición de este artículo se explica por la consideración de que la expropiación por causa de utilidad pública, es un hecho que por lo general no entra en las previsiones de las partes, ó de los testadores, y que por ella el usufructo de una finca se convierte en el usufructo de su precio.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO III

DE LOS DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

§ 794. — Generalidades

Los derechos y las obligaciones del usufructuario son los mismos, sea que el usufructo venga de la ley, ó que haya sido establecido de otra manera, salvo las excepciones resultantes de la ley ó de la convención (**art. 2862**), porque en el primer caso, la ley determina el límite del derecho de los padres, y en el segundo la convención viene á ser la ley de los contratantes á la que deben someterse, si el acto no fuere prohibido.

El límite ó extensión del derecho puede imponerse en el testamento y regirá como en los contratos; pero en ningún caso se establecerá que el usufructo pase de la vida del usufructuario, ni podrá constituirse en favor de muchas personas para que lo gocen sucesivamente, ni que dure más de 20 años, cuando se estableció en favor de una persona jurídica.

(**Art. 2862.**) Cuando el usufructo proviene de la ley, los derechos y obligaciones del usufructuario se encuentran determinadas por ésta, pero como la convención puede alterarlo en todo lo que no se encuentra expresamente prohibido, de ahí la necesidad de consultar ante todo el título constitutivo del usufructo, cuando es el resultado de la convención ó del testamento. Así, el usufructuario puede estar autorizado á ejecutar cosas que por la ley no habría podido hacer; por ejemplo: á tomar sin fianza, el importe de la expropiación del inmueble, cuando se expropiare por causa de utilidad pública, ó podría autorizarlo á cortar árboles, etc. — Zachariæ, § 304, texto á la nota 4 y Demolombe, X, nº 268.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2862.—Zachariæ, § 304. — Demolombe, tom. 10, nos 264 y 265.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El usufructuario substituye al propietario en el goce de la cosa con la única limitación de conservar la substancia de ésta, y por consiguiente es dueño de los frutos y dispone de ellos como mejor le pareciere; así, *el usufructuario puede usar, percibir los frutos naturales, industriales ó civiles, y gozar de los objetos sobre que se establece el usufructo, como el propietario mismo* (**art. 2863**).

§ 795. — De los frutos naturales, industriales y civiles que corresponden al usufructuario

Los frutos son debidos al usufructuario desde la interpelación

---

(**Art. 2863.**) Nuestro artículo corrige con evidente ventaja por su propiedad en el lenguaje, el art. 582, del Cód. Francés, criticado por Demolombe, al acordar como lo hace, el uso, la percepción de los frutos y el goce de la cosa, comprende todo lo que el propietario puede obtener de ella. Los frutos de que tiene derecho á gozar son los producidos por la cosa según el destino dado por el propietario, pues no se le puede cambiar sin alterar en cierto modo la substancia misma de esta. Así, cuando se ha dado en usufructo una viña, no puede convertirla en terreno de labranza.

Los frutos los adquiere por percepción, y si están pendientes al concluirse el usufructo no puede exigirlos.

¿Desde cuándo tiene derecho á los frutos? Aubry y Rau, § 230, nº 2, sostienen que desde el contrato, pero he opinado en los arts. 2820 y 2852 que sólo se pueden pedir desde la interpelación, porque mientras el deudor no se ha constituido en mora, nada debe; á menos que ocurriese alguno de los casos del art. 509. El usufructuario singular no tiene derecho á los productos, pero sí cuando es universal, art. 2869. — Goyena, art. 438, y Aubry y Rau, l. c. — Véanse arts. 2329, 2424 y 2864.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2863. — LL. 20 y 23, Tít. 31, Part. 3ª. — L. 9, Tít. 1, Lib. 7, Dig. — Cód. Francés, art. 582. — Italiano, 479. — Napolitano, 507. — de Luisiana, 536. — Véase Marcadé sobre el art. 578. — El derecho del usufructuario es, sin duda, el derecho de gozar de los bienes como el propietario mismo: es decir, con las mismas prerrogativas y con las mismas cargas; pero únicamente en lo que concierne al uso ó á la percepción de los frutos, pues él no podría recoger los productos que no son frutos. Es preciso no tomar en un sentido absoluto la expresión *como el propietario mismo*. No podría convertir una viña en un campo de pastos, ni transformar el bosque en una tierra de labor. Sobre todo, está obligado á conservar la substancia ó condición de la cosa.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

judicial, cuando el usufructo fué constituído por contrato, á menos de haberse estipulado lo contrario; y desde la muerte del testador, en el constituído por testamento; pero es necesario hacer esta distinción: cuando los frutos están pendientes, y cuando se han recibido.

Los frutos están pendientes mientras no se hayan separado de la planta que los produce, pero si es la tierra misma la que ordinariamente los diere, es necesario que se separen de ella; y sólo se consideran percibidos cuando esa separación tiene lugar; así pues, *los frutos naturales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecen al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario, y si están vendidos, el precio corresponde también al propietario. Ni uno ni otro tienen que hacerse abono alguno por razón de labores, semillas ú otros gastos semejantes, salvo los derechos de los terceros que hubiesen empleado su trabajo ó su dinero en la producción de los frutos. Lo que se deba por esta razón debe ser satisfecho por el que perciba los frutos* (**art. 2864**).

(**Art. 2864.**) El Cód. Francés, art. 585, dice: «los frutos naturales é industriales, pendientes de las ramas ó de las raíces», y así debemos considerarlo.

Al tiempo de comenzar el usufructo, agrega nuestro artículo, y el francés: *en el momento de la apertura del usufructo*. Ya hemos dicho, que según nuestro Código, el usufructo constituído por testamento en el legado puro y simple, comienza desde la muerte del testador; en el por contrato, desde la interpelación judicial.

Los frutos pendientes al extinguirse el usufructo pertenecen al propietario, pero si están vendidos, sólo tiene derecho al precio, á menos de demostrarse mala fe ó confabulación entre el usufructuario y el comprador de los frutos. Pero estos principios no se aplican á los frutos pendientes á la constitución del usufructo, como algunos creen; porque aun suponiendo que el nudo propietario los hubiera vendido, serían del usufructuario, si no hubiere pacto en contra, y el comprador sólo tendría acción contra el nudo propietario.

No parece justa la disposición que priva al nudo propietario ó al usufructuario de los gastos que hubieran hecho para producir los frutos. Las razones que da Demante solo explican en parte el fundamento de la disposición. Pero como los terceros que tienen privilegios sobre la

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Estos principios se aplican igualmente á los frutos industriales que son los producidos por el trabajo ó industria del hombre y sin los que la tierra no los hubiera dado.

---

cosa no pueden ser perjudicados, por eso, se les permite ejercerlos.

El principio es: el que percibe los frutos debe abonar á los terceros acreedores privilegiados el importe de su trabajo ó de su dinero empleado en producirlos; si fuera el usufructuario por contrato, quien adquirió el usufructo, sin ser prevenido de las cantidades debidas para producirlos, sería una injusticia el no permitirle repetir lo pagado; así, debe tenerse presente esta circunstancia al constituir el usufructo obligando expresamente al nudo propietario á ese pago, ó declarando que el usufructuario no los deberá; en esos casos, aunque el obligado con la cosa será el usufructuario, podrá repetir lo pagado.

No creo, pues, como algunos, que el usufructuario tenga derecho para repetir lo pagado á los que hicieron gastos para producirlos, cuando el nudo propietario nada dijo; aunque reconozco la injusticia del principio sentado por el artículo que no autoriza á cobrarlos. La nota del Dr. Velez-Sarsfield le niega expresamente ese derecho. Molitor, *Serv.*, nº 56, y la mayor parte de los autores franceses combaten la última parte de nuestro artículo. — Comp. Aubry y Rau, § 230, texto á la nota 8. Demolombe, X, nº 373, Zachariæ, § 308, texto á la nota 10. Proudhon, III, nº 1150. Duranton, IV, nº 530. Marcadé, al art. 585, nº 4, y Toullier, III, nº 402.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2864. — Cód. Francés, art. 585. — Italiano, 480.—Holandés, 809.—De Luisiana, 538.—L. 27, Tít. 1. Lib. 7, Dig., y L. 8, Tít. 1, Lib. 33, íd.—Demante, nº 423. — Molitor, *Servidumbres personales*, nº 56, sostiene con los mejores fundamentos la doctrina que forma el artículo. El Derecho Español guarda silencio á este respecto.—Aubry y Rau, § 230, enseñan que si los gastos eran debidos á tercero, el usufructuario debía sin duda satisfacerlos, pero que tendría derecho á reclamarlos del propietario. ¿De dónde le nacería ese derecho? — De la misma opinión son Marcadé, sobre el art. 585, nº 4.—Proudhon, tom. 3, nº 1150.—Toullier, tom. 3, nº 402.—Pero ninguno de estos autores funda el derecho del usufructuario para repetir lo que reconoce que él debía pagar al que hubiese hecho el trabajo, ó empleado su dinero para la producción de los frutos.

Por lo demás, parece natural exonerar al usufructuario de toda indemnización, por los frutos que encuentre al tiempo de su entrada en el goce de la cosa, porque esos frutos aumentando el valor del usufructo que va á establecerse, han debido tomarse en consideración para fijar el precio del usufructo, si fuese constituído á título oneroso, y en el caso contrario, nada autoriza á suponer que ese aumento de valor no sea comprendido en la liberalidad del donatario ó del testador. La dificultad podría existir por la atribución al pro-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Los frutos naturales ó industriales los hace suyos el usufructuario por la percepción, mientras *los frutos civiles se adquieren día por día, y pertenecen al usufructuario en proporción del tiempo que dure el usufructo, aunque no los hubiese percibido* (**art. 2865**); porque los intereses ó rentas se ganan por cada día que transcurre, relacionándolo con el tiempo en que se deben pagar, son frutos que las cosas van produciendo cada día, y que se acumulan para formar el total.

(**Art. 2865.**) Los frutos naturales é industriales sólo se adquieren por la percepción, pero cuando se convierten en civiles se ganan día por día. Esta derogación á los principios del derecho común se ha introducido para evitar pleitos. Así, cuando el usufructo terminase en Octubre, y la cosecha debiera hacerse en Diciembre, los frutos pertenecerían por completo al nudo propietario, mientras si el campo estuviera arrendado sólo le correspondería el arrendamiento de los últimos meses. Si el usufructo se extinguiera por la muerte durante la cosecha, los frutos separados corresponden á los herederos del usufructuario, y los que aun quedan pendientes al nudo propietario; pero si el campo está arrendado, corresponderá el arriendo al usufructuario hasta el día de su muerte. El derecho del usufructuario no se alterará por los plazos y forma de hacerse el pago del arrendamiento, pues adquirirá siempre el correspondiente al tiempo transcurrido. Esta regla se aplicará igualmente al nudo propietario, cuando el contrato de inquilinato se hiciera antes de constituirse el usufructo, en que el usufructuario tendrá derecho únicamente á la renta desde la constitución de aquel. — Comp. Cód. Francés, art. 586. Aubry y Rau, § 230, texto á la nota 13. Demolombe, X, nº 275.—Véanse arts. 2081, 2864, 2922 y la nota 2425.

---

pietario de la cosecha pronta á hacerse á la cesación del usufructo, lo cual puede suceder por la muerte inesperada del usufructuario, quien puede haber hecho gastos considerables para lo producción de los frutos. La ley, como dice Demante, sacrificando la exactitud de los principios al deseo de prevenir las contestaciones que podría hacer nacer la liquidación de las indemnizaciones, ha querido más bien considerar el primer año del goce, libre de toda indemnización como una eventualidad de beneficio, compensándola con la eventualidad para el usufructuario de perder los gastos hechos en el último año.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2865. — Cód. Francés, art. 586. — Italiano, 481.—Napolitano, 511.—Holandés, 810.—De Luisiana, 540. — L. 26, Tít. 1, Lib. 7, Dig.—Molitor, *Servidumbres personales,* nº 57.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 796. — De lo que corresponde al usufructuario cuando no son frutos

El usufructuario tiene derecho sólo á los frutos que la cosa produce; este es el principio general que domina la materia; pero cuando los productos se toman como si fueran frutos, porque la cosa ha sido dada en usufructo sirviendo para explotación de una mina ó cosa semejante, dice el **art. 2866**: *corresponden al usufructuario los productos de las canteras y minas de toda clase que estén en explotación al tiempo de comenzar el usufructo, pero no tiene derecho á abrir minas ó canteras.*

En lo que se relaciona con las minas se debe regir por lo dispuesto en el art. 365 del Cód. de Minería que ha derogado el presente artículo.

Cuando se tratare de tesoros que el usufructuario encontrare en el fundo fructuario sólo adquirirá la mitad de ellos, correspondiendo la otra mitad al nudo propietario como verdadero y único dueño del terreno; por eso se ha dicho: *el usufructuario no tiene sobre los tesoros que se descubran en el suelo que usufructúa el derecho que la ley concede al propietario del terreno* (**art. 2868**);

(**Art. 2866.**) Por el art. 365, Cód. de Minería, el usufructo comprende todas las minas, y el usufructuario puede explotarlas aunque no estén en actual trabajo, siendo de la tercera categoría, quedando así derogado el presente artículo. En cuanto á los derechos del usufructuario se deberán regir por los arts. 365 á 372 del Cód. de Minería.

(**Art. 2868.**) El tesoro no es fruto, ni aun un producto, porque no es una parte orgánica de la cosa. El derecho del usufructuario se limita á los frutos que ordinariamente produce la cosa sin alterar su substancia, y por excepción se le admite explotar las minas, aunque esa disposición está derogada, pero no está en el caso de los tesoros; sin embargo el usufructuario, como un tercero, hace suya la mitad del tesoro en las condiciones en que los extraños la adquieren. El artículo no hace excepción

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2866.—Cód. Francés, art. 598.—Napolitano, 523.—Holandés, 822.—De Luisiana, 545.—Tales trabajos deterioran la superficie de la tierra.—Véase Demante, *Cours analytique,* n° 438 bis, §§ 1 y 2.—Molitor, *Servidumbres personales,* n° 61.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pero podrá buscarlos sin permiso del dueño del terreno, pues usa de él como si fuera dueño verdadero.

El usufructo puede ser de un bien ó de bienes determinados, entonces se llama usufructo particular ó singular, y cuando es de todos los bienes que una persona dejare á su fallecimiento, se llama universal, por eso dice el **art. 2869**: *al usufructuario univer-*

---

alguna, respecto al usufructuario, para la adquisición de la propiedad, pero nada dice con relación al usufructo del tesoro encontrado. ¿Lo tendrá el usufructuario en la parte que corresponde al propietario? Respecto al usufructuario particular, la negativa no ofrece dudas, es sólo con relación al universal que puede ocurrir, por los términos del art. 2869. Me inclino á la afirmativa, y en el artículo siguiente fundaré mi opinión. —Comp. CÓD. DE CHILE, art. 786. DEMOLOMBE, X, nº 258 *bis*, y MARCADÉ, al art. 598.—Véanse arts. 2558 y 2559.

(**Art. 2869.**) El usufructo es *particular*, cuando comprende sólo los frutos de uno ó de varios objetos ciertos y determinados, es *universal* cuando abraza una universalidad de bienes ó una parte alicuota de la universalidad, no debiendo confundirse en este caso con el heredero universal.

Hay diferencias fundamentales entre uno y otro usufructo. Así, el usufructo particular de una casa se extingue con la destrucción de ésta, mientras si es usufructuario universal, continúa sobre el terreno y los materiales. El usufructuario universal tendría derecho al goce del precio pagado por un vecino para adquirir la medianería del fundo comprendido en el usufructo, así como á las sumas pagadas por las compañías de seguros en caso de incendio, mientras no lo tendría en el usufructo particular.

Respecto de los tesoros encontrados, el art. 2868 no hace distinción entre el usufructuario particular y el universal, con relación á la propiedad; pero no es así respecto del usufructo de lo que corresponde al propietario. El usufructuario universal goza no sólo de los frutos de la cosa sino de todo aquello que *no sean frutos*. ¿Y por qué se exceptuará el tesoro? Porque no es el dueño del terreno, se responde; pero esto sólo es cierto en parte, y la afirmación tomada de una manera absoluta, sería inexacta, porque el dueño del terreno es por lo menos dueño de la mi-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2868.—Cód. Francés, art. 598.— De Chile, 786.—Zachariæ, § 308, nota 21.—Marcadé, sobre el art. 596.—De Molombe, tom. 10, nº 333.—Demante, nº 438.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sal ó de una parte alicuota de los bienes, corresponde todo lo que pueda provenir de las cosas dadas en usufructo, aunque no sean frutos, en proporción á la parte de bienes que gozare, y por consiguiente, le corresponderá el usufructo del tesoro cuya propiedad pertenecerá en parte al nudo propietario.

El usufructuario es un propietario interino ó de por vida, ó por el término que dure el usufructo, porque tiene los mismos derechos que el nudo propietario, con la limitación de no alterar la substancia de la cosa; pero todos los derechos que constituyere, llevan la condición de valer sólo mientras dure el usufructo; y por consiguiente, *corresponde al usufructuario el goce del aumento que reciban las cosas por accesión, así como también el terreno de aluvión* (**art. 2867**), porque forman un todo con la cosa misma.

---

tad del tesoro en todos los casos. El usufructuario universal debe gozar de todo lo contenido en la cosa, como si fuera el verdadero propietario; el testador, al instituirlo en ese carácter, ha querido que lo reemplace, y no ha dejado para el nudo propietario goce alguno. ¿Por qué usufructuaría el precio de la medianería ó de las otras servidumbres que permitiese el nudo propietario, y no lo haría con el tesoro? El nudo propietario no puede tomar cosa alguna de las dejadas al usufructuario universal. Demolombe, Proudhon, Duranton y demás jurisconsultos franceses que niegan al usufructuario universal el usufructo del tesoro, lo hacen fundándose en que no puede abrir minas y canteras; pero como nuestro Código lo permite, el argumento desaparece.

Cuando el usufructo universal fuere en parte alicuota, los frutos, productos ó aumentos se dividirán en proporción, así como lo que se obtuviera con ocasión del usufructo.—Comp. FREITAS, art. 4570. DEMOLOMBE, X, nº 258 *bis*, y los citados por este autor.

(**Art. 2867.**) La cosa aumenta por accesión, y no habría razón para que el usufructo no se extendiera á esos aumentos. Nuestro Código se ha separado del Francés, art. 596, que limita el usufructo al aluvión, para seguir al Cód. de Chile, art. 785, que lo extiende á las otras accesiones *naturales;* pero nuestro texto no contiene ni aun esta restricción, y no estamos autorizados para hacerla. Así debemos comprender el aluvión,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2869. — Un vecino, por ejemplo, del inmueble tenido en usufructo, paga un precio por adquirir la medianeria de una pared divisoria: tal precio corresponde al usufructuario universal.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 797. — De lo que puede hacer el usufructuario

Es un principio general que el usufructuario goza de la cosa dada en usufructo, como si fuera el verdadero propietario, siempre que no altere su substancia; por esa razón, *el usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, ó ceder el ejercicio de su derecho á título oneroso ó gratuito; pero permanece directamente responsable al propietario, lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa ó negligencia de la persona que le substituye. Los contratos que celebre terminan al fin del usufructo* (**art. 2870**); porque todos llevan implícita esa condición, aun-

---

la avulsión, edificación, plantación y adjunción, como lo trae Freitas art. 4568, nº 3.

(**Art. 2870.**) El usufructuario no arrienda la cosa sino su derecho, eso importa la autorización dada por el artículo, aunque en el fondo casi equivale á lo mismo. Ceder el ejercicio ó la facultad de usufructuar una cosa es poner al cesionario en el lugar del cedente, aunque sin cesar en su responsabilidad para con el nudo propietario, y siempre se extinguirá por la muerte del usufructuario ó cumplimiento del plazo. Como el usufructuario queda de fiador del cesionario en nada alterará sus derechos, si éste cambiara de situación.

Como lo arrendado es el usufructo, no podrá aplicarse al arrendatario los plazos determinados para la locación, porque el nudo propietario debe encontrar la cosa libre de todo gravamen á la conclusión del usufructo. Por eso dice el artículo, todos los contratos terminan al fin del usufructo. Si el usufructuario arrendó la cosa como propietario, ocultando su calidad, deberá abonar los perjuicios causados al arrendatario por el desalojo inmediato. El art. 1610 es absoluto cuando la cosa ha podido arrendarse; pero no en los casos en que lo arrendado es la facultad de usarla. Nadie puede transmitir á otro un derecho más extenso del que gozaba, y como el usufructuario no puede retener la cosa fructuaria acogiéndose á los plazos del arrendamiento, tampoco puede

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2867.—Proyecto de Goyena, art. 442. — Cód. de Chile. 775.— En contra Aubry y Rau, § 230, que limita el derecho del usufructuario á las accesiones de las cosas al tiempo de constituirse el usufructo, y no á las accesiones ulteriores.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que el contratante ignorase que había tratado con un usufructuario. En todo caso la acción por los daños y perjuicios le queda expedita; pero el nudo propietario nada debe sufrir por un hecho que no le obliga, y que le es completamente extraño; otra cosa sería, cuando hubiere dado su consentimiento expreso.

El usufructuario de cosas que se consumen con el primer uso, puede usar y gozar libremente de ellas con el cargo de restituir otro tanto de la misma especie ó calidad, ó el valor estimativo que se les haya dado en el inventario (**art. 2871**); porque entónces es un

---

hacerlo el que lo substituye. El Cód. Chileno, art. 794, § 2, concede el mismo término que al arrendatario; pero el nuestro no ha aceptado la doctrina, pues guarda silencio.—Comp. GOYENA, arts. 443 y 453. AUBRY y RAU, § 230, texto á las notas 60 y 61. DEMOLOMBE, X, art. 363. DURANTON, IV, nº 585. PROUDHON, II, nº 896.—Véanse arts. 1444, 1596, 2908, 2959, 2965, 2982, 2984, 3242, 3270 y 3278.

Este artículo fué corregido substituyendo las palabras *al fiador* por las de *el fiador*.

(**Art. 2871.**) Dos hipótesis presenta nuestro artículo en el cuasi usufructo de cosas que se consumen por el primer uso: 1°, que no se haya hecho la estimación; 2°, que se hubieran estimado en el inventario ó en el instrumento constitutivo del usufructo.

Se ha dicho, que en el usufructo de cosas consumibles la propiedad se

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2870.—Zachariæ, § 308.—Demolombe, tom. 10, nº 334.—Molitor. *Servidumbres personales*, nº 60.—En cuanto al fiador, en contra, Proudhon, nº 851 y siguientes.—Demolombe, tom. 10, nº 363 bis. Estos autores se fundan en que la fianza no puede extenderse mas allá de los límites en los cuales ha sido contratada; pero demandando al fiador la ejecución de las obligaciones que incumben al usufructuario, y á las cuales éste no ha podido substraerse por la cesión del usufructo, el nudo propietario no excede en manera alguna los límites de la fianza. En el caso de cesión del ejercicio del usufructo, el fiador podría sin duda demandar su liberación para en adelante, salvo al nudo propietario el derecho de exigir una nueva fianza al usufructuario; pero no hay razón alguna para que la fianza se extinga á consecuencia de un hecho, al cual el nudo propietario es completamente extraño, y que tal vez no ha llegado á su conocimiento, ó que no podía impedir.

En cuanto á la última parte del artículo, en contra, Cód. Francés, art. 595.—Italiano, 492, y lo siguen el Napolitano 520, y el Holandés 819, y 820. — Pero esto nace de las costumbres de esas naciones sobre los arrendamientos que no pasen de diez años. — Leclerq trata extensamente esta materia, tom. 2, desde la pág. 384.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

verdadero préstamo en que el usufructuario se hace dueño de las cosas, para devolver otras semejantes ó su precio.

---

adquiere por el usufructuario, con excepción del caso en que se hubieren dado las cosas *ad pompam et ostentationem,* y el presente artículo viene á confirmarlo. El usufructuario es dueño ordinariamente de las cosas consumibles dadas en usufructo. ¿Qué debe devolver? Cuando no se hizo la estimación, no hay duda alguna: las cosas recibidas en la misma cantidad y calidad ¿Pero cuando se hizo la estimación? Tres sistemas se han ideado en derecho francés para resolver las dificultades del art. 587 del Cód. Francés, que el nuestro no ha salvado. El 1° se sostiene que el usufructuario es deudor bajo una alternativa de entregar las cosas ó su valor estimado; el 2° acepta la alternativa, pero sostiene que la estimación debe hacerse al fin del usufructo; el 3° considera dos modos de restitución diferentes; es decir, dos hipótesis, en que la obligación de restitución no tiene sino un objeto único; la restitución *in natura* ó el monto de la estimación que se hubiere hecho al constituirse el usufructo, ó en el inventario al tiempo de comenzar. Acepto la última, porque es más conforme con la redacción de nuestro artículo y con los antecedentes del derecho romano y del francés, que le sirven de fundamento. No hay alternativa de ninguna especie, en mi opinión. En la primera hipótesis, sólo se devuelven las cosas entregadas, siendo de la misma especie y calidad, y únicamente cuando no pudiera hacerse, deberá pagar el valor que tuvieran en el día en que las recibió, art. 2945. En la segunda, las cosas han sido estimadas, y sólo debe el valor de la estimación, hay una especie de venta, en que únicamente se debe el precio. Freitas, art. 4653 dándose cuenta de la dificultad que presenta el 587 del francés, la ha salvado en el sentido de la interpretación que acabo de aceptar.

El cuasi usufructo se asemeja al mutuo ó préstamo de consumo; pero tiene diferencias muy marcadas; en el 1° si no hay tiempo señalado, es por la vida del usufructuario, en el 2° por el tiempo designado por el juez, cuando fuera reclamado. El mutuo puede llevar intereses y el cuasi usufructo no, aunque sea á título oneroso; el usufructo se extingue de diversa manera que el cuasi usufructo; pero la esencia de éste no es contraria á la naturaleza del mutuo.—Véase l. 7, tít. 5, lib. 7, Dig. ZACHARIÆ, § 309, texto y nota 8. DEMOLOMBE, X, n^os^ 292 y 293, GOYENA, art. 444, y FREITAS, arts. 4652 y 4653.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2871.—El propietario no conserva ningún derecho real sobre el objeto del *cuasi usufructo.* No tiene sino un derecho de obligación para obtener una cosa igual acabado el usufructo, cuya eficacia

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando el usufructo es de cosas que no se consumen con el primer uso, pero *que se gastan y deterioran lentamente en los usos á que están destinadas, el usufructuario tiene derecho á servirse de ellas, y sólo está obligado á devolverlas, al extinguirse el usufructo, en el estado en que se hallen, salvo si se deterioran ó consumen por su culpa* (**art. 2872**).

(**Art. 2872.**) Nuestro artículo al reemplazar el término de que «se deterioran poco á poco» de que se sirve el art. 589, Cód. Francés, por el de «se deterioran lentamente», no ha resuelto las dificultades que ocurrían en su interpretación. Así, Proudhon opina que se deben distinguir dos clases de muebles: los que se deterioran lentamente, como los espejos, relojes, mesas, plata labrada, etc., y los que se gastan con cierta rapidez, como la ropa, los carruajes, arneses, etc. En cuanto á los segundos, cree que el usufructuario puede venderlos, restituyendo otras cosas semejantes ó su valor si han sido estimadas. Por mi parte no creo aceptable en nuestro derecho tal teoría. El adverbio *lentamente,* debe tomarse en contraposición á las que se consumen en seguida, y por consiguiente se aplica á todas las que se consumen deteriorándose paulatinamente.

El usufructuario debe emplear las cosas en el mismo uso á que el propietario las tenía destinadas, sin que se pueda establecer el padrón del *buen padre de familia,* que ha desaparecido de nuestra legislación, y sólo habrá culpa en los casos del art. 512.

---

le está asegurada por una fianza. El cuasi usufructo es por naturaleza un verdadero préstamo de consumo, un mutuo con fianza. Hay, sin embargo, algunas diferencias entre el cuasi usufructo y el préstamo de consumo. El cuasi usufructo, cuando no tiene tiempo señalado, es por la vida del usufructuario, mientras que al mutuario se le puede demandar muy luego el préstamo de consumo que se le hubiese hecho. El cuasi usufructo, se extingue de manera muy diversa que el mutuo. El mutuo puede llevar intereses y no el cuasi usufructo. Pero ninguna de las particularidades del cuasi usufructo es contraria á la esencia de préstamo de consumo.—Véase Maynz, § 214, y nota 48.

En casi todos los Códigos se dice que el usufructuario de cosas consumibles debe volver otras iguales en la misma cantidad, de la misma calidad y *valor.* Es preciso borrar la palabra *valor.* El que ha recibido en usufructo, sin tasación, diez fanegas de trigo de una determinada calidad, sólo está obligado á devolver diez fanegas de trigo de la misma calidad del que recibió, cualquiera que fuese su valor al tiempo de constituirse ó de acabarse el usufructo. La Ley Romana no manda, sino aconseja que se estimen las cosas de consumo dadas en usufructo. *Aut æstimatis rebus certæ pecuniæ nomine cavendum, quod et commodius est.* L. 7, Título 5, Lib. 7, Dig. — Véase Marcadé, sobre el art. 587. — Zachariæ, § 306, y la larga nota 8. — Demolombe, tom. 10, desde el nº 285.— Demante, *Cours analytique,* nº 426 bis,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El usufructuario de un monte disfruta de todos los provechos que pueda producir según su naturaleza. Siendo monte tallar ó de madera de construcción puede hacer los cortes ordinarios que haría el propietario, acomodándose en el modo, porción y época á las costumbres del país. Pero no podrá cortar árboles frutales ó de adornos, ó los que guarnecen los caminos, ó dan sombra á las casas. Los árboles frutales que se secan ó que caen por cualquier causa, le pertenecen, pero debe reemplazarlos con otros (**art. 2873**).

El usufructuario no puede arrendar las cosas dadas en usufructo, pero sí su derecho á gozar de ellas en la misma forma que él habría podido hacerlo; pero siempre responde como fiador del mal uso que hiciera el arrendatario ó cesionario de su derecho. ¿Puede arrendar ó ceder su derecho de usufructo en las cosas muebles? No hay disposición que se lo prohiba; pero haríamos la distinción siguiente: si según las circunstancias, los muebles no son de los que se acostumbran á alquilar, como las ropas, telas de adorno, etc., no se podrían entregar á otros; pero sí, en las demás cosas. ¿A quién corresponde la prueba de que el deterioro ha tenido lugar por culpa del usufructuario? Al que afirma, porque es un principio de derecho común.

Como en el usufructo de muebles el usufructuario no los hace suyos, los acreedores no pueden embargarlos y venderlos; pero sí hacer arrendar ó ceder la facultad de usarlos, si fuesen de aquellos que no están destinados al uso personal del usufructuario.—Comp. CÓD. FRANCÉS, art. 589 y DEMOLOMBE, X, n° 295. GOYENA, art. 444.—Véanse arts. 1568 á 1571, 2270, 2846, 2855, 2879 y 2881.

(**Art. 2873.**) Nuestro artículo da una regla general que sirve para proceder en todo, sin descender á los detalles. Así, los provechos que

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield, al art. 2872.—Cód. Francés, art. 589.—Italiano, 484,.—Napolitano, 514.—Demolombe, tom. 10, n° 302.—Muchos jurisconsultos enseñan que la fianza del usufructuario debe comprender aún la devolución de las cosas que el uso continuo deteriora ó consume, doctrina contraria al fin que puede tener el que constituye el usufructo de tales cosas. El propietario cediendo el usufructo de muebles que se deterioran por el uso, permite al usufructuario servirse de ellos, sin lo cual la cesión no tendría objeto. Sabe que el uso los va á deteriorar. Así, reservándose la propiedad de esos muebles, se la reserva tal como estén al fin del usufructo, ó como estarían si él mismo se hubiese servido de los muebles, pues que pone al usufructuario en su lugar para gozar de ellos como él mismo lo habría hecho.—Véase Leclerq. tom. 2, pág. 373.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Si el usufructo fuere sobre créditos, hemos dicho que el objeto actual del usufructo es el instrumento del crédito, y su objeto fu-

---

pueda producir el monte según su naturaleza, determina no sólo el uso que pueda hacerse de él, sino las utilidades que pueda proporcionar; pero en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho y se resolverán según las circunstancias. En cuanto á los cortes del monte tallar, por ejemplo, la primera regla á seguir, es proceder como lo haría el propietario mismo; así, cuando un monte ha sido dividido en un número de cortes, destinado á ser explotado cada cinco años ó cada ocho, deben observarse los mismos intervalos. La segunda es cuando el propietario nada hubiere dispuesto, se atenderá á los usos y costumbres del lugar. Cuando los códigos rurales de cada Provincia determinaren el modo y tiempo de corte de los árboles, se estará á lo que ellos dispongan; pero si el constituyente del usufructo acostumbrare á usar mayor tiempo para el corte, se estará á ese tiempo. Si el usufructuario faltare á estas reglas y causare perjuicios, puede ser obligado á dar fianza si hubiere sido dispensado de ella; pero no podrá demandar la cesación del usufructo. Si continuare destruyendo el monte, podrá ser obligado por la fuerza á que observe el tiempo determinado por el propietario ó por la costumbre del lugar.

Cuando por la rareza de los montes no hubiere costumbre que determine el tiempo del corte, ni se estableciere en el Código rural, deberán seguirse las leyes nacionales para el corte del bosque.

Sobre los diversos casos que pueden ocurrir, consúltese á Demolombe, X, nº 395 á 428.—Comp. Goyena, art. 446. Freitas, art. 4634, nº 5 y Cód. Francés, art. 594.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2873. — Proyecto de Goyena, art. 446,— L. 22, Tít. 31, Part. 3ª.—Cód. Francés. arts. 590 á 594.—Molitor, *Servidumbres personales*, nº 64. Las Leyes Romanas hablan tal vez demasiado, pues especifican los cañaverales, sauces, etc. Disponen que, legado el usufructo de un campo de que forma parte el monte tallar, cañaveral ó sauzal, puede el usufructuario, no sólo cortar, á arbitrio de buen varón, lo que necesite, sino también vender como frutos, porque frutos, dicen, deben reputarse las causas que se reproducen. De los árboles que se caen por el viento ú otras causas puede tomar lo necesario para su uso y el de la heredad, y obligar al propietario á que alce lo demás. LL. 11, 12, 18 y 19 del mismo Título. En una heredad donde por mero recreo haya bosques ó paseos con árboles infructíferos, no puede cortarlos. L. 13, respecto á los planteles. La L. 9, § 6, dice: *Seminarii autem fructum ad fructuarium pertinere ita tamen ut et vendere ei, et seminare liceat debet: tamen conservandi agri causa, seminarium paratum semper renovare, quasi instrumentum agri, ut finitus usufructus domino restituatur.*

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

turo las cosas que vengan por ocasión de él; pero cuando se trata de rentas ó de intereses que producen los títulos de crédito, el usufructo se aplica al interés ó renta que produce el capital, sin comprender éste, y en este sentido debe entenderse la disposición del **art. 2875** que dice: *cuando el usufructo está establecido sobre créditos ó rentas, los títulos deben ser entregados, notificándose á los*

(**Art. 2875.**) El usufructuario de títulos de crédito ó de una renta, goza sólo del interés, no es dueño del crédito que continúa perteneciendo al propietario, y se le puede considerar como administrador, para conservarlo; no puede hacer novación, remisión, transacción, etc. Goza de los intereses y no puede cobrar el capital, sin el concurso del nudo propietario, á fin de volverlo á colocar, para que continúe produciendo los frutos. Si en general interesa á ambos el cobro, el verdadero propietario tiene mayor interés; de ahí la necesidad de su concurrencia. No habría razón para dar al usufructuario tal autorización, comprometiendo los intereses del nudo propietario. Se entiende que esto tendrá lugar cuando nada se hubiere pactado en el contrato, ó en la constitución del usufructo.

Freitas, art. 4605, considera al usufructuario como si fuera cesionario, y es lógico cuando lo autoriza para demandar el crédito en juicio, art. 2658, nº 2; pero no lo es cuando le niega la facultad de transar, que corresponde á todo cesionario. Aubry y Rau, así como Demolombe y demás autores citados por los primeros, autorizan al usufructuario para demandar el crédito, como administrador; por nuestro derecho no tiene tal facultad, pues el mandatario para cobrar, no puede demandar en juicio la acreencia, art. 1888. En mi opinión ha podido expresarse con más propiedad diciendo: *título de crédito ó rentas.*

La notificación debe hacerse á los deudores de los créditos ó rentas, para que sepan á quién deben pagarlos; pero no hay tal necesidad, cuando las rentas provinieran de títulos al portador, como si fueran fondos públicos, cédulas hipotecarias, etc. — Comp. AUBRY y RAU, § 230, nº 3 texto á las notas 55 y 56. DEMOLOMBE, X, nºs 319 á 323.— Véanse arts. 1457 á 1469, 2877, 2904 á 2906.

Todos los casos relativos al usufructo *deben resolverse á buena fe, así como buen ome,* según la expresión de la Ley de Partida. Véase Goyena, sobre el art. 446.—Demolombe, desde el nº 387.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2875. — Aubry y Rau, § 230, nº 3. — Proudhon, tom. 3, nº 1033.—Demolombe, tom. 10, nº 319.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

deudores; pero el usufructuario no puede cobrarlos judicialmente sin el concurso del nudo propietario, porque no siendo dueño del capital sino de la renta, no puede demandarlo sin autorización del dueño, pero como es dueño de la renta, tendrá derecho para tomar todas las medidas conducentes para conservar y asegurar el capital; por esa razón, *el usufructuario puede ejercer todas las acciones que tengan por objeto la realización de los derechos que corresponden al usufructo; y puede también, para asegurar el ejercicio pacífico de su derecho, intentar las diversas acciones posesorias que el nudo propietario estaría autorizado á intentar* (**art. 2876**), y aun con-

---

(**Art. 2876.**) Las acciones que corresponden al usufructuario son de dos clases: las que tienen por objeto la realización del usufructo defendiendo la existencia de su derecho, y el modo de ejercerlo, entonces basta la acción confesoria; pero será necesario la negatoria, la de división ó de deslinde, cuando los límites del inmueble estuvieren confundidos. Las que corresponden, no al derecho mismo, sino al ejercicio pacífico de ese derecho, son las posesorias de manutención, la de turbación, la de obra nueva, pudiendo agregarse la de despojo, que impropiamente se ha considerado como tal.

El usufructuario no puede reclamar la propiedad de la cosa fructuaria, por eso no puede ejercer la acción reivindicatoria; pero tiene en cambio la *confesoria* que lo defiende contra cualquier privación total de su derecho, la negatoria contra las limitaciones que quisieran imponerle.

La división del uso ó goce común, es también un derecho del que no se puede privar sino por tiempo determinado. Nadie está obligado á tener en común el goce y puede hacerlo cesar, sin que esa división altere los derechos de los propietarios que no han intervenido; es provisional y mientras dure el usufructo entre los usufructuarios.

Para deducir la acción real confesoria ó la negatoria es necesario que el usufructuario haya entrado en posesión de la cosa, pues antes sólo le correspondía una personal contra el obligado, si la cosa fructuaria ha pasado al dominio de un poseedor de buena fe; cuando fuera poseedor de mala fe puede obligarlo á que se la entregue, art. 594, no obra en ese caso como representante del nudo propietario, sino por derecho propio.

Cuando ese adquirente tuviere buena fe y su título de adquisición fuera nulo ó anulable, ¿podrá alegarlo el usufructuario para recobrar el

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tra él mismo si pretendiese menoscabar sus derechos de usufructuario. De modo que puede deducir la acción de despojo, que no es posesoria, y las demás que corresponden al propietario, pero deduciendo la acción *confesoria*, porque la reivindicatoria sólo compete al propietario.

El usufructuario puede hacer mejoras en las cosas que sean objeto del usufructo, con tal que no alteren su substancia, ni su forma principal (**art. 2874**, 1ª parte), no pudiendo cambiar el objeto á

---

usufructo? No lo creo; porque el usufructuario no puede reclamar la propiedad, y la nulidad del contrato dejaría sin efecto la enajenación. ¿Y cuando la nulidad fuera manifiesta, en qué los jueces pueden declararla de oficio? Algunos creen que el usufructuario podría alegarla, porque el art. 1047 autoriza á deducirla á todo el que tenga interés, pero no estoy conforme con esta opinión. Laurent da á mi juicio la verdadera razón al decir: si la acción del usufructuario fuera admitida. ¿Cuál sería el resultado? No reclamando el propietario, el contrato sería mantenido por la nuda propiedad, y anulado respecto del goce; de modo que el propietario no obtendría sino la propiedad desmembrada. ¿Es eso lo que él ha querido contratando con el propietario? No, ciertamente. La voluntad de las partes ha sido la de transferir la propiedad en su totalidad, y tal debe ser también el efecto del contrato. En el mismo caso se encuentra el usufructuario cuando el contrato se resuelve ó hubiese pacto comisorio; resolución que no puede provocar por defecto de pago.—Comp. AUBRY y RAU, § 230 texto á las notas 63 y 64. LAURENT, VI, nº 370. ZACHARIÆ, § 308. DEMOLOMBE, X, nº 337. — Véanse arts. 2487, 2490, 2495, 2795, 2801, 2877 y 2880.

(**Art. 2874.**) El usufructuario está limitado en su uso por esta cláusula: no alterar la substancia de la cosa, y el artículo agrega: «ni su forma principal», porque algunas veces ésta constituye la substancia misma, como se dijo en el art. 2807. Puede, pues, mejorar y embellecer las casas dadas en usufructo, pintarlas, adornarlas, ponerles mármoles, etc., para sacar mayor renta ú obtener mayor comodidad. El usufructuario debe tener derecho para hacer todo lo que es permitido al locatario, porque está en mejores condiciones que él.

Debe tenerse presente que si el nudo propietario es dueño, el usu-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2876.—Zachariæ, § 308 al fin. — Proudhon, nº 1234.—Demolombe, tom. 10, nº 337.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que han sido de antemano destinadas las cosas dadas en usufructo, cuando forman la substancia misma; como un hotel ó casa de huéspedes no se puede convertir en casa de familia perdiendo la clientela.

El usufructuario usa de la cosa como si fuera propietario, pero no puede tomar medida alguna que tienda á prolongar su derecho de goce contra el derecho del nudo propietario; así, en el usufructo de una casa, si esta fué destruida por un incendio ú otro acontecimiento cualquiera, no podrá reconstruirla para continuar el usufructo; pero en cambio, *podrá reconstruir cualquier edificio arruinado por vejez ú otras causas; pero no tiene derecho á reclamar el pago de las mejoras; sin embargo podrá llevarse las mejoras útiles y voluntarias, siempre que sea posible extraerlas sin detrimento de la cosa sujeta al usufructo, y podrá también compensarlas con el valor de los deterioros que esté obligado á pagar* (**art. 2874**, 2ª parte).

---

fructuario tiene derecho para sacar de la cosa todo el provecho que pueda proporcionar en comodidades, por consiguiente se le debe permitir todo lo que no perjudique al propietario, en caso contrario, éste puede impedir que se hagan las alteraciones. Los tribunales franceses han aceptado la doctrina de que el usufructuario puede dar al inmueble fructuario otro destino, cuando no fuera posible la explotación en que estaba empleado, y por mi parte creo se debe aceptar según los casos; así decía la Corte de Lyon: «cuando la clase de explotación á que ha sido destinado un inmueble, no puede existir, no sería razonable pretender que ese inmueble no pueda recibir destino alguno».

El usufructuario puede reconstruir un edificio que ya estaba arruinado; pero no podrá hacerlo con el que se destruyere, cuando fuere el usufructo sobre ese edificio, art. 2941; porque no puede hacer renacer el usufructo extinguido. Pero, ¿podrá hacer otro nuevo en cualquier parte del terreno? Opino que sí, cuando las construcciones sean necesarias para que el inmueble pueda llenar mejor su destino; será una cuestión de hecho. En cuanto á las mejoras, el usufructuario no tiene derecho á cobrarlas, porque las hizo para su provecho propio, pero podrá sacar las útiles y voluntarias si no perjudicare al inmueble.

¿Por qué el art. 2441 acuerda al poseedor de mala fe el derecho á cobrar las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa, y niega el mismo derecho al usufructuario? Porque el poseedor de mala fe de-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Como el usufructuario es verdadero dueño del derecho de goce, se defenderá con la acción real confesoria, y deducirá las acciones posesorias por su propio derecho, de donde resulta que, *la sentencia que el usufructuario hubiese obtenido, tanto en el juicio petitorio como en el posesorio, aprovecha al nudo propietario para la conservación de los derechos sobre los cuales debe velar; mas las sentencias dadas contra el usufructuario no pueden ser opuestas al nudo propietario* (**art. 2877**); porque es una persona extraña al

---

vuelve todos los frutos, y el propietario se enriquecería á costa de otro si no pagase ese mayor valor; mientras el usufructuario las ha hecho para sacar mayor provecho de la cosa, y tal vez ha obtenido más de lo gastado. Se entiende que esto tendrá lugar cuando no hubiere convención en contrario, ó si nada se hubiere previsto al constituirse el usufructo.

El usufructuario puede sacar las mejoras útiles cuando no perjudiquen el inmueble, y por consiguiente podrá comprarlas el nudo propietario, por lo que valiese una vez separadas, pero si tuviere que pagar por los deterioros ocurridos por su culpa, podrá compensar su valor con las mejoras, obligando al nudo propietario á aceptarlas por el mayor valor dado á la cosa, compensando ese mayor valor hasta donde alcanzare, con lo que deberá pagar; si fuera menos, abonará lo restante; si fuera más, no podrá cobrar la demasía, y aún podrá llevar el exceso si no perjudicara al inmueble.

En cuanto al valor de las mejoras útiles se debe estar al mayor valor que la cosa haya tomado por ellas, con arreglo al art. 2441, sin que se confundan con los gastos útiles, en que se debe tener en cuenta el valor de los materiales invertidos, de que habla el art. 2427. — Comp. Cód. de Chile, art. 801. Freitas, art. 4634. Goyena, art. 447. Demolombe, X, nº 452. Demante, nº 439. — Véanse arts. 1535, 1537, 1621, 2888 y 2892.

(**Art. 2877.**) El usufructuario litigando por su propio interés en lo que corresponde al usufructo, defiende los derechos del nudo propietario, desde que es dueño de una fracción del derecho de propiedad, y la más importante, como es el uso y goce de la cosa. Pero me parece un exceso de celo el hacer que las sentencias favorables aprovechen al nudo propietario y no le perjudiquen las adversas. La verdadera doctrina y que

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2874. — Cód. Francés, art. 599, — Italiano, 495—Napolitano, 524—Holandés, 827—de Chile, 801.—L. 15, Tít. 1, Lib. 7, Dig.—Demante, nº 439.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

juicio, y se le aprovechan las resoluciones favorables es en la parte que su derecho coincide y se confunde con el que ejerce el usufructuario, en que defendiendo el derecho del propietario que ejerce mientras dura el usufructo.

---

se abrirá camino en el porvenir, es la de que las sentencias no aprovechan ni perjudican sino á las personas que han intervenido, cualquiera que sea la semejanza de intereses. Eso de considerar al tercero como un gestor en lo favorable, pero no en lo adverso, no está conforme con los principios que rigen la representación, pues desde que la gestión comienza debe saberse si es ó no representante de aquel en cuyo nombre obra. Esperar á la resolución definitiva para decir: ha obrado en su nombre y puede prevalerse de la sentencia, ó no ha obrado y no le perjudica, es entrar en lo arbitrario. Sin embargo, nuestro artículo, siguiendo la antigua doctrina, ha consagrado el principio de que aprovecha al propietario la sentencia favorable y no le perjudica la adversa. La verdad es que la propiedad se encuentra dividida por decirlo así, en usufructo y nuda propiedad, cualquier pleito sobre el usufructo en nada interesa al nudo propietario; pero si tuviera algún interés, como sucederá en casos especiales, deberá citársele para que tome parte, y la sentencia entonces le aprovechará ó perjudicará; en caso contrario regiría la regla: *res inter alios acto;* pero nuestro artículo enseña lo contrario.

Si la cuestión con el usufructuario se refiriese á la nuda propiedad, y la siguiese como poseedor, sin llamar al verdadero dueño, la sentencia desfavorable no perjudicará á este; pero el nudo propietario no podrá prevalerse de la prescripción sosteniendo que no le ha sido interrumpida, como se dijo en el art. 2782. Si la cuestión fué con el nudo propietario y fuere vencido en la reivindicación, el usufructuario sería perjudicado, cesando su derecho, pues resulta que el constituyente no ha sido dueño; en ese caso, si no puede alegar la prescripción, ú otra excepción el bien debe pasar al reivindicante libre de todo gravamen. — Comp. AUBRY y RAU, § 230 texto á las notas 66 y 67. PROUDHON, I, nos 37 á 39 y III, nº 1234. DEMOLOMBE, X, nº 337. — Véanse arts. 2023, 2297, 2782 á 2786, 2880 y 2909.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2877.— Proudhon, tom. 1, nos 37 á 39, y tom. 3, nº 1234.-- Marcadé, sobre el art. 614, nº 2.— Zachariæ, § 308, nota 27.— Demolombe, tom. 10, nº 344.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

§ 798.—Cómo debe gozar de la cosa el usufructuario

Se ha dicho que el usufructuario como dueño del goce temporario de la cosa sometida al usufructo, no tiene más límite que el de no alterar la substancia, por consiguiente, *el usufructuario debe usar de la cosa como lo haría el dueño de ella, y usarla en el destino al cual se encontraba afectada antes del usufructo* (**art. 2878**),

---

(**Art. 2878.**) Para juzgar de las obligaciones del usufructuario no debemos ir á buscarlas en el tipo ideal de la antigua lejislación, de *un buen padre de familia*, que no existe, sino estudiar en cada caso, si ha incurrido en culpa, omitiendo aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y correspondiese á las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, art. 512. Serán cuestiones de hecho que se resolverán según las circunstancias especiales.

Para el caso de una reforma del Código, me parece debiera hacerse alguna diferencia entre el usufructuario gratuito y el á título oneroso, y propondría para aquel una responsabilidad igual á la del comodatario, y en el oneroso á la del arrendatario; pero como el Código no autoriza tales distinciones, no deben hacerse, ni soy de opinión que pudieran fijarse como reglas de derecho, ni aun como un consejo que los jueces puedan seguir en la apreciación de los hechos para determinar la culpa del usufructuario.

Como en el cuasi usufructo el usufructuario es dueño de la cosa, la regla de este artículo no puede ser aplicable.

En cuanto á la constitución del usufructo, si proviene de un título gratuito, aunque en realidad no sea una donación, desde que no se transfiere la propiedad de la cosa (art. 1789); sin embargo, como es una frac-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pues para ese destino se le ha concedido el goce, cambiándolo dejaría de ser la misma cosa, y se alteraría su substancia. Si no puede cambiar el uso, tampoco puede hacerlo con relación á la forma de la cosa, de modo que viniera á alterarla fundamentalmente. En este sentido dice el **art. 2892**: *el usufructuario no*

---

ción del derecho de propiedad la que se traspasa, por analogía podrían aplicarse supletoriamente las disposiciones sobre las donaciones; si se constituyó por título oneroso, aunque no sea una verdadera venta, se aplicarán también supletoriamente las de ésta en cuanto á la entrega de la cosa, y pago del precio, y no la de la locación. — Véase AUBRY y RAU, § 231.

El usufructuario debe usarla en el destino al que se le encontraba afectada, porque eso constituye en cierto modo la substancia de la cosa, ó su manera de ser; pero se debe tener en cuenta, que si la cosa no pudiera continuar prestando el servicio á que estaba destinada, el nudo propietario no podría pretender que no fuera empleada en otro uso. como se dijo en el art. 2874. — Comp. DEMOLOMBE, X, nº 449, LAURENT, VI, nº 532. —Véanse arts. 1554, 1555, 2808, 2863, 2872, 2874, 2879, 2892 y 2893.

(**Art. 2892.**) El usufructuario debe conservar la forma de la cosa fructuaria cuando en ella se encerrase la substancia; la toma en el estado en que se encuentra y la devuelve en el mismo estado, salvo los deterioros ocurridos por el tiempo, si no estuviere á su cargo el repararlos. La ley 13, § 7, tít. 1, lib. 7, Dig., dice: porque debe cuidar lo que encuentra sin cambiar la calidad.

No cambiar la forma exterior, no sólo comprende la fachada de la casa, sino que no podrá hacer otro piso, ni reformas que alteren la cosa; podrá cambiar ventanas ó abrir nuevas, siempre que devuelva la cosa en el mismo estado; pero si el frente no estuviere revocado y lo exigieren los reglamentos municipales, en ese caso el usufructuario deberá contribuir á su gasto con el nudo propietario, art. 2895.

La demolición de un edificio que estaba arruinado para construir uno nuevo, no entra en la prohibición, pues le está permitido por el art. 2874. En cuanto á la distribución interior de las piezas, debió concederse al usufructuario las mismas facultades que al arrendatario, art. 1534, con tal que entregase la cosa como la recibió.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2878.—El usufructuario no podrá convertir una casa de habitación, en fonda ó posada, ni una fonda ó posada en casa de habitación.—Demolombe, tom. 10, nº 449.—Aubry y Rau, § 231.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

puede demoler en todo ó en parte ninguna construcción aunque sea para substituirla por otra mejor, ó para usar y gozar de otro modo el terreno ó los materiales de un edificio. Si en el usufructo hubiere casas, no puede cambiar la forma exterior de ellas, ni sus dependencias accesorias, ni la distribución interior de las habitaciones. Tampoco puede cambiar el destino de la casa, aun cuando aumentase mucho la utilidad que ella pudiere producir.

Así como se le prohibe emplear la cosa en usos que alterasen su substancia, del mismo modo, *el usufructuario no puede emplear los objetos sometidos á su derecho, sino en los usos propios á la naturaleza de ellos. Debe abstenerse de todo acto de explotación que tienda á aumentar por el momento, los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas sometidas al usufructo* (**art. 2879**), teniendo presente lo dispuesto en el Cód. de Minería cuando se tratare de minas.

No cambiar el destino de la *casa* y no *cosa*, como algunos proponen, es no emplearla en otro uso que el dado por el propietario, á menos que fuera imposible. Se ha dicho, en general, que el usufructuario no puede cambiar el destino de la cosa; pero el artículo especializa la hipótesis al usufructo de casas, en las que no puede cambiar la forma exterior, ni interior, ni menos su destino. — Comp. FREITAS, art. 4633, nos 1, 8 y 9. DEMOLOMBE, X, nº 442 y 443. Véanse arts. 1534, 1537, 2807, 2874 y 2879.

(**Art. 2879.**) Cuando no se hubiere determinado el uso ó goce de la cosa, debe atenderse á su naturaleza, para no destruirla. En cuanto al modo de explotación, téngase presente que el Código de Minería autoriza al usufructuario para trabajar las minas sin poner limitación á su derecho; pero cuando el usufructo fuere constituído para explotar la mina ó cantera, creo que el nudo propietario puede impedir se la agote por una elaboración en grande escala. Serán cuestiones de hecho.

El artículo se refiere á la fuerza productiva de la cosa, lo que puede aplicarse á las plantaciones ó á la tierra que debe dejársela descansar ó emplearla de manera que no resulte improductiva. — Comp. AUBRY y RAU, § 231, texto á la nota 5. ZACHARIÆ, § 309 texto y nota 4. FREITAS, art. 4644, nº 1. — Véanse arts. 1554, 1555, 1559, 2872, 2878 y 2892.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2892. — L. 13, § 7, Dig. *De Usufruct.*— Demolombe, tom. 10, nos 442 y 443.—Molitor, *Servidumbres personales*, nº 55.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2879. — Zachariæ, § 309.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El usufructuario tiene derecho para defenderse contra todo ataque sobre el uso y goce de la cosa, sin que pueda exigir al nudo propietario que salga á su defensa; pero si se tratare de los derechos que corresponden á éste, ó *de cualquier modo que se perturben por un tercero los derechos del propietario, el usufructuario está obligado á ponerlo en conocimiento de éste. Si no lo hiciere así, responde de todos los daños que al propietario le resulten como si hubiesen sido ocasionados por su culpa* (**art. 2880**).

(**Art. 2880.**) El usufructuario es dueño de defender su derecho ó de abandonarlo, siempre que la reclamación no perjudique al nudo propietario. Así, cuando su derecho de usufructo fuere cuestionado por otro usufructuario, él es dueño absoluto de su derecho y puede transar, ceder y aun abandonarlo, salvo cuando perjudicare al nudo propietario, y la duración no pasará de la vida del usufructuario; pero si el reclamante pretendiera la propiedad, ó si restringiera el usufructo alegando servidumbres sobre la cosa fructuaria, debe dar cuenta al nudo propietario, aunque en el 2° caso tiene derecho para defenderse por una acción negatoria. Si por el abandono de la cosa ésta se adquiriera por prescripción, el usufructuario responderá al nudo propietario del valor de ella. Notificado el propietario de la reivindicación, si el usufructo es constituído por título oneroso, está obligado á garantir al usufructuario el goce pacífico de su derecho; sin embargo, el usufructuario, no podrá entrar al pleito, y reclamará contra el constituyente; pero podrá defenderse por la acción confesoria, cuando el propietario constituyente hubiese abandonado la cosa, sin pleito alguno. La sentencia mandando restituir la cosa obligará al usufructuario, según los casos.

Si el usufructuario hubiera abandonado su derecho por negligencia ó porque la cosa fructuaria no le presta servicio alguno, y otro la poseyera como propia prescribiéndola, responderá al nudo propietario por dicha pérdida.

En general, para que el usufructuario responda por el daño causado, es necesario que conozca ó *deba* conocer las perturbaciones que sufra el derecho del nudo propietario, sin haberle dado aviso.

Cuando la prescripción ha comenzado á correr antes de entrar en el goce del usufructo, se debe suponer con razón, que no teniendo motivos para conocer hasta dónde se extendía su derecho, sobre todo tratándose de campos delimitados, ha tomado las cosas tales como se encontraban al entrar en el goce; si había otras personas establecidas en el inmueble

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 799.—De las reparaciones que debe hacer el usufructuario

Si bien el usufructuario procede como si fuera propietario con relación al uso y goce de la cosa, su derecho no es tan absoluto, porque debiendo devolverla al nudo propietario una vez terminado el usufructo, la ley le impone obligaciones con relación á la conservación; así, *el usufructuario debe hacer ejecutar á su costa las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa* (**art. 2881**, 1ª parte); es decir, aquellas reparaciones ordinarias

---

y no se le advirtió que no tenían derecho, no se le debe culpar que las haya dejado en él.

¿En qué tiempo debe dar conocimiento al propietario de las turbaciones sufridas?

En el que fuera suficiente para que éste pueda hacer uso de sus derechos; será responsable el propietario del daño sufrido, si le avisó cuando no podía reclamar.

Demolombe (X, 338) enseña, que el usufructuario está constituído, respecto del nudo propietario, en guardián de la cosa, lo que me parece muy absoluto, y debe limitarse á todo lo que pueda perjudicar la naturaleza de su derecho. Téngase presente, que el usufructuario es dueño de una fracción del derecho de propiedad y obra como tal. — Comp. Cód. Francés, art. 614. Goyena, art. 462, Freitas, art. 4619, nº 3. Proudhon, IV, nº 1672. — Véanse arts. 1530, 2464, 2782, 2785, 2876, 2877 y 2993.

(**Art. 2881.**) Las reparaciones ordinarias á cargo del usufructuario son las necesarias para la conservación de la cosa, y se distinguen de las

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2880.—Cód. Francés, art. 614— Italiano, 511—Holandés. 849—Napolitano, 539— de Luisiana, arts. 584 y 585.— L. 2, Dig. *Usufruct. quemad.* — Proudhon, nº 1672. — Demolombe, tom. 10, nº 338. — Demante, nº 457.— La obligación impuesta al usufructuario de denunciar las usurpaciones al propietario, tiene sólo por objeto que este pueda obrar contra los usurpadores, sin obstar á que el usufructuario pueda hacerlo por derecho propio, ó á que la acción que intente aproveche al propietario. De cualquier manera que el usufructuario consiga hacerse mantener ó restablecer en el ejercicio de su derecho, mantiene ó restablece también la posesión del propietario á cuyo nombre posee. De todo esto se deduce, que el usufructuario que ha satisfecho la obligación de denunciar las usurpaciones, no carga con ninguna responsabilidad por abstenerse de obrar él mismo ante los tribunales, porque esto es para él una facultad, y no una obligación.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que se hagan necesarias por el uso mismo de ésta, y *aun está obligado á las reparaciones extraordinarias, cuando se hacen necesarias por la falta de reparaciones de conservación, desde que se recibió de las cosas pertenecientes al usufructo, ó cuando ellas son causadas por su culpa* (**art. 2881**, 2ª parte), porque entonces las reparaciones vienen á ser la consecuencia de una falta cometida por el usufructuario.

Cuando el usufructo se ha constituído por contrato oneroso, ninguna de las partes podría dejarlo sin efecto á su voluntad, y el

---

demás, porque son regulares y periódicas, de una duración limitada, y no exceden de la cuarta parte de la renta anual, en el usufructo oneroso y de las tres cuartas partes en el gratuito; mientras las extraordinarias se caracterizan por lo accidental é imprevisto, y duran ordinariamente más de la vida del hombre, en una palabra, son estables, si es posible llamar así á las cosas. Cuando la reparación no debe durar ordinariamente sino lo que dura el derecho del usufructuario, se presume que son á su cargo.

Las reparaciones de conservación comprenden los gastos para mantener la cosa en buen estado, cambiando los materiales viejos por otros nuevos y disponiendo de aquellos. La obligación del usufructuario comienza desde la toma de posesión material de la cosa, dice el art. 2891; sin embargo, sostuvimos que los frutos correspondían desde que se constituyó en mora al tenedor de la cosa (en el usufructo por contrato) y desde la muerte del testador, en el por testamento (véase mi nota al art. 2852), y en esos casos la obligación comienza desde que tenga derecho á los frutos.

Las reparaciones extraordinarias son á cargo del usufructuario únicamente, cuando se hicieren necesarias por falta de las reparaciones ordinarias que ha debido ejecutar; suponiendo el tiempo bastante para hacerlo y que el retardo ha sido por su culpa; pero también estará obligado cuando de cualquier otra manera vinieran por su culpa á ser necesarias, ó cuando por el título constitutivo se comprometió á hacerlas. Las reparaciones extraordinarias se limitan á las indicadas por Demolombe, X, nº 560.—Comp. Cód. Francés, art. 605. Aubry y Rau, § 231. Zachariæ, § 309, texto y nota 6. Freitas, arts. 4619 y 4620.—Véanse arts. 1572, 1573, 2810, 2872 á 2884.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2881. — L. 22, Tit. 31, Part. 3ª. Sobre diversas clases de reparaciones á cargo del usufructuario.—Véase Zachariæ, § 309, y las notas desde la 6.—Demolombe, tom. 10, desde el 550.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

usufructuario no puede desligarse de las obligaciones que deliberada y conscientemente se impuso, por la renuncia del usufructo. La regla que preside á todos los contratos es que la voluntad claramente manifestada por las partes, es la ley de los contratantes, pero cuando se trata del usufructo constituído por testamento ó á título gratuito, *el usufructuario no puede exonerarse de hacer las reparaciones necesarias á la conservación de la cosa, por renunciar á su derecho de usufructo, sino devolviendo los frutos percibidos después de la necesidad de hacer las reparaciones ó el valor de ellos* (**art. 2882**), porque existiendo una correlación entre los frutos y la conservación de la cosa, debe aceptarse el abandono entregándolos.

Cuando el usufructo fuera sobre cosas de mero placer, en que el fruto consiste en el goce personal, como si se diera el usufructo

---

(**Art. 2882.**) Nuestro artículo ha venido á decidir la siguiente cuestión suscitada en derecho francés: ¿Desde cuánto debían devolverse los frutos? Cuatro opiniones diversas han sido sostenidas por distintos autores y nuestro artículo ha adoptado la de Demante y Duranton que nos parece la más jurídica y conforme á la justicia, desde que los frutos percibidos antes que la reparación fuera necesaria, no pueden responder para necesidades posteriores á su percepción. La obligación de las reparaciones está en correlación con los frutos que la cosa produce, y si los abandona cuando la reparación se hace necesaria, la renuncia no puede perjudicar al nudo propietario. Admitir el abandono, cuando el usufructo se ha adquirido por contrato, sería poner en la mano de uno de los contratantes la facultad de disolverlo, sobre todo cuando se trata de la renuncia de un derecho al que vienen aparejadas algunas obligaciones, por consiguiente lo dispuesto en este artículo debe limitarse al usufructo gratuito ó al constituido por testamento.

Cuando los frutos se devuelven no hay dificultad, pero cuando es su valor, ¿en qué tiempo deben estimarse? En el que tenían cuando los recibió, art. 2945; pero más conforme á la justicia habría sido en el momento de la devolución.—Comp. DEMANTE, II, nº 449, *bis*, III. DURANTON, IV, nº 623. PROUDHON, nº 2191. — Véanse arts. 1854, 2727, 2881, 3023 y 3169.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2882. — Demante, *Cours analytique*, nº 449 bis, § 3.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de un jardín, ó de un lugar destinado á paseo, ó cuando el fundo fuera improductivo, arts. 2844 y 2845, no habría razón para librar al usufructuario de las reparaciones por el abandono del usufructo, porque falte una de las condiciones que lo autorizan, que es la devolución de los frutos percibidos, después de la necesidad de hacer las reparaciones y con cuyo valor deberían costearse.

¿Desde cuándo comienza la obligación de hacer reparaciones? El usufructuario sólo está obligado á devolver las cosas como las recibe, y por consiguiente, si las tomó en mal estado, no puede imponérsele la carga de mejorarlas; su obligación es correlativa con los frutos, así pues, *la obligación de proveer á las reparaciones de conservación no concierne sino á aquellas que se han hecho necesarias después de entrar en el goce de las cosas. El usufructuario no está obligado respecto de lo que se hubiese arruinado por vejez ó á causa de un estado de cosas anterior á su entrada en el goce* (**art. 2883**), por consiguiente, *el usufructuario no está obligado á hacer ninguna reparación de conservación cuya causa sea anterior á la apertura de su derecho* (**art. 2886**).

(**Art. 2883.**) Cuando el usufructuario hubiere constituido en mora al poseedor, como goza de los frutos debería igualmente responder por los gastos de conservación; aunque el art. 2891 dice, responderá sólo desde que entrare en el goce de la cosa.

Si el usufructuario no hubiera hecho constar como se encontraban las cosas que recibió, se reputan que estaban en buen estado, salvo la prueba contraria, y tendrá la obligación de hacer las reparaciones desde que tomó posesión de ellas. Las obligaciones de reparación son generalmente correlativas de los frutos, y se debe decidir por punto general que deberá hacerlas siempre que los perciba. Los arts. 2886 y 2891 disponen lo mismo que el presente.—Comp. AUBRY y RAU, § 231, texto á la nota 17. DEMOLOMBE, X, n° 555.—Véanse arts. 2881 y 2891.

(**Art. 2886.**) La obligación por las reparaciones comienza «desde que recibió las cosas pertenecientes al usufructo», dice el art. 2881, mientras el 2883 agrega: «después de entrar en el goce de las cosas», que equivale ó significa lo mismo, y el art. 2891 hace nacer la obliga-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2883.—Aubry y Rau, 231, y nota 17.—Demolombe, tom. 10, n° 555.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las reparaciones se dividen en ordinarias y extraordinarias. Son ordinarias las que son generalmente regulares ó periódicas, y extraordinarias las accidentales ó imprevistas; pero la ley sin sujetarse estrictamente á estas limitaciones dice: *las reparaciones de conservación á cargo del usufructuario, son sólo las ordinarias para la conservación de los bienes que no excedan la cuarta parte de la renta líquida anual, si el usufructo fuese oneroso, ó las tres cuartas partes si el usufructo fuese gratuito* (**art. 2884**);

---

ción, *sólo desde el día en que entrare en posesión material.* Son tres distintos modos de expresarse, significando la misma cosa, porque recibir las cosas, ó entrar en el goce de ellas, ó tomar posesión material, significan lo mismo. La única diferencia es el adjetivo *solo* del art. 2891, que excluye todos los demás casos y que debe haber sido mal traducida del original de Freitas, art. 4629, que dice: «no principia la obligación del usufructuario..... *sino* desde el día en que entrare en posesión material», etc. Creo, no obstante, que siendo, por punto general, correlativa la obligación de hacer las reparaciones, con la de percibir los frutos, debería comenzar desde que tuviera derecho de percibirlos, y como lo tiene desde la interpelación, en que constituyó en mora al tenedor de la cosa, no ha necesitado entrar en posesión material de ella.

«La causa anterior á la apertura de su derecho», no debería entenderse sólo por la entrada en la posesión material de la cosa, aunque generalmente así suceda, sino desde que tuviera derecho á percibir los frutos, que es la obligación correlativa de hacer las reparaciones.

El artículo viene á decidir la cuestión suscitada entre Proudhon y Demolombe sobre el alcance de la expresión «después de la apertura del usufructo».—Comp. DEMOLOMBE, X, n° 572. PROUDHON, IV, n^{os} 1658 á 1663. DEMANTE, II, n° 449, *bis*, 1, y TOULLIER, III, n° 431.—Véanse arts. 2881 á 2883 y 2891.

(**Art. 2884.**) Nuestro artículo ha seguido á Freitas, art. 4641, pero ha suprimido las palabras de «usufructuario de edificios ó de inmuebles que tengan edificios», y por consiguiente se debe aplicar á toda clase de usufructo, menos al casi usufructo donde adquiere la propiedad de las cosas. Aunque la reparación fuera de las que comúnmente se llaman ordinarias por su periodicidad, no sería á cargo del usufructuario, si su

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2886. — Toullier, tom. 3, n° 431. — Demolombe, tom. 10, n° 572.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

mientras *son reparaciones y gastos extraordinarios los que fueren necesarios para restablecer ó reintegrar los bienes que se hayan arruinado ó deteriorado por vejez ó por caso fortuito* (**art. 2885**); así, son clasificadas entre las reparaciones extraordinarias, no sólo las establecidas por este artículo, sino también las ordinarias

---

importe pasara de la cantidad fijada per este artículo; pero cuando hubo culpa por su parte, cualquiera que fuera el valor, serían á su cargo, no como usufructuario sino como un tercero que ocasiona un daño á otro.—Comp. DEMANTE, II, nº 449.—Véanse arts. 2862, 2881 á 2883.

(**Art. 2885.**) Dos circunstancias deben llenarse para que la reparación sea extraordinaria: 1ª, cuando excede la cantidad fijada en el artículo anterior; 2ª, cuando se trata de reintegrar ó de restablecer las cosas arruinadas por vejez ó caso fortuito. En el primer caso, las reparaciones ordinarias se convierten en extraordinarias si exceden de la 1/4 parte de la renta, en el usufructo oneroso, y de las 3/4 partes en el gratuito; pero es necesario determinar si no hubo culpa en hacer unas reparaciones que no eran tan urgentes, dejando las otras que necesariamente debían traer mayor perjuicio. Serán cuestiones de hecho. El usufructuario que ha gastado en reparaciones hasta la cantidad determinada por el art. 2884, no está obligado á más.

En cuanto á la ruina de la cosa por vejez, se debe aplicar á las construcciones ó edificios, no á los cercos ó zanjas, ó cosas que están destinadas á renovarse periódicamente; así un cerco cuyos postes se pudren y caen, debe entrar entre las reparaciones ordinarias, siempre que no exceda su costo de la cantidad señalada en el art. 2884; pero en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho. El usufructuario no está obligado á levantar una pared que se cae; pero sí á impedir que continúe deteriorándose.

Las reparaciones extraordinarias no son á cargo del usufructuario, pero tampoco lo son al del nudo propietario; aquél salva su responsabilidad; así se debe entender de la disposición.—Comp. FREITAS, art. 4622. DEMOLOMBE, X, nº 552, y LAURENT, VI, nº 539.—Véanse arts. 1516, 2874, 2881, 2882, 2889 y 2941.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2884. — Sobre la materia de reparaciones, Demante, nº 449 bis, § 1.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2885. — Cuando se dice que las reparaciones extraordinarias son á cargo del propietario, es simplemente para libertar de ellas al usufructuario, y no porque el propietario deba hacerlas.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cuyo valor excedieran de la proporción establecida en el artículo anterior.

Las reparaciones de conservación deben ser hechas por el usufructuario, cuando se hicieren necesarias, y si por no ejecutarlas en tiempo oportuno las cosas se arruinaren, está obligado á las reparaciones extraordinarias, así, *el propietario puede obligar al usufructuario durante el usufructo á hacer las reparaciones que están á su cargo, sin esperar que el usufructo concluya* (**art. 2887**).

Si buscando su propio provecho *el usufructuario hiciere reparaciones que no están á su cargo, no tendrá derecho á ninguna indemnización* (**art. 2888**), porque el nudo propietario no puede

---

(**Art. 2887.**) La razón es que el usufructuario tiene una obligación personal de hacer las reparaciones ordinarias, y el nudo propietario está investido del derecho de exigirlas, sin esperar á la conclusión del usufructo. El nudo propietario tiene un interés actual en que las reparaciones se hagan.

Nuestro artículo viene á disipar las dudas suscitadas por la redacción del art. 605, Cód. Francés.—Comp. DEMOLOMBE, X, n° 573. MARCADÉ, al art. 605. TOULLIER, II, n° 429, nota *A*.—Véanse arts. 2938 y 2939.

(**Art. 2888.**) Se trata de reparaciones extraordinarias ó de las ordinarias que excedan de la cantidad indicada en el art. 2884, no de las *mejoras* que pueda hacer. Si el usufructuario hace reconstrucciones para su comodidad y provecho, es porque ha juzgado que esos gastos estaban compensados con el provecho obtenido. Sobre todo, como nada puede exigir del nudo propietario respecto de reparaciones, y tampoco sería justo que deteriorase la cosa, y aunque la dejare en el mismo estado, debe perderlas.

Así, cuando hubiere reconstruido un edificio en ruinas poniéndole techo, no podrá sacar éste á la conclusión del usufructo, aunque dejare las cosas tal como las recibió. ¿Podrá compensar las reparaciones extraordinarias con los deterioros causados en otra parte de la cosa fructuaria? Me decido por la afirmativa, pues de otro modo se autorizaría al nudo propietario para enriquecerse á costa del usufructuario. Freitas, art. 4624, de donde fué tomado el artículo, agrega: «á menos de que éste lo auto-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2887.—L. 7, §§ 2 y 3, y L. 64, Dig. *De usufruct.*—Demolombe, tom. 10, n° 573.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ser obligado á mantener su cosa en buen uso; él ha concedido el goce y no tiene más deber que el dejarlo hasta que concluya el usufructo, á menos que expresamente hubiera tomado sobre sí la obligación de hacer tales ó cuales reparaciones. Por el contrario, *si el nudo propietario hiciere reparaciones ó gastos que estén á cargo del usufructuario, tendrá derecho á cobrarlos de éste* (**art. 2890**), porque recibe el beneficio directo del goce, y no ha hecho sino ejecutar lo que estaba obligado á hacer; pero si el nudo propietario ejecutare reparaciones extraordinarias que no debiera hacer el usufructuario, se debe distinguir: si fueren extraordinarias por su valor, caso del art. 2884, el usufructuario debe concurrir con la cuota designada en dicho artículo; si fueren extraordinarias por causa de vejez ó caso fortuito, á nada está obligado.

---

rizase válidamente á hacerlas y se obligase á pagarlas», y así debe entenderse.—Véanse arts. 2874, 2889 y 2910.

(**Art. 2890.**) Se dijo en el art. 2887 que el nudo propietario podía obligar al usufructuario á hacer las reparaciones que estuvieran á su cargo, y para conciliar este derecho con el acordado en el presente artículo, debemos suponer necesariamente que las reparaciones demandadas no han sido hechas, y que el juez lo ha autorizado para realizarlas, ó que los momentos fueron tan apremiantes que no hubo tiempo para pedirla. El nudo propietario no puede entrar en la propiedad sin consentimiento del usufructuario para hacer reparaciones, y cuando éste lo consiente y niegue que sea á su cargo el hacerlas, el juez decidirá; lo mismo sucederá en el caso de mejoras urgentes, cuando el usufructuario negare que son necesarias ó que no le correspondan, en que el juez resolverá.

Cuando hiciere las reparaciones á cargo del usufructuario, se reputará como un verdadero mandatario, y podrá ejercer los derechos de tal, cobrando el importe de lo gastado, con intereses, desde el empleo del dinero, pero no tendrá derecho á retribución por el trabajo, porque ha obrado en su propio interés, art. 1871.—Comp. Freitas, art. 4626. Demolombe, X, nº 580.—Véanse arts. 2881, 2891 y 2938.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2888.—Véase fallo al art. 1909.—Jur. Civ., VI, 9, Ser. 2ª.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2890. — L. 48, Dig. *De Usufruct.*— Proudhon, tom. 4, nº 1641.—Demolombe, tom. 10, nº 580.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Como el nudo propietario sólo entrega el goce de su cosa y se obliga á mantenerlo en él, de ahí resulta que, *el usufructuario no tiene derecho para exigir que el nudo propietario haga ningunas mejoras en los bienes del usufructo, ni reparaciones ó gastos de ninguna clase* (**art. 2889**).

§ 800. — Desde qué tiempo comienza la obligación de hacer reparaciones

Hay una íntima correlación entre el derecho de percibir los frutos y la obligación de hacer los gastos necesarios para la conservación de la cosa; pero esta correlación deja de existir cuando las reparaciones fueren extraordinarias, y excedieren de la cuarta

---

(**Art. 2889.**) Cuando el usufructo se constituyera por contrato, el nudo propietario entregará la cosa fructuaria en el estado en que se encuentre á su constitución; si fuere por testamento, el usufructuario la recibirá en el estado en que se hallare á la muerte del testador, pues no tiene derecho á que se la entreguen en buen estado, á menos de pacto expreso en el contrato ó de disposición testamentaria. La obligación del nudo propietario es de entregar el goce de la cosa. Si á pesar de las reparaciones ordinarias la cosa se destruyera, el nudo propietario no puede ser obligado á contribuir para mantenerla en buen estado; esto sería dar un derecho al usufructuario que no estaría en armonía con la facultad del propietario, de dejarla que se arruine ó de abandonarla. Todo esto se entiende que es para cuando no hubiere pacto en contrario, como dice Freitas, art. 4625, de donde fué tomado el artículo. Hay impropiedad en la expresión, «ningunas mejoras» y debería corregirse.

El nudo propietario sólo estará obligado por las cargas que graven la propiedad en los casos de los arts. 2895 y 2896, en que deberá contribuir el usufructuario.

Nuestro artículo ha venido á decidir la cuestión suscitada en derecho francés con ocasión del art. 605, Cód. Francés, y Demolombe, X, 584, demuestra con muy buenas razones que el nudo propietario no puede ser obligado á hacer reparaciones extraordinarias.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2889. — Proudhon, *Usufruit,* n° 1652. —Toullier, tom. 3, nos 443 y siguientes. — Marcadé, sobre el art. 605. — Demolombe, tom. 10, n° 584.—Zachariæ, § 309.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

parte de la renta líquida, en el usufructo oneroso, y de las tres cuartas partes en el gratuito.

Si en general, el que percibe los frutos tiene la obligación de conservar la cosa recibida en usufructo, esa obligación no cesaría cuando el uso consistiere en mero placer ó se tratase de cosas improductivas; así no se puede sostener que esa correlación deba siempre existir.

Y cuando el **art. 2891**, 1ª parte dice: *la obligación del usufructuario de hacer reparaciones y gastos á su cargo, sólo principia desde el día en que entrare en posesión material de los bienes del usufructo,* no ha tenido en cuenta el tiempo en que pudieran corresponderle los frutos, que pueden no existir, ó tener derecho de percibirlos sin obligación alguna.

En la generalidad de los casos, la posesión material de la cosa coincide con el derecho de percibir los frutos, pero hay otros en que no sucede así, como si no pudiere dar fianza el usufructuario, en que no entra en posesión, y sin embargo tiene derecho á los frutos y está obligado á hacer las reparaciones.

Las reparaciones á cargo del usufructuario son las que se han hecho necesarias después de la posesión material de la cosa, *antes de ese día, el constituyente del usufructo, ó el nudo propietario, no está obligado á hacer reparación alguna, aunque los bienes se deterioren* (**art. 2891**, 2ª parte), haciéndose la diferencia entre el constituyente que puede ser el nudo propietario, de cuando no lo fuere, por haber transferido á otro la nuda propiedad, pues en este caso el constituyente viene á ser una persona completamente extraña, que no tiene interés alguno.

Mas si la tardanza en recibir los bienes fuere porque el usufructuario no llenare las obligaciones que deben preceder (como la de inventario, fianza, etc.) *y el nudo propietario hiciere las reparaciones que están á cargo del usufructuario después de la entrega de los bienes, tendrá derecho para exigir de éste lo que hubiese gastado, y para retener los bienes hasta que sea pagado* (**art. 2891**, últ. parte), porque no debe enriquecerse á costa de otro.

---

§ (**Art. 2891.**) Aunque en general la obligación de hacer reparaciones sea correlativa del derecho de percibir los frutos de la cosa, el presente

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El nudo propietario desempeña en estos casos un mandato necesario, pero será responsable para con los terceros que hubieren hecho las reparaciones, no obstante el derecho que pudieran ejercer dichos acreedores sobre la cosa en que las hubieren hecho.

---

artículo, siguiendo los principios de los arts. 2881 y 2883, declara que sólo debe responder por las reparaciones desde la toma de la posesión material de la cosa. Ante tan terminante disposición, repetida en el art. 2881 que le impone la obligación, desde *que se recibió de la cosa*, ó después *de entrar en el goce de ella* como lo dice el art. 2883, debemos convenir, que la obligación de hacer las reparaciones sólo principia desde la toma de posesión material de la cosa. Cuando hubiere un intervalo entre la constitución del usufructo y la toma de posesión, ¿á quién corresponderían las reparaciones que fueren necesarias en ese tiempo? El usufructuario sólo responde desde la toma de la posesión material, y el constituyente del usufructo ó el nudo propietario *antes de ese día* no están obligados á hacer reparación alguna. Nadie responde de los deterioros que en ese intervalo se produzcan, situación que parece original, pero que no lo es en realidad. Supongamos el usufructo constituido por contrato; si el usufructuario no reclama la entrega de la cosa, el constituyente continuará gozando de ella, y como es verdadero dueño, nadie puede obligarlo á hacer reparaciones en lo que es suyo; la entregará cuando le sea reclamada en el estado en que se encuentra. Si ha sido constituido en mora por la interpelación judicial, deberá la cosa con sus frutos, desde la demanda, art. 2433, en virtud del cuasi contrato, con más los daños y perjuicios ocasionados por la no entrega, entre los que se contarán los deterioros sufridos.—Véase la nota al art. 2884.

Si la propiedad se dividió por testamento, en usufructo y nuda propiedad, ni el heredero que representa al constituyente, ni el nudo propietario, están obligados á hacer reparaciones. Estas situaciones excepcionales que no ocurrirán en la práctica sino rara vez, porque todo el que tiene derecho á una cosa ó á los frutos que ella produce, la reclama, no altera sino momentáneamente la correlación general que existe entre el derecho de percibir los frutos de la cosa y la obligación de hacer en ella las reparaciones ordinarias. Así es como pueden llegar casos en que el que percibe los frutos de una cosa, no tenga obligación de hacer las reparaciones ordinarias. Si el usufructuario reclamare la cosa, tendrá derecho á los frutos, si no pudiere obtenerla por no poder dar fianza (art. 2853), y de aquí nace la obligación de hacer las reparaciones necesarias para la conservación, y deben ser abonadas al nudo propietario ó al constituyente

LaLeyJus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando el usufructo fué constituído por contrato, y el usufructuario no reclamare la posesión de la cosa, el nudo propietario que la poseyera no tiene obligación de hacer reparaciones, porque la cosa sigue siendo suya en toda su integridad; pero si hubiere sido demandado deberá los frutos desde la demanda, y podrá compensarlos con las reparaciones hechas, si fueren á cargo del usufructuario.

§ 801. — De las obligaciones del usufructuario. — Actos de negligencia. — Impuestos públicos

El usufructuario usa y goza de la cosa como si fuera propietario, pero debe conservar los derechos de éste, de modo que acto alguno de tercero venga á perjudicarlo. Él tiene en su poder la cosa, y debe dar cuenta al nudo propietario de cualquier acto que

---

si las hubiere hecho. Este es un caso de excepción al principio de que no tiene obligación de hacerlas, sino desde el día en que entrare en posesión material de la cosa.

Es entendido que el poseedor de la cosa en los casos en que no le fuere reclamada por el usufructuario, será siempre responsable por los deterioros ocurridos por su culpa.

Las reparaciones á cargo del usufructuario que fueren hechas por el constituyente del usufructo cuando debiera los frutos, ó por el nudo propietario que tiene la posesión de la cosa por no poder dar fianza el usufructuario deberá pagarlas éste desde que se hicieron, así como los intereses. Exigirá lo que hubieren costado y no lo que valieren, salvo cuando fueren excesivos los gastos, y se probare que no ha debido emplear esa cantidad.

El derecho de retención puede ejercerse sobre los frutos, si alcanzaren para pagar los gastos, entregando la cosa.—Freitas, art. 4629.

Demolombe, X, 554, dice: «el heredero que percibe los frutos hasta la entrega del legado, debe hacer las reparaciones de conservación»; lo que es cierto en derecho francés, pero no en el nuestro, porque el art. 3766 declara al legatario de cosa determinada propietario de ella, y con derecho á los frutos, desde la muerte del testador. — Comp. Proudhon, III, nº 1655 y 1656. — Véanse arts. 2856, 2881 á 2888, 2890 y 3766.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2891.—Demolombe, nº 554.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ataque sus derechos; así, *el usufructuario es responsable, si por su negligencia dejare prescribir las servidumbres activas, ó dejare por su tolerancia adquirir sobre los inmuebles servidumbres pasivas, ó dejare de pagar deudas inherentes á los bienes en usufructo* (**art. 2893**).

El usufructuario no puede constituir servidumbres sobre el inmueble fructuario, más allá de la duración del usufructo; sin embargo puede dejar que las prescriban, y aunque parece incongruente esta facultad, no lo es, porque hay una diferencia fundamental entre acordar un derecho á otro por su propia voluntad, y en dejar que ese otro, por actos propios y con completa independencia, lo adquiera para sí.

El usufructuario, que podemos decir es un propietario interinario ó con dominio revocable, pues no tiene más límite que el no

---

(**Art. 2893.**) Para conservar las servidumbres activas, es necesario usarlas, porque si en general el simple no uso de un derecho no hace que se pierda, en las servidumbres, por excepción, sucede lo contrario. Cuando estudiemos el art. 3059, explicaremos esta especie de anomalía. Así es que el no uso por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes hace extinguir la servidumbre activa que un inmueble tiene sobre otro. El usufructuario puede reclamar la servidumbre por la acción confesoria. Cuando la servidumbre se adquirió por el nudo propietario después que el usufructuario estaba en posesión de la cosa, no es responsable por la pérdida ocasionada por el no uso, pues no está obligado á usarla, art. 2983.

Cuando el usufructuario se ha dejado adquirir por prescripción una servidumbre sobre el inmueble fructuario, habiéndola podido rechazar por la acción negatoria, debe el menor valor que tenga inmueble por ocasión de la servidumbre. Si la hubiere impuesto por contrato, durará el tiempo del usufructo, si no tuvo plazo determinado. Si bien ha podido por su inacción dejar que otro adquiera una servidumbre por prescripción, no puede sin embargo imponerla por contrato de una manera permanente, sobre el inmueble fructuario, porque no puede enajenar lo que no le pertenece.

Las deudas inherentes al usufructo son las que pesaren sobre los frutos ó sobre el goce, así como las contribuciones directas sobre el inmueble etc., art. 2894. — Comp. FREITAS, art. 4638. — Véanse arts. 1530, 2876, 2877, 2880, 2980, 2982, 2984 y 3260.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

alterar la substancia de la cosa, debe soportar todas las cargas impuestas al goce de su derecho; por eso *el usufructuario debe satisfacer los impuestos públicos, considerados como gravámenes á los frutos, ó como una deuda del goce de la cosa, y también las contribuciones directas impuestas sobre los bienes del usufructo* (**art. 2894**).

(**Art. 2894.**) Los impuestos pueden ser considerados como gravámenes de los frutos, cuando son puestos á estos independientemente de la cosa, como los derechos á la venta de los frutos, ó á la introducción de ellos en una localidad, ó á su extracción, ó cuando es impuesto al goce, como las patentes para continuar con el negocio. A *la cosa misma,* como la contribución directa, y demás impuestos municipales; pero el empedrado ó pavimentación de la calle, construcción de cloacas y otros impuestos semejantes gravando la propiedad y aumentando su valor, serán á cargo de ambos. Los impuestos municipales gravan generalmente la propiedad; sin embargo, deben ser pagados por el usufructuario, pues lo son al goce de la cosa. ¿Deberá pagar igualmente los impuestos extraordinarios? Demante se decide por la negativa; pero soy de la opinión de Demolombe, X, nº 601, quien sostiene lo contrario, y en este sentido se ha resuelto por el Tribunal Civil del Sena, en Junio 7 de 1856.

No se debe hacer distinción entre el usufructuario universal y el particular, para el pago de los impuestos públicos, pero sí cuando se trata de rentas perpetuas ó viajeras.

El usufructuario sólo responde durante el tiempo de su goce, de modo que las contribuciones atrasadas, son á cargo del nudo propietario; pero con relación á las corridas y que se vencieran después de extinguido el usufructo, las deberá en la proporción al tiempo corrido. Si los intereses y arrendamientos que son frutos activos los percibe en proporción al tiempo transcurrido, del mismo modo deberá los impuestos, que se pueden considerar como frutos civiles pasivos. — Comp. PROUDHON, V, nº 1681. CÓD. FRANCÉS, art. 608. DEMOLOMBE, X, nº 600 á 608, GOYENA, art. 457.

Freitas, art. 4639, dice: las pensiones anuales ó periódicas que gravaren el inmueble fructuario; los impuestos del inmueble; la décima urbana y otras semejantes». — Véanse arts. 2895, 2897, 2899 y 3259.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2894. — Cód. Francés, art. 608 — Italiano, 503—Napolitano, 533—De Luisiana, 572.—L. 52, Tít. 1, Lib. 7, Dig.—L. 27, § 3, Id.—Demolombe, tom. 10, nº 609, y nos 599 y siguientes.—La L. 22, Tít. 31,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 802. — Contribución del usufructuario á las cargas con el nudo propietario. — *(Continuación)*

Si el usufructuario soporta exclusivamente las cargas que gravan el goce de la cosa, es porque su derecho es el gravado, y la nuda propiedad nada tiene que ver. Sería injusto obligar al nudo propietario al pago de los impuestos, de contribuciones directas, ó de los que gravan la renta, etc., que tienen por base lo que la cosa produce, y no se refieren á la propiedad en sí misma.

Pero cuando la propiedad es la gravada, como esos impuestos tienen por objeto darle mayor valor mejorando la posición, en vista de un interés superior, como el de higiene, salubridad ú ornato; aumentando en cierto modo la capacidad de su goce, desde que la ponen en mejor condición, como por ejemplo: un terreno anegadizo al que se le impone un derecho de desagüe, como beneficia con esta mejora, *el usufructuario está obligado á contribuir con el nudo propietario, al pago de las cargas que durante el usufructo hubiesen sido impuestas á la propiedad* (**art. 2895**), porque

---

(**Art. 2895.**) ¿En qué consisten esas cargas? Nuestro artículo no ha resuelto la dificultad suscitada con ocasión del art. 609, Cód. Francés, yno se podría dar una definición completa de las cargas á que se refiere. Sólo podremos decir, que habla de las excepcionales ó extraordinarias, que interesan á la propiedad misma dándole mayor valor ó mejorándola de un modo permanente, y por consiguiente aumentando los frutos ó rentas; como sería la pavimentación, las cloacas y otras semejantes, que aumentan el valor de la cosa y mejoran el uso ó la renta que la cosa produce; á esas cargas está obligado á contribuir con el nudo propietario.

¿Las cargas deben ser impuestas necesariamente durante el usufructo? Así parece desprenderse de la redacción del artículo; pero no lo han

---

Part. 3ª, solo dice: *si diezmo ú otro tributo ó pecho alguno oviese á salir de la cosa en que le otorgaron el usufructo, él lo debe pagar del fruto que llevare ende.*

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2894.—El padre usufructuario de los bienes de los menores no puede cargarles los gastos de contribución directa.—Jur. Civ., X, 235, Sér. 4ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

mientras goza de su derecho éste se encuentra en mejores condiciones y puede obtener mayores ventajas.

Cuando no se tratare de impuestos, sino de obras necesarias que aumentan el valor de la propiedad, lo natural y justo habría sido que el usufructuario pagara los intereses de los capitales empleados en esas mejoras, mientras durase su derecho de usufructo, y á eso debería haberse limitado el **art. 2896**, que dice: *el usu-*

---

entendido de este modo Proudhon, Zachariæ, Marcadé, Aubry y Rau, y Demolombe, quienes dicen, que la expresión debe tomarse no con relación á la fecha del establecimiento del impuesto, sino á la de su pago; por cuya opinión me decido, porque nada importa que el impuesto haya sido creado antes de la constitución del usufructo, cuando debía pagarse durante este ¿Por qué se le obliga al usufructuario á contribuir á esos gastos? Por la sencilla razón de que la cosa fructuaria ha aumentado de valor y produce más, entonces es inútil averiguar cuando se creó el impuesto, si ha dado al inmueble fructuario mayor valor, y la carga se debe pagar durante el usufructo. Pero me separo en parte del común sentir de estos autores, porque el usufructuario contribuirá al pago del impuesto creado antes de entrar en el goce, sólo en proporción del tiempo de dicho goce; así en el ejemplo de Proudhon, IV, nº 1861, de un impuesto creado de 400 francos sobre la propiedad, pagaderos á los dos años; el primer año vencido lo debe el heredero del testador que constituyó el usufructo, pero si falleció el testador al año y seis meses, el usufructuario sólo contribuirá con el nudo propietario por los seis meses que faltan; no deberá pues, los 100 francos mitad de los 200, sino 50, mitad de los seis meses que corresponden al goce. Y me fundo en los mismos razonamientos de Demolombe en el nº 607 cit., de que los frutos civiles activos (rentas, intereses) se adquieren día por día, (art. 2865) y así se deberán los frutos civiles pasivos, que gravan la propiedad fructuaria, día por día. Lo mismo se aplicaría á los impuestos ordenados por los gobiernos para la nivelación, canalización y desagüe de los terrenos etc., se atendería á lo que debe el inmueble por razón de ellos cuando el usufructuario ha entrado en el goce. — Comp. AUBRY y RAU, § 231, nº 6, DEMOLOMBE, X, nº 611, MARCADÉ, al art. 609.

(**Art. 2896.**) Fuera de las cargas públicas que se toman en general como impuestos, hay otras que deben ser soportadas igualmente por ambos, pues reciben el beneficio.

El pleito seguido contra el que reivindica la cosa, cuyos gastos deben

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

fructuario está obligado á contribuir con el nudo propietario al pago de los gastos de cerramiento forzoso de la propiedad, y al deslinde de ella, siempre que sea ejecutado á solicitud de algún vecino, y también á la apertura de las calles y otros gastos semejantes, pero nuestro Código, apartándose de la común doctrina, ha establecido que, *en todos los casos en que el usufructuario esté obligado á contribuir con el nudo propietario para satisfacer las cargas de la propiedad, será en proporción del valor de los bienes sujetos al usufructo, y de los que queden al heredero del pro-*

---

ser comunes; así como el reembolso que deba hacerse al vencido en la propiedad por las mejoras hechas en esta; porque todo esto beneficia á la propiedad plena, y no al nudo propietario únicamente.

Los gastos de cerramiento forzoso, se tomarán como un ejemplo, y deben considerarse comunes todos los creados por la ley, ó por la administración pública, y que no sean verdaderos impuestos, sino mejoras que aumentan el valor de la plena propiedad, como el hacer desaparecer los pantanos, el levantamiento del terreno, la apertura y conservación de caminos, etc. Los gastos de cerramiento forzoso y de deslinde deben ser hechos con ocasión de exigencias de los vecinos, para que sean comunes, porque si nadie los pidiera, serán sólo á costa del que los ejecuta, pero cuando la autoridad pública los ordenare, serán comunes, como en el caso anterior.

Los casos citados se deben considerar como ejemplos, pues el artículo termina con la expresión, *y otros gastos semejantes*. Cuando el usufructuario ó el nudo propietario ejecutaren las obras exigidas, tendrán derecho para repetir su valor en la proporción del artículo siguiente; si se hicieron sin exigencia inmediata, y una disposición posterior la ordenara, no tendrán derecho para repetirlo, porque la exigencia posterior no puede crearles un derecho que habían perdido, y no podrían destruir lo hecho con el objeto de hacer contribuir al otro á los gastos. Se trata del cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley ó por la administración pública; otra cosa sería cuando fueran simples mejoras hechas en provecho propio, y que puede demoler durante el usufructo. El art. 2874 se refiere á las mejoras existentes á la conclusión del usufructo, y no de las que se hacen durante el goce, y que pueden destruirse ó substituirse por otras á voluntad del usufructuario.—Comp. AUBRY y RAU, § 231, texto á la nota 29. DEMOLOMBE, X, nº 612, 613, 622 y 646 *bis*.—Véanse arts. 2726, 2746, 2752, 2874 y 2895.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pietario (**art. 2897**); sin embargo, no ha dicho cuál debería ser esa proporción, cuando no hubiera más bienes que los dejados en usufructo.

(**Art. 2897.**) Este artículo, mal inspirado en mi opinión, levanta dificultades de solución casi imposible. En efecto, comienza por establecer un principio para *todos las casos*, y concluye reduciéndolo á una especie de casos, reglando en seguida en los arts. 2900 y 2901 el modo como debe concurrir el usufructuario universal ó de parte alícuota con los herederos de la nuda propiedad, reduciendo el presente á regir al usufructuario particular.

En derecho francés, el usufructuario debe pagar el interés del capital empleado en los gastos, y una vez concluído el usufructo cesa su obligación, á semejanza de lo dispuesto en el art. 2900, lo que es racional y justo, pues sólo paga el aumento de su goce; pero el nudo propietario que recibe el beneficio final, (aumento de valor de la cosa) debe contribuir con el capital. ¿Por qué nuestro artículo se ha separado de esta regla? No es fácil comprenderlo, ni creo se pueda justificar ante los principios.

Comenzaremos por establecer que el artículo habla de una *especie* de casos; al usufructo particular constituído por testamento. En esa especie de casos pueden ocurrir dos hipótesis: 1ª que el testador haya dejado á sus herederos otros bienes además de la nuda propiedad; 2ª que no tenga más bienes que los dejados en usufructo. En el primer caso para establecer la proporción en que contribuirá el usufructuario al pago del cerramiento forzoso ó demás cargas impuestas á la propiedad, debe comenzarse por estimar el valor de los bienes dejados en usufructo, y el de los demás que queden al heredero; así, si suponemos que los bienes comprendidos en el usufructo valen 1500 y los demás 500, el usufructuario pagará 3/4 partes y la 1/4 parte restante el heredero. Así lo propone el Dr. Llerena y parece desprenderse del contexto del artículo; pero no creo se deba aceptar tal sistema, porque resultarían inaplicables los arts. 2896 y 2909. A mi juicio debe estimarse el valor del usufructo, el de la nuda propiedad y el de los otros bienes; así, en el ejemplo propuesto: si la nuda propiedad vale 1,000; 500 el usufructo y 500 los otros bienes, el usufructuario pagará la 1/4 parte y el heredero las 3/4 partes restantes; si no hubiere otros bienes, el usufructuario pagaría la 1/3 y las 2/3 restantes el heredero ó nudo propietario. Aceptar el sistema propuesto y que parece nacer de las palabras *en proporción del valor de los bienes sujetos al usufructo,* sería una verdadera injusticia, no sólo porque pesaría casi

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La disposición del art. 2897 se aplica al usufructo particular establecido por testamento, porque el universal está regido por el art. 2900.

§ 803. — DEL USUFRUCTO UNIVERSAL. — *(Continuación)*

Dijimos que el usufructo universal es el que abraza todos los bienes ó una parte alícuota de los dejados por el testador; en el primer caso, *si el legado de usufructo comprende todos los bienes del testador, y el usufructuario universal quisiera anticipar las sumas necesarias para el pago de las deudas de la sucesión, el capi-*

---

toda la carga sobre el usufructuario, cuando el beneficiado es el nudo propietario, sino también porque no respondería á la 2ª hipótesis y quedarían sin aplicación los arts. 2896 y 2909, pues no habría proporción que establecer.

En el sistema propuesto por mí, valiendo la propiedad 1,000 y 500 el usufructo, el nudo propietario contribuirá con las dos terceras partes y el usufructuario con la tercera. El artículo dice: «se pagará en proporción del valor de los bienes sujetos al usufructo, y de los que queden al heredero del propietario», sin entenderse que el usufructuario deba cargar con el valor de la propiedad plena, y sí únicamente con lo que importa el usufructo.

¿Y cuando el usufructo se ha constituído por contrato? El mismo autor sostiene que debe seguirse la proporción dada por el artículo, sin recordar que según su sistema no hay proporción alguna, pues los debe pagar el usufructuario. El Dr. Segovia opina, que las palabras *en todos los casos*, no autorizan á extender, por vía de analogía, la disposición excepcional del presente artículo; pero no da una regla que pueda seguirse. Por mi parte, y según la explicación dada anteriormente, la proporción en que deberán concurrir será la del valor del usufructo y el de la nuda propiedad. Pero lo justo sería que siempre concurra el usufructuario con el interés que importan las cargas, y cuando las hubiere satisfecho tenga derecho á cobrarlas al finalizar el usufructo, como en el sistema francés.—Comp. AUBRY y RAU, § 231, texto á la nota 29. DEMOLOMBE, X, nos 612 y 613 y PROUDHON, IV, nº 1877.—Véanse arts. 2895, 2896, 2900 y 2901.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2897. — Cód. de Luisiana, art. 581.—Aubry y Rau, § 231, nº 6.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tal debe serle restituído sin interés alguno al fin del usufructo. Pero si el usufructuario no quisiere hacer la anticipación, el heredero puede elegir, ó pagar las deudas, y en este caso el usufructuario debe los intereses durante el usufructo, ó hacer vender una porción de los bienes sujetos al usufructo (**art. 2900**), porque no ha-

---

(**Art. 2900.**) Se trata del usufructuario universal que debe gozar de todos los bienes, sin ser heredero; sin embargo, si no pagare las deudas que gravan la sucesión, para repetir su valor del heredero á la conclusión del usufructo, pueden vendérsele los bienes necesarios para esto, en cuyo caso deben ponerse de acuerdo con el nudo propietario que es quien puede ordenar la venta. Si hubiere disconformidad sobre los bienes que deban venderse, así como sobre el modo de proceder, el juez resolverá, porque ambos tienen un legítimo interés y sus derechos deben ser salvaguardados por la autoridad.

Si el usufructuario ha pagado las deudas, no podrá exigir el capital sino á la conclusión del usufructo. Si lo ha hecho el nudo propietario, ¿qué interés deberá cobrar al usufructuario? ¿Los que tenían las deudas pagadas, los de plaza ó los que cobrare el Banco Oficial? Creo que los cobrados por el Banco de la Nación, porque se encuentra en la categoría de las sumas de dinero prestadas sin interés convenido, art. 622, y se deben los legales, sin hacer distinción sobre si las deudas tenían ó no intereses estipulados.

Cuando el usufructuario ha pagado las deudas, no se subroga verdaderamente en los derechos del acreedor, porque entonces podría cobrarla inmediatamente del heredero, así como los intereses que el acreedor podía reclamar, y sólo tiene derecho al capital, exigiéndolo á la conclusión del usufructo. La obligación de reembolso no nace de la subrogación, sino porque obrando en beneficio del heredero, ha ejecutado un acto en su propio provecho, libertándose de ser privado del goce de los bienes que se habrían vendido para pagarlos.

Si el nudo propietario pagó la deuda vencida, tenga ó no intereses convenidos, tiene derecho á cobrar del usufructuario los intereses legales; pero si éste no hubiere abonado los vencidos durante el usufructo, y para evitar la venta los pagare, podrá cobrarlos. Los intereses de las deudas no vencidas que corriesen durante el usufructo deberán pagarse por el usufructuario; pero no los vencidos antes de entrar en el goce de los bienes.

¿Tienen los acreedores una acción directa contra el usufructuario por los intereses devengados durante el usufructo? ¿Pueden ejecutarlos en

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

biendo legado, sin previo pago de las deudas de la sucesión, el nudo propietario y el usufructuario sólo pueden ejercer sus derechos sobre el remanente de la herencia. En el segundo caso, *si el legado del usufructo no comprende sino una parte alícuota de los bie-*

---

sus bienes propios por ocasión de esos intereses? Respecto de la primera cuestión, creo que los acreedores pueden demandar al usufructuario ó al nudo propietario ó ambos á la vez, porque nada se opone á su derecho, pues poseen los bienes de la sucesión; pero no creo que pueda ser ejecutado en sus bienes propios, porque no es heredero, y sólo debe á título de usufructuario y con los bienes de la sucesión.

Cuando el usufructuario ha pagado las deudas de la sucesión, como su derecho de reembolso no comienza sino á la conclusión del usufructo, la prescripción sólo principiará á correr desde la exigibilidad del crédito, y soy de la opinión de Proudhon, IV, n° 1909, de que la prescripción no correría contra el usufructuario acreedor de la sucesión por otras deudas, porque se debe suponer que él las ha pagado, cobrándolas recién á la conclusión del usufructo.

¿El nudo propietario universal debe los intereses de las cantidades pagadas (á los acreedores de la sucesión) por el usufructuario, desde que ha terminado el usufructo? El procurador general Marnas, en Francia, ha sostenido la negativa con muy buenas razones, pero la Corte de Casación las rechazó fundándose en que, cuando el usufructuario, haciendo uso de su derecho, ha pagado las deudas, como goza durante el usufructo de la totalidad de los frutos de la cosa, era de toda justicia que se le privara de los intereses de esas sumas durante el usufructo, porque de otro modo habría tenido un doble goce: 1°, el que produce la cosa materialmente; 2°, el de los intereses de las sumas pagadas. Pero cuando su goce ha cesado á la conclusión del usufructo, para pasar de pleno derecho al nudo propietario, es justo que desde ese mismo instante éste tenga la obligación de pagar al usufructuario los intereses de las sumas debidas como una compensación y reciprocidad de derecho y de equidad, porque vendría á tener un doble goce, el de la cosa y el de los intereses. Me inclino á esta opinión por más que el art. 509 no haga incurrir en mora al deudor sino desde la interpelación; y por una razón análoga creo que el usufructuario debe al nudo propietario los intereses de las sumas pagadas á los acreedores de la sucesión, desde el momento en que lo hizo.—Véase art. 2922.

Si el heredero nudo propietario fuera acreedor de la sucesión, ¿tendría derecho para cobrar al usufructuario los intereses de su deuda?

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nes del testador ó la universalidad de una determinada especie de bienes, el usufructuario está obligado solamente á contribuir con el heredero al pago (de los intereses) *de las deudas de la sucesión en la proporción antes establecida* (**art. 2901**), porque el usufruc-

---

Estoy por la afirmativa, pues si es cierto que al aceptar la herencia pura y simplemente su acreencia se ha extinguido, también lo es que la extinción no ha sido por el pago, sino por la imposibilidad de cobrarla, y el usufructuario nada tiene que ver con esta confusión; porque si la herencia es de 100 y si debe al heredero 50, en realidad no le ha dejado sino 50, y el usufructuario no tiene derecho para gozar de los 100. Demolombe, XIV, n° 522, apoya con muy buenas razones esta opinión.

No se debe confundir al usufructuario universal con el legatario universal que no existe por nuestro derecho, y en el francés equivale al de heredero. — Comp. Cód. Francés, art. 612. Goyena, art. 461. Demolombe, X, n^{os} 536, 538, 540 y 542. Marcadé, al art. 612. Freitas, art. 4611, n° 2.—Véanse arts. 2807, 2898, 2901, 3343 y 3475.

(**Art. 2901.**) Parte alícuota de una sucesión es cuando se toma una porción del total de la herencia, como por ejemplo, la mitad, la cuarta ó la octava parte de todos los bienes, entonces el usufructuario debe contribuir al pago *de los intereses* de las deudas que gravan la sucesión, en esa proporción, como lo dice el artículo anterior; porque el usufructuario universal no debe pagar las deudas de la sucesión, sino los intereses, y si lo hiciere tiene derecho para repetir su pago al terminar el usufructo. Cuando se legare el usufructo de una universalidad *de hecho*, como por ejemplo todos los ganados ó todas las casas, se deberá estimar el haber hereditario, y pagará los intereses de las deudas de la sucesión en la proporción del valor que tengan los bienes dejados en usufructo, comparados con los demás que forman la herencia; pero no estará obligado, como en el caso del usufructo universal, á vender los bienes para pagar esas deudas desde que con los demás se pueda hacer el pago.

La determinación de los bienes dados en usufructo, cuando no forman una universalidad de hecho, liberta al usufructuario del pago de los intereses de las deudas de la sucesión, pero si no hubiere más bienes, los acreedores pueden ejecutarlos, y si para conservarlos ha pagado esas deudas tendrá derecho á cobrarlas al heredero con los intereses, y si no

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2900.—Véase Aubry y Rau, § 232.—Marcadé, lugar citado.—Proudhon, desde el n° 1890.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tuario sólo debe los intereses del capital y no éste, de conformidad con lo dicho en el artículo anterior.

Cuando se le ha dejado el usufructo de todos los bienes que forman la sucesión, ó se le legó una parte alícuota, y á otro la nuda propiedad, el que recibe ésta es el único heredero, y está obligado á pagar las deudas de la sucesión; como el usufructuario sólo tiene el goce temporario de las cosas, debe únicamente los intereses de las deudas que gravaban la totalidad ó la parte alícuota legada; obligarle á pagar esas deudas sería tan injusto como libertarlo de la obligación de pagar los intereses, que representan parte de los frutos que percibe.

El que adquiera á título gratuito un usufructo sobre una parte alícuota de los bienes, está obligado á pagar en proporción de su goce y sin ninguna repetición, las pensiones alimenticias, las rentas, sueldos y réditos devengados que graven el patrimonio (**art. 2898**),

---

pudiere, del nudo propietario *no deudor*, pero sólo el capital y á la conclusión del usufructo, como en el caso del art. 2899, pues la cosa fructuaria se encuentra gravada con esas deudas. Si fuera el único bien de la herencia el dejado en usufructo, el heredero beneficiario que sólo responde con los bienes de la sucesión, no tendría obligación alguna y respondería con la cosa el usufructuario y el nudo propietario, como se ha dicho en el art. 2899, el uno por los intereses, el otro por el capital.

El usufructo de todas las mercaderías que poseyera el testador, sería también como el de parte alícuota; así como el de una casa de comercio, con la que no se debe confundir, según se dijo en el art. 2809. Se procederá, como se ha dicho, estimando todos los bienes para que concurran los usufructuarios al pago de los intereses de las deudas, no circunscribiéndose á lo que deba la casa de comercio cuyo usufructo se ha legado.—Comp. AUBRY y RAU, § 232. PROUDHON, IV, n° 1890.—Véanse arts. 2897, 2900 y 3499.

(**Art. 2898.**) Se trata aquí de un usufructo á título universal, según el art. 2827. ¿Por qué esta diferencia con el art. 2901, que no exceptúa deuda alguna, mientras el presente las reduce á las cuatro enunciadas? Los códigos europeos que han seguido al francés (art. 610), limitan la obligación al pago de las rentas viajeras ó de pensiones alimenticias en

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2901.— Proudhon, *Usufruit*, nos 1890 y siguientes.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

porque se encuentra en el caso del art. 2900, desde que la parte alícuota dejada en usufructo está sujeta á esos gravámenes; pero sucedería lo contrario, si el usufructo hubiera sido adquirido por

---

el usufructo universal obtenido por testamento; no porque se consideren deudas privilegiadas, sino porque son los intereses de los capitales que el constituyente hubiera recibido y que debería pagar el nudo propietario, pesando el interés sobre el usufructuario en la proporción de su goce. Esta disposición se debe armonizar con los arts. 2900 y 2901, que sólo obligan al usufructuario universal ó de parte alícuota á pagar los intereses de las deudas que graven el patrimonio del difunto, en el todo, si tiene el usufructo de todos los bienes; ó en la parte alicuota que le corresponda, si tiene sólo una parte. Lo que se debe en este caso son los intereses, no los capitales, pues el interés representa una renta, una pensión alimenticia, el sueldo ó el interés devengado en un capital que debe pagar el nudo propietario y que es la verdadera deuda. Así, cuando el testador ha legado el usufructo del quinto de sus bienes, el legatario debe pagar el 1/5 de las rentas que graven el patrimonio y las 4/5 restantes los demás herederos. Son intereses de deudas los que paga el usufructuario universal ó de parte alicuota.

Si el usufructo fuera constituído por contrato gratuito, puede extenderse á todos los bienes presentes ó á una parte determinada de ellos, y se estará á lo estipulado en el contrato; pero ¿qué se decidirá, si nada se hubiere convenido? Las opiniones se dividen, Aubry y Rau, Ducarroy, Bonnier y Roustaing sostienen la negativa, enseñando que nada debe el usufructuario, mientras Marcadé y Demolombe sostienen la afirmativa. En derecho francés es más probable la primera opinión, porque el art. 610 habla expresamente del legado hecho por un testador, lo que excluye en cierto modo el usufructo por contrato; pero nuestro Código no hace distinción, y se refiere al que *adquiere á título gratuito un usufructo sobre una parte alicuota de los bienes*. Por mi parte acepto la primera opinión con la distinción que nace del art. 1840, que el donante puede retener un valor suficiente para pagar sus deudas en la proporción de los bienes donados, pero si no lo hubiera hecho no tendría derecho alguno. Y la razón es, que el donatario no está, por regla general, sujeto á obligación alguna respecto de las deudas del donante, mientras sucede lo contrario en el usufructo establecido por testamento.

Los sueldos y créditos devengados y los que se devengaren durante el usufructo, disminuyen el patrimonio y deben ser á cargo de la sucesión; pero en el usufructo por contrato gratuito sólo deberá los réditos

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

contrato oneroso, porque las deudas de la sucesión no podrían disminuir sus derechos.

Lo que sucede en el usufructo universal ó de parte alícuota constituido por testamento ó por contrato gratuito, no puede aplicarse *al usufructuario de un bien particular,* (que) *no está obligado á pagar los intereses de las deudas, ni aun de aquellas por las cuales se encuentra la cosa hipotecada* (**art. 2899**, 1ª parte), porque ellas disminuyen la herencia y corresponde pagarlas al heredero ó sucesor. Si el legado del usufructo atacase la porción legítima del heredero forzoso sería reducido en esa parte.

Como el acreedor hipotecario puede ejercer su derecho sobre la cosa hipotecada, si la ejecutare, y el usufructuario *se encontrase forzado para conservar su goce á pagar esas deudas, puede repetir lo que pagare contra el deudor por el capital é intereses, ó contra el propietario no deudor por el capital solamente* (**art. 2899**, 2ª parte), pudiendo elegir á su árbitro, la persona contra quien dirija su acción.

---

que se devengaren durante el usufructo, y en la proporción de su goce.

Lo que debe pagar el usufructuario de parte alícuota en la proporción de su parte en el usufructo constituído por testamento, son los intereses de todas las deudas que graven el patrimonio.

No es á título de deudas privilegiadas, que se mandan pagar los intereses, rentas, pensiones ó sueldos; sino porque son intereses que pesan sobre el patrimonio, y deben ser pagados por el que percibe los frutos en la proporción de su goce. Así, cuando hubiere una deuda que devengare intereses, debe pesar el pago de éstos sobre el usufructuario universal, ó por la parte que tuviere, si fuera legatario de parte alícuota.—Comp. MARCADÉ, al art. 610, nos 525 y 526. DEMOLOMBE, X, nº 548. AUBRY y RAU, § 232, texto y nota 1. DUCARROY, BONNIER, ROUSTAING, II, nº 212.—Véanse arts. 1839, 1840, 2827, 2890, 2891 y 3499.

(**Art. 2899.**) El usufructuario particular por oposición al universal. El usufructo es particular, según los términos del art. 2827, aunque sean

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2898.—Demante, nº 455.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2898 y 2899.—Sobre estos dos artículos, véase el largo comentario de Marcadé, á los arts. 610 y siguientes. Por sus fundadas observaciones aceptamos las resoluciones que propone en lugar de las del Cód. Francés.—Véase también á Demante, desde el nº 451.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El testador puede ordenar que el bien sea entregado al usufructuario, libre de las hipotecas que lo gravan (**art. 2899**, última parte), esto en nada impediría al acreedor hipotecario el ejecutar

---

muchos los objetos, siempre que se hayan determinado; pero no se considerará como tal, el que comprende una *universalidad* de bienes de determinada especie, pues el art. 2901 lo clasifica como usufructo de parte alícuota.

El usufructuario de un bien hipotecado, no debe la deuda ni los intereses que gravan la cosa, ni menos el nudo propietario; quien debe pagarla es el heredero del testador, y cuando viene á serlo el nudo propietario, los deberá en este carácter.

Cuando la propiedad legada estaba gravada con hipoteca y se la ha dividido en usufructo y nuda propiedad, pueden suceder los casos siguientes: 1°, que el usufructuario sea nombrado heredero del testador, en cuyo caso deberá pagar como heredero, la deuda con sus intereses; 2°, que el nudo propietario sea nombrado heredero, en que deberá pagarla en su calidad de tal; 3°, que ambos sean nombrados herederos, y la deberán en esa calidad; 4°, que un tercero extraño sea el deudor á quien se garantió con la hipoteca del bien dado en usufructo; 5°, que el testador les hubiera impuesto el pago del gravamen; 6°, que el usufructuario, nudo propietario y heredero sean personas diversas, en que el heredero deberá pagar la deuda. En la última hipótesis, el usufructuario que fué forzado á pagarla por ejecución, puede dirigir á su voluntad la acción para recuperar lo pagado, ó contra el nudo propietario ó contra el heredero; contra el primero sólo por el capital y á la terminación del usufructo, porque no es deudor (salvo el derecho de este contra el deudor); pero como recibe el beneficio directo, debe la deuda que pesaba sobre el inmueble, y contra el 2° por lor intereses, ó por el capital y los intereses, que puede cobrar actualmente, pues es el verdadero deudor. Es entendido que el testador puede imponer al usufructuario ó al nudo propietario el pago de la deuda, ó libertarlos de todo gravamen; los casos á que nos hemos referido se aplicarán si nada se hubiera dicho.

Cuando el usufructuario ha pagado la deuda libertando el inmueble de la ejecución, ha obrado como gestor de negocios del heredero ó del deudor, y tiene derecho para exigirles el capital y los intereses desde el día del pago; pero tratándose solamente del nudo propietario, si bien el usufructuario ha obrado como un gestor de negocios substrayendo la cosa á la venta pública, procedió también en su propio interés, pues ha conservado el goce de la cosa de que habría sido privado por la enaje-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la hipoteca, pero establecerá la obligación del heredero de pagarla, libertando al usufructuario de los intereses.

§ 804.—Del usufructo de ganados ó rebaños.—*(Continuación)*

En el usufructo de animales se debe distinguir, si se dieron formando un todo colectivo y están destinados á reproducirse, ó si lo fueron individualmente, ó no pueden reproducirse por ser todos de un mismo sexo.

Nuestro Código usa la expresión de *ganados* como equivalente de rebaño, y dice: *si el usufructo consiste en* (un rebaño) *ganados, el usufructuario está obligado á reemplazar con las crías que nacieren, los animales que mueren ordinariamente ó que falten por cual-*

---

nación, y por eso sólo tendrá derecho para cobrar el capital, soportando él los intereses. No hay exactitud, cuando se sostiene por algunos, que el usufructuario en ningún caso está obligado á pagar los intereses, pues los deberá, cuando el tercero extraño á quien se garantió no pudiera hacerlo, ni menos el heredero del testador, ó cuando siendo la deuda testamentaria el heredero no pudiera abonarla; en estos casos quedan frente á frente el usufructuario y el nudo propietario con la cosa gravada, ¿quién debe pagar el capital? El nudo propietario, porque el bien es el que lo debe. ¿Quién deberá los intereses? El usufructuario, pues él percibe los frutos y los intereses se compensan con éstos; pero el pago debe hacerse al nudo propietario á la terminación del usufructo. Cuando el nudo propietario es deudor, sea como heredero ó porque el testador le hubiere impuesto la obligación de pagar la deuda, el usufructuario puede repetir contra él lo pagado, con sus intereses, inmediatamente, y sin esperar á la conclusión del usufructo.

Basta la calidad de heredero del testador, para estar obligado á pagar todas los deudas de la sucesión, sin necesidad de imposición expresa como algunos creen.

¿Qué sucederá cuando la sucesión fuera insolvente? No habrá legados, y todo deberá venderse para pagar las deudas.—Comp. Marcadé, II, nº 532. Demante, II, nº 451. Demolombe, X, nos 525 y 530. Laurent, VII, nº 18.—Véanse arts, 768, nº 4, 2898, 2900, 2901, 3121, 3152, 3501 y 3885.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

quier causa (**art. 2902**, 1ª parte), sin que esto excluya la obligación de reemplazar los que mueren por epidemias que no sean ordinarias, siempre que continuara con el usufructo.

En el usufructo de rebaños se debe distinguir la pérdida total de la parcial; en el primer caso, *si el rebaño ó piara de animales perece del todo sin culpa del usufructuario, éste cumple con entregar al dueño los despojos que se hayan salvado. Si el rebaño ó piara perece en parte, sin culpa del usufructuario, tendrá éste opción á continuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, ó cesar en él, entregando los que no hayan perecido* (**art. 2902**, últ. parte).

(**Art. 2902.**) Se trata del usufructo de rebaños, que se puede decir, es la agregación de animales machos y hembras destinados á reproducirse; pues no se considerarían tal los otros agregados de animales que no estén en las condiciones de los ganados, ó aunque lo fueran si no están en estado de reproducirse; como una cantidad de bueyes ó de caballos. El usufructo constituido sobre ganados considerados *ut singuli*, porque no están destinados á reproducirse, entra en las condiciones del usufructo de las cosas muebles animadas y vivas.

El usufructo de rebaño no tiene por objeto el animal mismo, sino el conjunto, la colectividad, y por consiguiente la obligación del usufructuario es de conservar el rebaño, no los mismos animales, como algunos creen, y no cumpliría con este deber, si los devolviera en el estado en que se encuentren por el uso ordinario ó por su edad, porque los animales viejos que no sirven para la reproducción han debido ser reemplazados por otros aptos, que nacieren de los mismos, en cuyo caso no sólo puede consumir los viejos, sino disponer de los despojos de los que muriesen.

Nuestro artículo ha decidido la cuestión suscitada al interpretar el art. 616 del Cód. Francés, pues establece la obligación de reemplazar los animales que muriesen, sin culpa del usufructuario, con las crías que nacieren después del acontecimiento, y no con el precio de las que hubieren nacido antes y de que hubiere dispuesto. — Comp. DEMOLOMBE, X, 315.

Cuando el rebaño hubiere perecido en parte por alguna epidemia ó sin culpa del usufructuario, puede devolver los animales restantes. ¿Pero hasta qué número deben quedar? El artículo no lo dice, habiéndose separado del francés, que sólo da por extinguido el usufructo cuando el

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El derecho de opción una vez ejercido, y continuando con el usufructo, el nudo propietario puede exigir que el reemplazo de los animales muertos se haga en el acto, pero puede continuar con la promesa de hacerlo en adelante, en cuyo caso se considerarán como si los hubiera reemplazado. Si el usufructuario, después de las pérdidas sufridas, continuara con los que quedaren sin reemplazar los muertos, hasta que todos hubieran perecido, deberá devolver no sólo los despojos, sino los que no había reemplazado aún. Será una cuestión de prueba y de hechos.

---

rebaño ha perecido *totalmente*; por consiguiente, podrá renunciar al usufructo cuando perezca una parte del rebaño en cualquier cantidad que sea.—Comp. DEMOLOMBE, X, 309. LAURENT, VI, 411 y 412. FREITAS, art. 4648.

Freitas, art. 4647, dice: «no conservará los animales del usufructo, aunque los haya recibido en mal estado, cuando dejare de alimentarlos convenientemente, y dejando de substituir los que envejecen y son inaptos para la reproducción, con las crías, no teniendo obligacion de substituirlos con otros que no sean de las crías».

Cuando deba devolver los despojos de los animales muertos, debe ser no sólo los cueros, sino la cerda, cuernos y huesos que se acostumbran vender, y tienen un valor en el comercio.

En el usufructo de rebaños se consideran como frutos, los procreos, la lana, cerda, leche y todo lo que produzcan naturalmente los animales; se podrán hacer bueyes y emplearlos en los trabajos á que ordinariamente se les dedica. Si el usufructo fuera sólo de bueyes, caballos ó animales que no están destinados á la reproducción, no se regirá por las reglas del presente artículo.—Comp. MARCADÉ, al art. 615. LAURENT, VI, 536. GOYENA, 454, y CÓD. DE CHILE, art. 788.—Véanse arts. 1617, 2807, 2903, 2961 y 2962.

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 2902.—L. 22, Tít. 31, Part. 3ª.—Cód. Francés, art. 616—Italiano, 513—Napolitano, 541—Holandés, 851—de Luisiana, 587.—Instit., Lib. 2, Tít. 1, § 38.—La ley citada de Partida sólo dice: *si fuesen ganados é si muriesen algunos, que de los fijos ponga y crie otros en lugar de aquellos que así pereciesen.* Acabado el usufructo por muerte de los animales, la Ley Romana no cuenta los cueros de ellos como frutos. *Corium mortui, pecoris in fructa non est.* L. 30, Tít. 4, Lib. 7, Dig.—Proudhon y otros escritores enseñan que el usufructuario debe reponer los animales que muriesen aun con el valor de los que antes hubiese vendido.—Marcadé, sobre el art. 615, combate con buenas razones esta opinión.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Si después de reemplazados los animales muertos, todos perecieren sin culpa, no tendrá más obligación que devolver los despojos.

Cuando el usufructuario hubiera tenido culpa, se considerará como si no hubieran muerto los animales y deberá devolverlos en su integridad á la conclusión del usufructo; pero si los reemplazó nuevamente y éstos perecieron sin culpa, cesará la obligación y cumplirá entregando los despojos.

Si el usufructo fuese de animales individualmente considerados, el usufructuario tiene derecho para servirse de ellos y obtener los productos que dieren (**art. 2903**, 1ª parte), ó los frutos que proporcionan, como la cerda, la leche, etc., empleándolos en los usos á que estuvieren destinados; pero *no puede alquilarlos, á no ser que éste sea el destino de los animales* (**art. 2903**, 2ª parte).

Pueden darse en usufructo una tropilla de caballos, veinte vacas lecheras, cincuenta bueyes, etc., y en todos estos casos el usufructuario tiene el uso de los animales, y puede tomar lo que produzcan, pues son considerados individualmente, y *si se perdieren ó murieren, no tiene obligación de substituirlos con las crías, y respecto de ellos quedará terminado el usufructo* (**art. 2903**, últ. parte).

(**Art. 2903.**) Aquí se dan los animales considerados en su individualidad, como las demás cosas muebles, y el usufructo consiste principalmente en el uso de los animales, empleándolos en las faenas á que se les dedicaba; pero puede tomarse lo que ellos produzcan naturalmente, como si fueren caballos, podrá sacarse la cerda; si vacas, la leche. En este usufructo debe devolverse el mismo animal, y se considera que hay un usufructo respecto de cada uno de ellos. Cuando algunos de los animales pereciese sin culpa del usufructuario, deberá devolver los despojos.

El servicio en que debe emplearlos, será el señalado en la constitución del usufructo, y á falta de éste en el que se acostumbraren á emplearlos.

Si los animales dados individualmente se reprodujeran, el usufructuario hará suyas las crías, sin que esté obligado, ni pueda reemplazarlos por otros.—Comp. FREITAS art. 4648. DEMOLOMBE, X, nº 309. LAURENT, VI, nos 411 y 412.

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 2903.—Demolombe, X, desde el nº 309.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando los animales son dados individualmente, no se pueden cambiar por otros ni reemplazarlos.

§ 805. — DEL USUFRUCTO DE CRÉDITOS. — *(Continuación)*

En el usufructo de créditos hay que hacer una distinción de gran importancia: cuando es dado el instrumento del crédito como un objeto actual del usufructo, y lo que se cobrare como su objeto futuro, entonces el usufructuario estará sujeto á lo que se dispone para el usufructo de la cosa cobrada, si es mueble ó inmueble, consumible ó no, y para esos casos se dispone, que *cuando el usufructo sea de créditos, el usufructuario, después de cobrarlos, estén ó no representados por instrumentos, queda obligado, como en el usufructo de cosas semejantes, á los que fuesen cobrados* (**art. 2904**); pero si el crédito fuera un título de renta y se le diere en este sentido, como el usufructuario sólo goza de la renta, no puede cobrarlo sin la intervención del nudo propietario, como se dijo en el art. 2875.

Cuando el usufructo es de créditos, no de títulos de renta, *el usufructuario de créditos responde de ellos, si por su negligencia dejare de cobrarlos, y de ejercer todos los actos judiciales á ese objeto* (**art. 2906**); pero como no es verdadero dueño, *el usufructuario*

(**Art. 2904.**) Se dijo en el art. 2838 que cuando el usufructo consistiera en créditos á cobrar, representados por sus respectivos instrumentos, el objeto *actual* del usufructo era el instrumento mismo, y el objeto *futuro* las cosas comprendidas en el crédito. El presente artículo nos habla del crédito cobrado, y para determinar la clase del usufructo es necesario tener presente las cosas cobradas; si es dinero ú otra cosa fungible, habrá cuasi usufructo; si es cosa no fungible pero mueble, habrá usufructo de muebles; si es un rebaño lo cobrado, habrá usufructo de rebaño, y así sucesivamente; de modo que como dice Freitas, art. 4656, el usufructuario quedará obligado como en el usufructo de cosas semejantes *á las que fuesen cobradas;* y así debe entenderse la última frase de nuestro artículo, porque no se refiere á los créditos que han sido cobrados.

(**Art. 2906.**) Este es el caso del usufructo de créditos cuyo objeto futuro es lo que se cobrare y de que hablan los arts. 2838, 2904 y 2905, no el de renta en que no se puede cobrar el capital, art. 2875. En el pre-

Infojus SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de créditos, no puede cobrarlos por entrega voluntaria que se haga de bienes, ni hacer novación de ellos, ni cobrarlos antes del vencimiento, ni dar plazo para el pago, ni compensarlos, ni transar sobre ellos, ni hacer remisión voluntaria (**art. 2905**); su derecho se

---

sente el usufructuario responde del valor del crédito, si por su culpa no llegare á cobrarse; es un administrador y debe dar aviso al nudo propietario, y pedirle su consentimiento para demandar, lo que considero impropio, cuando el crédito es de dinero, pues debía tener poder para recibir en pago lo que quisiere, ó remitirlo, respondiendo siempre del capital; pero el art. 2905 establece lo contrario. Su responsabilidad, sólo se limita al caso de no haberlo cobrado por su negligencia en que responde de su valor, como si lo hubiere recibido. Si haciendo todo lo que el dueño mismo habría hecho, no ha conseguido cobrar el crédito, no hay usufructo. Este artículo se refiere á los arts. 2838, 2904 á 2907 que hablan del usufructo, cuando las cosas cobradas entran como objeto futuro, determinándose el usufructo según ellas fueren.

(**Art. 2905.**) El presente artículo no se aplica á los títulos de créditos ó rentas dadas en usufructo, en que los frutos vienen á ser los intereses del crédito ó la renta, sino á aquellos en que se da los instrumentos como objeto *actual,* y lo que se cobrare como objeto *futuro,* y de que se habló en los arts. 2838 y 2904, entonces el usufructuario se considera dueño de las cosas fungibles. Hay, pues, una distinción esencial entre el usufructo de créditos, cuando las cosas comprendidas en él vienen á ser objeto futuro, y el usufructo de títulos de créditos, siendo entonces su objeto los intereses que produce el capital; en el primer caso, las cosas se adquieren por el usufructuario, y si son fungibles las hace suyas, y puede obrar como verdadero dueño; en el segundo, no es dueño del título de crédito, ni del capital que produce la renta, que continúa siendo del nudo propietario, y no puede cobrarlo sin la necesaria intervención de éste, ni hacer arreglo alguno. Freitas, art. 4657, de donde fué tomado nuestro artículo, dice: «el *usufructuario de créditos no cobrados*».

En el usufructo de títulos de créditos ó rentas no hay cesión del capital sino del interés. Cuando las cosas cobradas fueran no fungibles, el usufructuario no adquiriría el capital, que continúa perteneciendo al nudo propietario. Demolombe acentúa esta diferencia cuando dice: «los crédi-

---

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2906.—El heredero único usufructuario, tiene derecho á percibir y administrar los fondos por fallecimientos del causante.—Jur. Civ., V, 418, Sér. 2ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

limita á cobrarlos en los plazos y forma establecida en el instrumento de crédito, y á usar de las cosas que cobrare como si estas le hubieren sido dadas en usufructo, pudiendo disponer de ellas como podría hacerlo con cosas semejantes.

---

tos ni las rentas, son del usufructuario, porque ellas no se consumen, bien entendido, por su uso, y cuando el art. 587 coloca al dinero contante en el número de las cosas de que el usufructuario viene á ser propietario, y puede disponer, excluye formalmente los títulos de crédito ó de renta». La confusión se produce á consecuencia de la terminología incorrecta de nuestro Código, pues habla del usufructo de *créditos* en los arts. 2838, 2904 á 2907, en que el objeto futuro del usufructo son las cosas que representa el crédito mismo, y entonces responde por su negligencia en cobrarlo; mientras en el art. 2875 habla del usufructo de *créditos* ó *rentas* que el usufructuario no puede cobrarlos, sin el concurso del nudo propietario. Y para que esta diferencia se evidencie basta comparar el presente artículo con el anterior y posterior, donde el usufructuario tiene obligación de hacer todas las diligencias para cobrarlo judicialmente y responde según sean las cosas cobradas. Laurent, VI, nº 413, estudia la cuestión bajo todas sus faces y concluye fundándose en decisiones de los tribunales franceses, que el usufructuario de títulos de créditos tiene derecho para cobrar el crédito vencido, pero no es posible aceptar tal opinión ante nuestro art. 2875 que expresamente le niega esa facultad, exigiendo el concurso del nudo propietario. Y se comprende porque no siendo dueño del crédito, y sólo percibiendo la renta, el usufructuario no puede cobrar el capital.

El Dr. Llerena incurre en el mismo error, á mi juicio, cuando supone que en el usufructo constituido en títulos de renta, el usufructuario puede cobrar el capital, y sólo estaría obligado á devolver el dinero recibido. ¿Cómo podría convertirse en dueño del capital, cuando sólo tiene el usufructo que consiste en el interés? Cuando he legado á B, el usufructo de cien mil pesos que tengo en fondos públicos del Estado, y á C, la nuda propiedad; si el Estado los convierte pagándolos, ¿por qué el usufructuario tomaría el capital? En ese caso debe concurrir el nudo propietario para hacer la colocación del capital que es suyo, y cuyo fruto ha sido legado. Si las cédulas ó títulos son pagados por más ó por menos, el provecho ó el daño corresponderá al nudo propietario. Así, pues, cuando se dice, lego á B, el usufructo de tal cantidad que me debe A, y á C, la nuda propiedad, entregándole el título del crédito, se entiende que el usufructo actual es el instrumento, y el objeto futuro la cantidad

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando el crédito consistiera en dinero ú otra cosa consumible debió darse mayor amplitud á la disposición, porque era más natural considerarlo como cesionario con relación al deudor, á fin de que pudiera ejercer todas las acciones que le correspondieran

---

debida; el usufructuario sólo deberá devolver la cantidad; pero si lega la *renta ó los intereses que el crédito produce*, no hace suyo el crédito aunque sea pagado, y debe ser recibido por el usufructuario y nudo propietario para volverlo á colocar.

Haciendo estas diferencias, se pueden resolver las cuestiones que se presentan; por ejemplo, el usufructuario del precio de una venta con pacto comisorio, en defecto de pago, ¿podrá pedir la resolución de la venta? No lo creo, porque su derecho de usufructo es sobre el precio y él debe perseguirlo, si pudiera resolver la venta lo convertiría en el de una cosa inmueble, habría una modificación de su contrato ó del legado. Es cierto que con el precio podría comprar la misma cosa, y que se llegaría al mismo resultado; pero esta sería una razón para modificar la ley, no para violarla, haciendo lo contrario de lo que ella manda. Me parece que el artículo debió hacer la diferencia, de cuando el crédito comprenda cosas consumibles como el dinero, por ejemplo, en que el usufructuario lo adquiere una vez cobrado, para devolverlo á la terminación del usufructo, autorizándolo para recibirlo como le pareciere, desde que viene á responder de él. Por eso, autores como Aubry y Rau, y Proudhon, enseñan lo contrario.

Nuestro artículo, siguiendo á Freitas, art. 4657, ha dispuesto que el usufructuario no pueda ejecutar acto alguno fuera de lo estipulado en el documento de crédito. Así, el crédito en dinero no puede cobrarlo, recibiendo bienes en pago, lo que es una inconsecuencia; y la prohibición se violará cuando se quiera, desde que puede dar recibo por la cantidad debida y tomar en pago los bienes. La razón de no poder dar nuevo plazo, es por el peligro que correría el dueño del capital no cobrando el crédito, si hubiere prórroga, dificultad que se habría salvado con hacer caer la responsabilidad sobre el usufructuario que lo concedió; lo mismo sucedería con la novación, tomando otra cosa que la debida.

En cuanto á la compensación, ¿por qué no podría alegarla, cuando el crédito es en dinero? Porque no lo ha adquirido antes de cobrarlo; esta es la única razón que se puede oponer, razón muy débil por cierto, desde que el crédito debe pasar al usufructuario. La prohibición de transar y de hacer remisión, no se explican igualmente, sino tratándose de cosas que importaran una enajenación, y que no siendo consumibles, el

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sin tener necesidad de autorización del cedente, y reputarlo respecto de éste como usufructuario. Este doble carácter en nada repugna á la naturaleza del hecho, porque se trata de tres personas que tienen diversas relaciones de derecho; pero nuestro Código ha creído más acertado no considerar al usufructuario como cesionario, y por eso establece, que *si el usufructuario no cobrare los créditos del usufructo, sólo queda obligado á restituir los instrumentos que los representaban* (**art. 2907**), respondiendo naturalmente por su culpa.

---

usufructuario no puede enajenarlas ni disponer de ellas. En conclusión, el artículo no se justifica, sino tratándose de créditos de cosas no fungibles en que se deben devolver las mismas, no así con relación á los créditos en dinero.—Comp. FREITAS, art. 4657. DEMOLOMBE, X, 318, y AUBRY y RAU, § 231, texto, notas 63 y 64.

De los principios sentados se deduce que el usufructuario de una renta que proviene de fondos públicos ó de cédulas hipotecarias en que se entrega el interés, usando el Estado de la amortización para sortear los títulos y pagar á la par los que resultaren sorteados, se cobrarán por ambos, colocándose el capital en títulos, de modo que á la extinción, se encuentren renovados los títulos y el usufructo continúe; el aumento de las rentas por esas nuevas adquisiciones corresponderá al usufructuario, así como el del capital al nudo propietario.

(**Art. 2907.**) Cuando no se cobrare el crédito, debe hacerse la distinción del art. 2838; si se dió en usufructo el instrumento de crédito como objeto actual, y como objeto *futuro* las cosas comprendidas en él, debe corresponder la posesión del instrumento al usufructuario hasta que resulte incobrable; pero no terminará definitivamente el usufructo, pues si más tarde el crédito llegare á abonarse, el usufructo de lo cobrado le corresponderá.

El usufructuario del crédito en dinero ó cosas fungibles debería ser considerado como cesionario con relación al deudor; pero los arts. 2905 y 2911 no lo consideran así; en ese caso sería usufructuario con relación al dueño del crédito, siendo cesionario para el uno y usufructuario para el otro. En el usufructo de rentas ó de títulos de créditos conserva su carácter de usufructuario respecto del deudor y del nudo propietario. El artículo sólo dice, el usufructuario queda obligado á restituir los instrumentos, pero si éste sacare provecho de su posesión, habiéndolos dado en

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 806. — GASTOS DE LOS PLEITOS EN EL USUFRUCTO GRATUITO. — *(Continuación)*

En el usufructo por contrato oneroso, el constituyente está obligado á eviccionar el derecho enajenado, pero *si el usufructo ha sido constituído á título gratuito, el usufructuario debe soportar todo ó parte de los gastos, de los pleitos relativos, sea al goce sólo, ó sea á la plena propiedad, según las distinciones siguientes: si el pleito no ha tenido otro objeto que el goce de la cosa, los gastos de toda clase, como las condenaciones que se hagan al usufructuario, están exclusivamente á su cargo* (**art. 2909**, § 1 y 2); porque el

---

caución, podrá tenerlos desde que han sido el objeto actual del usufructo, devolviéndolos cuando no los necesitare.

Freitas, art. 4660, de donde fué tomado este artículo y el anterior, los contiene en uno solo, expresando con más claridad la idea al decir: «si el usufructuario no cobrare los créditos del usufructo, sólo tiene obligación de restituir los instrumentos que los representaren, y sin responsabilidad por la no cobranza, una vez que no se le pueda imputar culpa.

(**Art. 2909.**) Cuando el usufructo ha sido constituido á título oneroso, el constituyente por regla general debe responder por la evicción, á menos de haberla expresamente exceptuado. En el constituido por título gratuito se harán las distinciones siguientes: 1°, si el pleito es sobre el goce; 2°, si es concerniente solo á la nuda propiedad; 3°, si es sobre el goce y la nuda propiedad. En el primer caso, cuando el demandante, reconociendo la nuda propiedad, se limita á reclamar el usufructo, los gastos del proceso deben ser de la exclusiva cuenta del usufructuario, porque en general, no hay evicción; pero cuando la hubiese en alguno de los casos del art. 2146, no responderá el nudo propietario, sino el heredero del constituyente, á menos que el mismo nudo propietario lo fuera, ó estuviera obligado por el acto constitutivo. En el segundo caso puede reconocerse el usufructo y negarse la nuda propiedad; como en el pleito no interesa entonces al usufructuario cuyo derecho se reconoce, el nudo propietario soportará sólo los gastos. El tercer caso, que será el más común, cuando se reclama la plena propiedad, por reivindicación ó cuando se deduce una acción confesoria ó negatoria pueden presentarse estas hipótesis: 1°, que el pleito sea defendido por el usufructuario, entonces, si se ha perdido, serán á su cargo las costas del proceso; pero si

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

constituyente ha hecho un beneficio y no debe ser perjudicado; pero debe responder por los gastos, si expresamente se obligó, ó si tuvo mala fe, ó en los casos del art. 2146.

En el usufructo gratuito, *si el pleito es sobre la plena propiedad é interesa, tanto al usufructuario como al nudo propietario, y si se ha ganado, los gastos que no sean reembolsables deben ser soportados por el nudo propietario; y por el usufructuario en la proporción antes establecida* (**art. 2909**, § 3); es decir, en proporción del valor de los bienes sujetos al usufructo y de los que quedaren al heredero del propietario, ó cuando no hubiere otros bienes que los dejados en usufructo, en proporción del valor de éste y de la nuda propiedad. *Igual regla debe seguirse si el pleito se ha perdido, cuando el propietario y el usufructuario han sido partes en el juicio* (**art. 2909**, § 4), porque interesando á ambos y habiendo sido parte, deben contribuir en la proporción del valor que cada uno tenga en la cosa litigada; *cuando uno solo de ellos ha sido parte, los gastos á los cuales uno ú otro ha sido condenado, quedan á su cargo exclusivo* (**art. 2909**, § 5), porque no pueden ser responsables de hechos que le son completamente extraños y que vienen á perjudicarles; cada uno responde de sus propios actos.

Si el usufructuario hubiera seguido el pleito sobre la propiedad, atribuyéndose el derecho de propietario y lo hubiera ganado, tendría derecho á los gastos que no son reembolsables, y el nudo propietario los pagaría en la proporción establecida en el art. 2897; pero *cuando ha tenido sólo por objeto la nuda propiedad* (los gastos) *están á cargo exclusivo del propietario* (**art. 2909**, última parte), si él hubiera seguido el pleito.

---

se ha ganado, los gastos no *reembolsados*, como las costas del juicio en que no hubiera sido condenado el vencido deberán ser soportadas por ambos; 2°, que el pleito sea defendido por el nudo propietario y por el usufructuario, entonces los gastos serán soportados en la proporción establecida en el art. 2897 ó en la de los arts. 2900 y 2901, en su caso; 3°, que sea defendido por uno ó por otro separadamente, en que sólo deberá pagarlos el que siguió el juicio, pues no podía comprometer el derecho del otro. Así, en la acción reivindicatoria deben ser citados el

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 807. — Del embargo del usufructo. — *(Continuación)*

El usufructo es una fracción del derecho de propiedad, y como tal no puede substraerse á la acción de los acreedores del usufructuario, cuando éste no tuviere bienes con que responder á las obligaciones contraídas; pero como tiene obligaciones que podemos llamar inherentes al derecho mismo, como el pago de las contribuciones, los gastos de conservación, así como la de concurrir á las cargas que se impusieren á la propiedad; por eso dice el **art. 2908**: *los acreedores del usufructuario pueden pedir que se*

---

usufructuario y el nudo propietario, porque lo juzgado contra el uno no tendrá efecto contra el otro.

¿En qué proporción deben pagar los gastos cuando el pleito perdido interesa á ambos que lo siguen? Hay únicamente el usufructuario y el nudo propietario; si aplicamos el art. 2897, los abonaría sólo el usufructuario; pero no es el caso. Será necesario seguir la teoría sostenida por mí en ese artículo, se estimará el usufructo y la nuda propiedad y cada uno contribuirá con lo que le corresponda, y en este caso habría mayor justicia en hacerlos pagar.—Comp. Cód. Francés, art. 613. Demolombe, X, 621. Aubry y Rau, § 231. Demante, II, 456. Freitas, arts. 4591 y 4592.—Véanse arts. 2108, 2146, 2876, 2877 y 2915.

(**Art. 2908**). El artículo puede aplicarse á las hipótesis siguientes: 1°, que el usufructo sea embargado teniendo las cosas en su poder el usufructuario; 2°, que lo sea teniéndolas los acreedores. En el primer caso, como el usufructuario continúa en la posesión de la cosa dada en usufructo, y los acreedores limitan su derecho á lo que quedare, una vez llenadas las obligaciones del usufructo, nada tienen que hacer con las fianzas; en el segundo como pueden privar á los padres de la administración del usufructo, art. 301, y tomarla ellos mismos, tendrán obligación de dar fianza, porque el fiador dado por el usufructuario no puede ser obligado por personas que no ha garantido; sin embargo, si hubiere dado prendas ó depósitos, no tendrán que afianzar nuevamente. Como el embargo del usufructo tendrá lugar cuando el usufructuario no tenga otros bienes, por encontrarse insolvente, los acreedores podrán privar á

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2909.—Aubry y Rau, § 231.—Proudhon, tom. 4, n° 762.—Demolombe, tom. 10, n°s 622 y 624.—Duranton, tom. 4, n° 627. —Demante, desde el n° 456, § 1.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

le embargue el usufructo y se les pague con él, prestando la fianza suficiente de conservación y restitución de la cosa tenida en usufructo, en los mismos términos en que la prestare el usufructuario, y aun cuando hubiere sido eximido de darla, deberán prestarla.

Cuando se tratare del usufructo legal de los padres, que también puede ser embargado, debe dejárseles lo suficiente para llenar las cargas reales que gravan el usufructo, y se les debe entregar para los gastos de subsistencia y educación de los hijos; para el pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo, así como para los gastos de enfermedad, y del entierro del hijo, y los de entierro y funeral del que hubiese instituído por heredero al hijo.

Si el usufructo fuera embargado y privado el usufructuario de la administración de la cosa fructuaria, podrá éste reclamar contra el administrador, y ejercer todos los derechos que en su caso reclamaría el dueño mismo, y los acreedores responderán al nudo propietario en los mismos términos que el usufructuario, cuando dejaren prescribir por el no uso las servidumbres activas, ó dejaren por su tolerancia adquirir sobre el inmueble servidumbres pasivas, ó no le dieran conocimiento de cualquier ataque á sus derechos.

---

los padres deudores de la administración de los bienes de sus hijos, embargando el usufructo, y con mayor razón al marido, de los frutos que produzca la dote de la mujer, que son gananciales, aunque no creo pueda privársele de la administración.

El artículo no hace distinción entre el usufructo legal y el convencional, todos pueden embargarse por los acreedores, y por consiguiente estos pueden oponerse á cualquier cesión ó renuncia hecha en fraude de sus derechos. Se entiende que en caso de embargo, sea el usufructo legal ó convencional, los acreedores deben llenar las obligaciones impuestas al usufructuario, art. 2862; pero cuando se tratare del usufructo de los padres en los bienes de sus hijos, deben además llenarse las cargas impuestas en el art. 291. — Comp. CÓD DE CHILE, art. 803. — Véanse arts. 291, 292, 2677 y 2870.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2908.—Sobre los cinco artículos anteriores, Demolombe, tom. 10, nos 320 y siguientes.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO V

DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL NUDO PROPIETARIO

§ 808. — De las obligaciones del nudo propietario

En el usufructo constituído por contrato ó por testamento *el nudo propietario está obligado á entregar al usufructuario el objeto gravado con el usufructo, con todos sus accesorios en el estado que se hallare, aun cuando no pueda servir para el uso ó goce propio de su destino* (**art. 2910**, 1ª parte), siempre que se encontrare en posesión de la cosa, pues si no la tuviere, como por ejemplo, si el testador hubiera legado el usufructo á una persona y la nuda propiedad á otra, el usufructuario deberá reclamarla del heredero que tiene la cosa, y no del nudo propietario.

Se entiende por accesorio de una cosa aquello que viene á formar un todo homogéneo con ella, completándola por decirlo así, y por esa razón, *no son accesorios para ser entregados al usufructuario, las crías ya nacidas de animales dados en usufructo, aun cuando sigan á las madres, ni tampoco los títulos de la propiedad* (**art. 2910**, 2ª parte), porque las primeras se encuentran

---

(**Art. 2910.**) El nudo propietario está obligado á entregar la cosa al usufructuario, dice impropiamente el artículo, porque eso únicamente puede tener lugar en el usufructo constituido por contrato, en que el constituyente queda como nudo propietario, ó en el por testamento, cuando el heredero viene á ser el nudo propietario; fuera de esos casos, el nudo propietario no puede entregar la cosa que no ha poseído, como sería cuando el propietario ha enajenado á uno el usufructo y á otro la nuda propiedad. La verdad es que el nudo propietario no tiene obligación alguna, se limita á no impedir el goce, que no es realmente obligación,

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

separadas y forman un todo distinto, y los segundos se refieren á la propiedad.

Se ha dicho que el usufructo puede ser de títulos de crédito, ó simplemente de créditos, en el primer caso, el usufructuario sólo tiene derecho al interés, sin que pueda apropiarse del capital para devolverlo á la terminación del usufructo; en el segundo, cuando el crédito fuera de dinero ó de cosas consumibles, una vez cobradas, el usufructuario las hace suyas para devolverlas en la misma especie y cantidad.

En el usufructo de créditos el derecho del usufructuario no se encuentra limitado al cobro, y puede disponer del crédito, si fuera de cosas consumibles, con facultad para demandarlo judicialmente sin autorización del nudo propietario. Así, cuando el **art. 2911** dice: *si el usufructo fuese de créditos repre-*

---

como tampoco lo es la de no dañar al usufructuario en sus derechos. No tiene obligación de tener la cosa hasta que la reciba el usufructuario, porque puede depositarla y cuando la tuviera en su poder como nudo propietario, porque no se la hubieren reclamado, puede percibir los frutos y los hace suyos, pues no es deudor moroso.

No puede recoger los frutos antes de tiempo, y si lo hiciera responderá por los perjuicios causados.

Los accesorios no sólo son los frutos pendientes, sino todas aquellas cosas colocadas en el fundo, para servir á los usos á que estuviere destinado. Los títulos de la propiedad, deben quedar en poder del propietario, pero deben entregarse los que se refieren al usufructo. Si el constituyente se reservó la nuda propiedad, conservará la cosa hasta que le sea pedida, aunque puede depositarla judicialmente, como dijimos, y responderá de los deterioros que ocurrieran por su culpa.—Comp. FREITAS, arts. 4586, nº 2, 4590, § 2, 4596 y 4600.

(**Art. 2911.**). Este artículo se refiere al usufructo de créditos de que hablan los arts. 2838, 2904, 2905, 2906 y 2907, en que el usufructuario tiene derecho á cobrarlos, y su usufructo se establece sobre las cosas cobradas, adquiriéndolas si son consumibles ó teniendo que devolverlas si no lo fueran. En estos casos el usufructo es actual con relación al título, y el objeto futuro son las cosas que se cobraren: hay una especie de ce-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2910.—L. 1, Tít. 6, Lib. 7, Dig.—Aubry y Rau, § 233.—Demolombe, tom. 10, nº 65.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sentados por instrumentos, la entrega de éstos debe ser hecha al usufructuario como si fuere cesionario para poderlos cobrar, se debe entender que si bien hace suyas las cosas consumibles y dispone de ellas, no puede hacer transacción, novación, ni prorrogar el crédito, ni compensarlo.

Cuando los créditos representaren cosas inmuebles en que el usufructuario debe devolver las mismas recibidas, se comprendería que no fuera cesionario para cobrarlas; pero si fuese de dinero en que el usufructo viene á ser un mutuo por un tiempo indeterminado, no se comprende la limitación, y es más conforme á los principios generales del derecho, el considerarlo como verdadero cesionario sin limitación alguna.

Cuando el usufructo es constituído por título oneroso, el nudo propietario (constituyente) *debe garantir al usufructuario el goce*

---

sión porque el constituyente no responde de la solvencia de los deudores. Y si ocurrimos á Freitas, art. 4604, nº 2, fuente de nuestro artículo, comprenderemos que no se refiere al usufructo de título de crédito ó renta, pues este autor dice, el constituyente, ó el nudo propietario constituyente están obligados, *antes* de la cobranza de los créditos, como en el usufructo de cosas muebles no fungibles, porque tales deben considerarse los instrumentos, y *después* de la cobranza, como en el usufructo de cosas semejantes á las cobradas, de que habla nuestro art. 2904.

La expresión de *como si fuese cesionario,* es impropia, porque el art. 2905 ha prohibido al usufructuario el ejercer los derechos de tal, aunque se trate de créditos de dinero ó de cosas consumibles; conclusión que he criticado, porque el usufructuario en ese caso hace suyas las cosas con la obligación de devolver la misma suma de dinero, ó la cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

El deudor del crédito no podrá, pues, oponer al usufructuario las excepciones que hubiera podido deducir contra un verdadero cesionario, pero lo hará con relación al constituyente del usufructo, pues su derecho no se altera por la división de la propiedad en uso y en nuda propiedad. Así, debemos tomar la expresión de, «como si fuera cesionario», en el sentido de que el usufructuario sólo tiene derecho para cobrar el crédito, y con las limitaciones del art. 2905.

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2911.—Sobre el usufructo de créditos, Proudhon, tom. 2, desde el nº 1029.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pacífico de su derecho. Esta garantía es de la misma clase que la que debe el vendedor al comprador (**art. 2915**, 1ª parte), porque es el contrato tipo de las enajenaciones á título oneroso, y se debe regir por sus disposiciones, aunque no se hubiera pagado un precio en dinero.

Si el usufructo fuese á título gratuito y de cosas fungibles, el usufructuario no tiene acción alguna contra el nudo propietario constituyente (**art. 2915**, 2ª parte), como no la tiene el donata-

---

(**Art. 2915.**) Habría sido más correcto y jurídico aplicar la evicción y saneamiento, según la naturaleza del contrato porque se adquirió el usufructo, pues si proviene de una cesión debería aplicarse lo dispuesto para el cedente y cesionario. Pero donde hay una verdadera incorrección es en la parte que dice: en el usufructo constituído por título oneroso, el nudo propietario debe garantir al usufructuario el goce pacífico de su derecho; confundiendo al constituyente con el nudo propietario; es un defecto de copia, pues el original, de Freitas, art. 4602, dice: el nudo propietario constituyente. Supóngase que A, vende el usufructo de su casa á B, y la nuda propiedad á D, vencido B, no tendrá derecho alguno contra D, nudo propietario, sino contra A, vendedor de ambos y constituyente del usufructo. Esta misma observación debe hacerse á la redacción del último inciso.

El artículo dice expresamente, que en el usufructo gratuito de cosas fungibles, el usufructuario no tiene acción alguna, y esta disposición que tiene su razón de ser, se la ha querido extender al usufructo de cosas no fungibles, lo que es inaceptable cuando se trata de cosas indeterminadas, art. 2780. Freitas, art. 4603, equipara con razón el usufructo (de cosas fungibles) á título gratuito, con la promesa aceptada de hacer un préstamo, que no da acción alguna, art. 2244 porque si las cosas fungibles legadas le fueren reclamadas al usufructuario, este quedaría en la categoría del que aceptó una promesa de préstamo, que no puede reclamarlo; pero si la cosa fuera no fungible ni determinada, ó del usufructo de dos cosas legadas bajo alternativa, puede demandarse otra de la misma especie ó la segunda de las comprendidas en la alternativa, art. 3780. ¿Es una excepción á la regla de que en las donaciones no se responde por la evicción? No lo creo; porque no hay donación de uso, sino de propiedad; el título es gratuito y nada más. Para que haya donación es necesario que se traspase la propiedad, y en el usufructo sólo se da el goce de una cosa, así es que la disposición del art. 2153 no tiene aplicación.

El usufructuario de cosas muebles no fungibles tiene derecho, no ã

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

rio contra el donante; pero si se encontrare el propietario constituyente en alguno de los casos del art. 2146, deberá la evicción.

§ 809.—De lo que no puede ejecutar el nudo propietario

El nudo propietario en su calidad de tal, no tiene obligaciones positivas respecto del usufructuario, en virtud de la máxima: *servitus nunquam in faciendo consistit*, y las obligaciones de que hablamos en el párrafo anterior no lo son en la calidad de propietario sino de poseedor de la cosa.

La única obligación negativa que pesa sobre el nudo propietario es la de no hacer cosa alguna que pueda dañar los derechos del usufructuario, debe pues, dejarlo gozar de ella; esta obligación la tienen los demás individuos como sujetos pasivos del derecho; y como una consecuencia de estos principios, *el nudo propietario no puede, contra la voluntad del usufructuario, cambiar la forma de la cosa gravada de usufructo, ni levantar nuevas construcciones, ni extraer del fundo piedras, arenas, etc., sino para hacer reparaciones en él* (**art. 2912**, 1ª parte); porque esos trabajos cambiarían la naturaleza de la cosa fructuaria.

---

la evicción, porque en realidad no la hay, cuando la cosa es sólo determinada por su especie, como el usufructo de cien caballos, ó cuando es de cosas alternativas en que desapareciendo una de ellas, tiene lugar sobre la otra. Por eso Freitas, art. 4602, dice: «cuando el usufructo fuera de cosas fungibles, el constituyente está obligado como deudor de legado de cosas semejantes, según la disposición sobre legados, si el usufructo fué constituído por disposición gratuita de última voluntad».—Comp. Aubry y Rau, § 231, Demolombe, X, nº 628.

(**Art. 2912.**) Como principio general se puede establecer, que el nudo propietario no debe hacer cosa alguna que disminuya ó perturbe los derechos del usufructuario; pero esta limitación se encontrará en colisión muchas veces con sus propios derechos, respecto á la conservación de la cosa, y en ese caso diremos: el nudo propietario puede ejecu-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2915.—Demolombe, tom. 10, nº 618.—Aubry y Rau, § 231 al fin.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El usufructuario tiene la posesión de la cosa, y cualquier acto que viniera á perturbarlo en ella disminuiría su derecho, así es que el nudo propietario *ni* (puede) *destruir cosa alguna* (**art. 2912**, 2ª parte), de lo dado en usufructo porque atacaría ese derecho, *ni remitir las servidumbres activas* (**art. 2912**, 3ª parte), porque disminuiría el goce de la cosa privándole de derechos que podría ejercer, *ni imponer servidumbres pasivas* (**art. 2912**, 4ª parte), por la misma razón, á no ser *con la cláusula de ponerse en ejercicio después de la extinción del usufructo* (**art. 2912**, 5ª parte), porque entonces no perjudicaría los derechos del usufructuario.

El nudo propietario puede mejorar las condiciones del fundo, siempre que no perjudique ni perturbe los derechos de goce del usufructuario, y por consiguiente, *puede adquirir servidumbres activas* (**art. 2912**, última parte), en favor del inmueble, pero el usufructuario no estará obligado á conservarlas por el uso.

---

tar en la cosa fructuaria todos los actos necesarios para su conservación, aunque de su ejecución resultare alguna incomodidad ó disminución de goce al usufructuario, pero no podrá hacer otras mejoras, ni construcciones nuevas aunque aumenten el goce. Si la casa se ha destruido ó incendiado y no termina el usufructo, podrá el nudo propietario reconstruirla, así como acabar las construcciones que estuvieren inconclusas cuando el usufructo comenzó. ¿Podrá el nudo propietario poner un guarda ó conserje que vigile la cosa fructuaria? Demolombe y Proudhon lo admiten en caso fuere necesario establecerlo, y obligan á pagar al usufructuario, como una carga del usufructo, pero creo que sólo por mandato judicial y en juicio controvertido se puede imponer esta carga.

El nudo propietario puede pedir el deslinde de su propiedad, aunque éste se hubiera hecho por el usufructuario, pues ese acto se puede oponérsele desde que no concurrió á él, ni le prestó su conformidad.

Cuando necesitare hacer las reparaciones extraordinarias, ó las ordinarias que excedieren de lo fijado en el art. 2884, podrá extraer del fundo las piedras, arenas ó maderas necesarias, sin indemnización alguna.

Freitas, art. 4598, dice: el «nudo propietario no podrá hacer obras nuevas, ni aumentar las existentes, ni depositar cualquier objeto, ni remover los depósitos ya existentes», y así debe entenderse por nuestro derecho, aunque nuestro artículo hable sólo de no cambiar la *forma*, de no hacer construcciones nuevas, de no extraer piedras, etc., ni destruir

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El principio general es que *el nudo propietario* (no tiene obligación alguna, pero también) *nada puede hacer que dañe al goce del usufructuario ó restringa su derecho* (**art. 2914**), *tampoco puede cortar los árboles grandes de un fundo, aunque no produzcan fruto alguno* (**art. 2913**), ni hacer innovaciones de ninguna especie que puedan alterar el uso ó goce de la cosa.

---

cosa alguna.—Comp. TOULLIER, III, 441 y 442. DURANTON, IV, 641. DEMOLOMBE, X, 418 y 653.

(**Art. 2914.**) Esta prohibición no se debe tomar de una manera absoluta, pues el art. 2917 viene á crear las excepciones que son naturales y necesarias á la conservación de los derechos del nudo propietario. El artículo viene á confirmar lo dicho en el art. 2910, de que el nudo propietario no tenía en general obligación alguna respecto al usufructuario, porque no es obligación la de no impedir el goce ó no restringir el derecho de otro. Cuando el nudo propietario viola los derechos del usufructuario, es como cualquier extraño, contra quien se hacen valer las acciones competentes. Estas prohibiciones generales son útiles, desde que basta con el derecho concedido, para que se encuentre prohibido á los demás el atentar contra él. Así, cuando se dice, el usufructuario puede gozar de la cosa sin alterar su substancia, se establece la prohibición á los demás de atentar contra ese derecho. El nudo propietario sólo puede ejercer los derechos concedidos para la conservación de la cosa, ese es su límite, como el del usufructuario el de usarla sin alterar la substancia. El nudo propietario no debe impedir el goce: *proprietatis dominus non debebit impidere fructuarium,* dice la l. 15, § 6, tít. 1, lib. 7, Dig. — Comp. CÓD. FRANCÉS, art. 599, § 1. AUBRY y RAU, § 233. — Véanse arts. 1515, 2912 y 2917.

(**Art. 2913.**) Bastaba con la prohibición del artículo anterior de no poder destruir cosa alguna; pero el presente ha querido responder á la pregunta formulada por Demolombe, X, 418, sobre si el nudo propietario tiene derecho á cortar los árboles, que no están sujetos al corte ordinario, decidiéndola como aquel autor; pero admitiendo las excepciones siguientes: 1°, que puede hacerlo cuando los árboles son viejos y deperecen, y cuando el corte sea un acto de buena administración; 2°, que puede hacer cuando las reparaciones extraordinarias exigieran maderas pro-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2912. — Toullier, tom. 3, nos 441 y 442.— Duranton, tom. 4, n° 641. — Proudhon, nos 880 y 1466. — Demolombe, tom. 10, nos 418 y 653.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 810. — De los derechos del nudo propietario

El nudo propietario es el verdadero dueño de la cosa fructuaria, únicamente se encuentra privado momentáneamente de ella, y sus derechos no tienen más limitación que no disminuir el goce del usufructuario, así, dice el **art. 2916**, 1ª parte: *el nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatibles con sus obligaciones*, y puede ejecutar todos los actos inherentes á su derecho, siempre que deban tener efecto después de extinguido el usufructo, cuando ellos importaran una disminución del goce del usufructuario; en caso contrario, tendrán un efecto inmediato; así, *puede vender el objeto sometido al usufructo, donarlo, gravarlo con hipotecas ó servidumbres, que tengan efecto después de terminado el usufructo* (**art. 2916**, 2.ª parte), adquirir servidumbres activas, aunque el usufructuario no está obligado á usarlas; *ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal* (**art. 2916**, últ. parte); pero si quisiera

---

venientes de la propiedad. Creo que pueden admitirse estas excepciones, aunque los términos del artículo son absolutos; pero se conciliaría en estos casos con la facultad de extraer piedras, arenas, etc., del artículo anterior. Creo igualmente que podría hacerlos cortar sin indemnización alguna, cuando dañasen á las construcciones, porque el usufructuario no tiene derecho para mantener cosas que destruyan la propiedad, por más que haya dado fianza para volverla en el mismo estado en que la recibió.—Comp. Pothier, *De la dote*, 240. Toullier, III, 441.

(**Art. 2916.**) El nudo propietario como dueño de la cosa puede ejercer todos los derechos de propietario, siempre que no disminuyan ó perturben el goce del usufructuario, á no ser que se tratare de la conservación de la cosa. Las enajenaciones que hiciere llevan la condición de que no podrán tener efecto respecto á la plena propiedad, sino á la terminación del usufructo. Puede gravar con hipotecas la nuda propiedad, pero sólo podrá hacerse efectiva en esta, que podrá ser vendida, sin que haya necesidad de esperar á la terminación del usufructo. Cuando el Código dice, la enajenación ó gravamen deberá tener efecto después de

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2913.—Sed si grandes arbores essent, dice la Ley Romana, *non potest eas cedere.*—L. 11, Dig. *De usufruct.*

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

imponer al fundo fructuario cualquier gravamen, que disminuyera ó perturbara el goce del usufructuario no pudiera ejecutarse actualmente.

En cuanto á los actos de conservación dice el **art. 2917**:

---

terminado el usufructo, se refiere á la que abraza la plena propiedad, pero de ninguna manera ha querido impedir al nudo propietario que enajene ó grave actualmente su derecho que puede ser donado, vendido cedido ó hipotecado, sin condición alguna, y sin esperar á la terminación del usufructo. Sólo las servidumbres ó cualquier otro derecho que no pueda ejercerse sin disminuir el goce del usufructuario, no podrá hacerlas efectivas sino después de adquirida la plena propiedad; y aun estas mismas valdrán, si no alteran los derechos del usufructuario, como la servidumbre de *no edificar más alto*, que traen como ejemplo POTHIER, *Dote*, 422 y DEMOLOMBE, X, 659.

(**Art. 2917.**) Los actos necesarios para la conservación de la cosa, que puede ejecutar el nudo propietario, son aquellos que el usufructuario no está obligado á hacer.

Con motivo de la redacción de nuestro artículo se ha preguntado: si en los casos de incomodidades de mucha consideración, que sufriera el usufructuario, por las reparaciones extraordinarias á cargo del nudo propietario, éste debería pagar alguna indemnización. La verdadera dificultad para mí está en el usufructo constituído á título oneroso, por la grande analogía que tiene con la locación; pero no creo se pueda cobrar perjuicios en el usufructo á título gratuito. Me decido por la opinión sostenida por todos los autores franceses que niegan indemnización, pues me parece la más justa y jurídica.

En principio general, un derecho no nace sin una ley que lo reconozca, dándole una acción para defenderlo, y el usufructuario en lugar de tener derecho reconocido, tiene la obligación de soportar las reparaciones aunque le causen alguna incomodidad. Además, el usufructuario no se asemeja al arrendatario, sino en el *único* caso en que se constituye por título oneroso, cuando el nudo propietario sea el constituyente del usufructo; porque en el constituído por testamento dejando á uno la nuda propiedad y á otro el usufructo, ó en el usufructo á título gratuito, y en el título oneroso, cuando se enajena á uno el usufructo y á otro la nuda propiedad, en ninguno tiene semejanza con el arrendamiento. ¿Por qué el

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2916.—Duranton, tom. 4, nº 641.—Demolombe, tom. 10, nos 658 bis y 659.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

el nudo propietario tiene derecho para ejecutar todos los actos necesarios para la conservación de la cosa. Puede también reconstruir los edificios destruídos por cualquier accidente, aunque por tales trabajos y durante ellos, le resulte al usufructuario alguna incomodidad ó disminución de su goce.

---

adquirente, por contrato, de la nuda propiedad, tendría que pagar una indemnización por las incomodidades que cause al usufructuario, al ejercer un derecho para la conservación de su propia cosa? ¿Acaso él ha enajenado el usufructo? Pero limitándonos al caso más favorable para la tesis contraria, que sea el nudo propietario constituyente del usufructo el que haga las reparaciones extraordinarias; si damos al usufructuario el derecho de indemnización, por analogía con el art. 1519, tendríamos que concederle también que pueda disolver el contrato, lo que sería inaceptable. Los arts. 1519 y 1520 son tomados del 1724 del Cód. Francés en que se fija el plazo de 40 días para que el locador haga las reparaciones; debiendo pagar indemnización pasado ese tiempo, y á pesar de eso todos los autores franceses están contestes en afirmar que aun fuera de ese término, el nudo propietario no debe pagar indemnización alguna. Y donde la tesis es insostenible, siguiendo la analogía con el arrendatario, es cuando el propietario vecino causara esas incomodidades, echando al suelo las paredes divisorias para hacerlas de nuevo. ¿Por qué el nudo propietario no constituyente pagaría el perjuicio que otro causare al usufructuario usando de un derecho propio? Y aún más, ¿por qué el usufructuario podría rescindir el contrato? Aubry y Rau, § 233, texto y nota 9, Toullier, III, 442, Proudhon, II, 874, Demolombe, X, 655, sostienen la teoría expuesta. ¿Hasta dónde irá la disminución tolerable del goce? Hasta donde lo requieran las necesidades de la reparación, debiendo tener por límite, como dice Freitas, art. 4628, el tiempo razonable para ejecutarlas, y debiendo hacerlas de modo que causen el menor perjuicio al usufructuario. Serán cuestiones de hecho que se resolverán segun los casos.

Cuando los perjuicios ó incomodidades fuesen ocasionados por *culpa* del nudo propietario, deberá pagarlos, no en razón de la incomodidad, sino cuando hay culpa en la ejecución.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2917.—Proudhon, tom. 2, n° 874.—Demolombe, tom. 10, n°s 654 y 655.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO VI

DE LA EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO Y DE SUS EFECTOS

§ 811. — De la extinción por revocación directa. — Condición resolutiva

El usufructo se extingue: 1°, *por la revocación directa de su constitución* (**art. 2918**, 1ª parte), que puede ocurrir por diversas causas, sea que partan de los mismos contratantes, cuando ha sido constituído por contrato, sea por falta de formalidades en su constitución; 2°, *por la revocación del acto demandado por los acreedores del dueño del fundo* (**art. 2918**, 2ª parte), cuando perjudicare sus derechos y se encontraren en el caso de ejercer la acción pauliana; 3°, *por la resolución de los derechos del constituyente del usufructo* (**art. 2918**, 3ª parte), cuando estos estuvieran sujetos á resolución; 4°, *por las causas generales de extinción de los derechos reales* (**art. 2918**, última parte).

(**Art. 2918.**) La revocación directa del título constitutivo es una resolución, como lo enseña Demolombe, y se aplicará al usufructo establecido por donación cuando esta pueda revocarse, aunque hemos dicho que en el usufructo no hay verdadera donación, porque no se entrega la propiedad.

Por revocación del acto, demandada por los acreedores del dueño de la cosa, cuando ha sido en fraude de sus derechos, desde que hay una desmembración del derecho de propiedad, y como existe la adquisición de un derecho por parte del usufructuario, los acreedores de éste pueden atacarla, cuando ha sido en fraude de sus derechos, así como pueden renunciarlo, cuando les causare perjuicios.

Por la resolución de los derechos del constituyente, lo que sucederá cuando el usufructo fué constituído por el adquirente bajo condición re-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La revocación del acto constitutivo del usufructo, hace desaparecer la causa que lo hizo nacer, y por consiguiente no hay razón para que continúe existiendo, por eso dice el **art. 2919**: *hay lugar á la revocación directa cuando el usufructuario del fundo ha dado el usufructo en pago de una deuda, que en verdad no existía,* porque así como la propiedad desaparece en su plenitud por la misma causa, dando lugar á la reivindicación, art. 787, con mayor razón debe desaparecer el derecho fraccionario.

Se entiende por revocación directa la que tiene lugar por la

---

solutoria, en que cumpliéndose la condición y resolviéndose su derecho, el usufructo se extingue.

Por las otras causas generales de extinción de los derechos reales, como la nulidad, la renuncia, el disenso, el cumplimiento de la condición resolutoria. — Comp. DEMOLOMBE, X, 740. FREITAS, art. 4663.— Véanse arts. 961, 1200, 1847, 2505, 2664, 2919, 2933 y 2947.

(**Art. 2919.**) ¿Qué sucederá respecto de los frutos cuando la demanda de revocación del dominio se entabló contra el nudo propietario, sin hacerla conocer al usufructuario? Si este conocía la demanda, sin habérsele notificado, no se puede decir que ha dejado de tener buena fe para la percepción de los frutos, pues tiene razón para creer que la reclamación se reduce á la nuda propiedad, si nada se le ha hecho saber. Cuando se le ha entregado la cosa fructuaria en virtud de un testamento revocado por otro posterior, si el usufructuario conocía la revocación deberá los frutos percibidos desde que tuvo conocimiento; pero si el testamento único fuera declarado nulo posteriormente, sólo los deberá desde que conoció la anulación.—Comp. L. 12, tít. 6, lib. 12, Dig. PROUDHON, IV, 1925.—Véanse arts. 784, 2664 y 2947.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2918. — Demolombe, tom. 10, desde el nº 740.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2919. — L. 12, Tít. 6, Lib. 12, Dig.

Por *revocación demandada de los acreedores* en los casos en que pueden ser revocados los actos jurídicos. La donación ó la venta de un derecho de usufructo es una verdadera enajenación, pues importa una desmembración de la propiedad. L. 7, Tít. 51, Lib. 4, Código.

Por resolución de los derechos del constituyente. El poseedor de un fundo que no tiene la propiedad, ó que sólo tiene un derecho resoluble, no puede establecer sino la apariencia de un derecho de usufructo, ó un derecho resoluble, bajo la misma condición á que estaba sujeto el suyo. Sobre todo el artículo Proudhon, tom. 4, desde el nº 1935 hasta el 1958.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

desaparición del título constitutivo, sea porque se declare la nulidad de él, ó por cualquiera otra causa; así, dice el **art. 2926**: *se extingue igualmente el usufructo por cumplirse la condición resolutiva, impuesta en el título para la cesación de su derecho,* pero como es necesario que la condición se declare cumplida por la autoridad, *el usufructuario que goza de la cosa después de cumplida la condición, hace suyos los frutos hasta que se demanda la resolución de su título y la entrega del fundo* (**art. 2927**), á diferencia

---

(**Art. 2926.**) Ulpiano dice: «hay casos en que el propietario puede libertar al esclavo cuyo usufructo pertenece á otro; por ejemplo, si el testador no ha legado el usufructo sobre el esclavo, sino hasta que fuera libertado; el usufructo se extinguirá desde que el propietario haya dado libertad al esclavo». L. 15, tít. 4, lib. 7, *Dig.*

¿Cuándo la condición resuelve el derecho? Serán cuestiones de hecho y de interpretación, sobre las que no se puede dar una regla invariable. Bastará para los interesados y los jueces la regla dada por el artículo.

En cuanto á la expresión de condición *resolutoria*, hemos dicho que hay autores que consideran toda condición como suspensiva, unas veces para la adquisición del derecho, otras para conferirle su irrevocabilidad ó dejarlo sin efecto; pero nuestro Código las divide en suspensivas y resolutorias. En el presente caso la condición *suspende* la resolución del derecho adquirido.

Cuando hay una condición impuesta al goce y resuelve el derecho, es necesario que el juez lo declare á solicitud del interesado, como se dirá en el artículo siguiente.—Comp. GOYENA, 464, nº 3 y PROUDHON, IV, 2057.

(**Art. 2927.**) Aunque el principio enseñado por el artículo se pueda defender y explicar, no está exento de crítica, é introduce cierta perturbación en los principios sentados por el mismo Código. No se debe confundir el término incierto, que siempre es un término, con una condición, que puede ó no realizarse, y que por consiguiente puede no ser término. Así, cuando el usufructo se ha constituído bajo la condición de que durará mientras viva tal persona, no será condición sino plazo, y por consiguiente llegado el término, se aplicará el art. 2922, y devolverá los frutos percibidos después del término; pero si la duración se hubiera limitado hasta que un acontecimiento se realizare, como por ejemplo, hasta

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2926.—L. 15, Tit. 4, Lib. 7, Dig.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de que cuando el usufructo es á término, como no puede alegar ignorancia respecto del que lleva su título, está obligado á devol-

---

que fulano se casare ó fuera elegido por tal puesto, en esos casos ú otros semejantes, aunque el usufructo haya terminado por el cumplimiento de la condición, según el art. 2926, es necesario la interpelación judicial, es decir, la demanda que establece el cuasicontrato.

El Dr. Velez-Sarsfield al decir en la nota 2927: cuando el usufructo ha sido sometido á una condición resolutoria, *no expira* por el cumplimiento de la condición», expresa claramente el pensamiento, pero no al decir en el art. 2926: se *extingue* el usufructo por el cumplimiento de la condición resolutoria, pues lo que quería expresar era que el cumplimiento de la condición no tenía efecto desde que se cumplió, sino desde la demanda de resolución. Así es como se explica que el usufructuario haga suyos los frutos percibidos, pues se supone que tuvo buena fe á su percepción, desde que no se le ha demandado la resolución.

¿Será necesario considerar el presente artículo como una excepción al principio general del art. 2922? No lo creo, porque allí se habla de término cierto y aquí de la condición que puede ó no cumplirse; sin embargo, el art. 2926 declara extinguido el usufructo por el cumplimiento de la condición. Y aunque el art. 2943 hace entrar (por la extinción del usufructo) al nudo propietario en el goce inmediato de la cosa, se debe entender que está sometido á las disposiciones anteriores referente á la extinción, no á sus consecuencias.

Como dice Demolombe, X, 739: «notemos solamente que *casi siempre* la condición resolutoria inserta en un título constitutivo de usufructo no será en realidad sino un término incierto y condicional, es verdad, pero en fin un simple término, se extinguirá solamente el usufructo *in futurum*, sin retroactividad sobre el pasado», no expresa á mi juicio con exactitud lo que sucederá, porque la condición puede no ser un término si no se cumple, y entonces sólo quedará la muerte del usufructuario que extinguirá el usufructo.

El artículo se justifica de las críticas hechas á su redacción con decir: que la condición debe declararse cumplida por el juez, y mientras no haya reclamación no hay mora en el usufructuario, justificando así la teoría sostenida en el art. 2820; y si la condición no es tal, sino un término incierto, el usufructo termina por la expiración del plazo, aplicándose el art. 2922.

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2927.—Esta es la diferencia de la extinción del usufructo por el vencimiento del término, y la que sucede por el cum-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ver los frutos percibidos después de cumplido el término porque se concluye.

§ 812. — De la extinción por la muerte del usufructuario

Es un principio absoluto de que el usufructo no pueda extenderse más allá de la vida del individuo que tiene el goce de la cosa, y si se permite que se estipule el derecho de acrecer, cuando los usufructuarios son dos ó más personas, no es porque se considere una transmisión del derecho de usufructo, sino porque se reputan que esas personas forman una sola, y que no desaparece sino con la muerte de la última.

Cualquier condición ó plazo impuesto á la duración del usufructo, quedan cumplidos con la muerte del usufructuario, y está sobreentendido que sólo podrán exigirse durante la vida de éste, por eso dice el **art. 2920**: *el usufructo se extingue por la muerte*

(**Art. 2920.**) Por esto se dice que el usufructo es un derecho esencialmente personal, pero no es inherente á la persona, pues la facultad se puede arrendar, ceder y ser objeto de cualquier contrato; mientras los derechos inherentes no pueden serlo.

De cualquier modo que se hubiere producido la muerte, sea por suicidio, asesinato, etc., y aunque el mismo nudo propietario lo matare. Y cuando el usufructo se hubiere adquirido por título oneroso quedaría extinguido, aunque la muerte se produjera horas después de firmado el contrato, como lo enseña Demolombe, X. 667.

Si el contrato llevare la cláusula de que podría pasar á los herederos del usufructuario, bajo una pena determinada caso de no realizarse, tal condición, así como la cláusula penal, se tendría por no puesta, pues no se puede pactar contra la prohibición de la ley. La duración del usufructo de las personas jurídicas se ha fijado en 20 años, separándose del Cód.

---

plimiento de una condición resolutoria. Vencido el término del usufructo, acaba *ipso jure* sin que sea necesario demandar en juicio su revocación; mas cuando el usufructo ha sido sometido á una condición resolutoria, no expira por el cumplimiento de la condición. Es preciso ocurrir entonces á la autoridad del juez para hacer decidir la extinción del usufructo, porque es necesario que se declare realmente que el hecho previsto ha sucedido, y que la condición se ha cumplido conforme con la intención del que la impuso, si así no lo reconoce el usufructuario.—Véase Proudhon, tom. 4, nº 257.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

del usufructuario, de cualquier manera que suceda; y el que es establecido á favor de una persona jurídica, por la cesación de la existencia legal de esa persona y por haber durado ya veinte años.

Si el usufructo se hubiera constituído para dar existencia á la persona jurídica, terminará igualmente, cuando la persona no hubiera sido creada.

§ 813. — De la extinción por la expiración del término señalado

Así como la condición resolutoria revoca el derecho de usufructo, extinguiéndolo; el cumplimiento del término señalado para su duración produce el mismo efecto, con esta diferencia: que en la condición, los frutos se continúan percibiendo hasta la demanda, mientras en el plazo, el usufructuario debe los frutos desde el vencimiento, sin necesidad de interpelación judicial.

El término puede ser cierto ó incierto, pero no se le debe confundir con la condición, que siempre es incierta. El término es cierto cuando hay un tiempo determinado para la duración del derecho; es incierto, cuando debiendo necesariamente cumplirse, se ignora el tiempo en que deberá verificarse. Así, el usufructo *se extingue también por expirar el término por el cual fué constituído* (**art. 2921**, 1ª parte), y *llegado el término del usufructo, si*

Francés, art. 619 que señala 30 años, teniendo en cuenta que en países jóvenes es necesario no inmovilizar la propiedad por mucho tiempo. — Comp. Goyena, art. 464, nº 1. Freitas, art. 4674. — Véanse arts. 498, 2083, 2822, 2825, 2828, 2829, 2929 y 2972.

(**Art. 2921.**) Cuando el usufructo se ha concedido hasta que un tercero llegue á tal edad, si falleciere antes de ese término, durará hasta que hubiera tenido esa edad; pero si se hubiera constituido para durar mientras esa persona viviera, se considerará que hay dos términos: la muerte del usufructuario, y la de la persona cuya vida sirve de término

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2920. — L. 24, Tít. 31, Part. 3ª.—Instit., Lib. 2, Tít. 4, § 3. — L. 3, Tít. 4, Lib. 7, Dig. — Cód. Francés, art. 617 — Italiano, 515 — Napolitano, 542 — Holandés, 854 — de Luisiana, 601. — Demolombe tom. 10, nº 667.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

el usufructuario continúa gozando de la cosa, estará obligado á la restitución de los frutos percibidos, aunque ignore el vencimiento del término del usufructo. Si éste fuere de dinero, debe los intereses desde que concluye el usufructo (**art. 2922**).

---

incierto. El usufructo no puede extenderse más allá de la vida del usufructuario, y por consiguiente, cualquier término puesto á la duración del usufructo está limitado á la vida de éste.

Cuando además de la muerte del usufructuario, hubiere otro término en el contrato asignado á la duración del usufructo, se contará ese término desde que el usufructo se constituyó, á menos que en el contrato mismo se hubiere determinado el tiempo en que debía comenzar. Si fué constituído por testamento, se contará desde la muerte del testador. Si el legatario del usufructo falleciere antes que el testador, serán los herederos de éste que recogerán el legado, porque eso puede pasar á los herederos del legatario.

En caso de cesión de la facultad del goce, art. 2870, la muerte del cesionario en nada alterará el usufructo, y sus herederos lo reemplazarán en su derecho.

«El punto de partida para contar el tiempo de la duración del usufructo es desde la apertura del derecho de usufructo», dice el Dr. Velez-Sarsfield y ésta se cuenta desde la constitución, cuando se estableció por contrato, ó desde la muerte del testador, si fué por testamento.—Comp. TOULLIER, III, 449. PROUDHON, IV, 1965. DEMOLOMBE, X, 680. CÓD. DE CHILE, art. 805.

(**Art. 2922.**) Cuando el heredero del usufructuario hubiera percibido los frutos creyendo que la cosa correspondía á su causante, deberá devolverlos desde que el usufructo terminó; porque el artículo no hace excepción alguna, y además porque el art. 2946 dice expresamente, debe devolver la cosa con sus accesorios. La posesión de buena fe no puede li-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2921.—L. 24, Tít. 31, Part. 3ª.—Los artículos citados de los Códigos extranjeros.—Toullier, tom. 3, nº 449.—Proudhon, tom. 4, nº 1965.—Demolombe, tom. 10, nº 680. En todos los casos en que se pone un término al usufructo, sea por el hombre sea por la ley, ese término no es un punto hasta donde debe alcanzar el usufructo, sino un punto del cual no puede pasar, y antes de cuyo vencimiento cesará si se realiza otra causa de extinción, como si antes de ese término muriese el usufructuario, ó se destruyese la cosa. El punto de partida para contar el tiempo de la duración del usufructo, es desde la apertura del derecho de usufructo: si se trata por ejemplo del usufructo constituído por un legado, á partir desde la muerte del testador; y así en los demás casos.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Como la vida del usufructuario es el término fatal para la conclusión del usufructo, aunque no se hubiera vencido el término convenido, ni cumplida la condición, resultará que, *cualquiera que fuese el término asignado á la duración del usufructo, no deja de extinguirse por la muerte del usufructuario acaecida antes de ese término* (**art. 2921**, 2ª parte).

El término del usufructo se debe contar desde su constitución, de modo que si por cualquier causa no entrare en el goce de la cosa, no por eso dejará de correr el término, salvo sus derechos para repetir los frutos, daños y perjuicios contra el que por su culpa impidió el ejercicio de ese derecho; por eso se ha establecido que, *en la duración legal del usufructo, se cuenta aún el tiempo en que el usufructuario no ha usado de él por ignorancia, despojo ó cualquier otra causa* (**art. 2921**, última parte).

Cuando el término señalado es incierto como en los casos en

---

bertarlo de la obligación que como heredero de su causante tiene de entregar la cosa con los frutos. El heredero es la persona misma de su causante, y no puede aplicársele la disposición excepcional de los arts. 2212 y 2272, que hemos criticado; ni menos la de los arts. 2356 y 2431, que se refieren á terceros extraños que no tienen obligación ninguna. Y la prueba de la verdad de esta teoría es el art. 4004 que niega la prescripción por 10 y 20 años al heredero del poseedor de mala fe, á pesar de la buena fe personal de éste; si no tiene buena fe para prescribir ¿por qué la tendría para percibir los frutos? Si el usufructuario *sabía* que la cosa debía devolverla al terminar el usufructo, la ignorancia del heredero que lo representa no puede servirle de título para retener lo que su causante debía devolver.

La última parte del artículo confirma la tesis sostenida en art. 2900, de que los intereses se deben por el nudo propietario, desde la conclusión del usufructo, sin prévia interpelación. No se debe considerar una excepción la disposición del art. 2927, que allí explicaremos. — Comp. PROUDHON, IV, 2038. FREITAS, arts. 4685 á 4687. — Véanse arts. 509, 2462 nº 2, 2864, 2865, 2926, 2944 y 2946.

(**Art. 2921.**) Véase pág. 393.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2922. — L. 5, Tit. 33, Lib. 3, Cód. Romano.—A nadie le es permitido ignorar el término puesto á su propio título. —Véase Proudhon, tom. 4, nº 2038.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que *el usufructo* (se hubiere) *concedido hasta que una persona haya llegado á una edad determinada, dura hasta esa época, aunque esta tercera persona haya muerto antes de la edad fijada, á no ser que del título constitutivo resultare claramente que la vida de la tercera persona se ha tomado como término incierto para la duración del usufructo, en cuyo caso el usufructo se extingue por la muerte en cualquier época que suceda* (**art. 2923**).

§ 814. — De la extinción por el no uso

El usufructo como todo derecho se adquiere y se pierde por prescripción. Cuando no está separado de la propiedad, el no uso no puede hacer extinguir el derecho, sino cuando una tercera per-

---

(**Art. 2923.**) La l. 12, tít. 33, lib. 3, Cód. Romano da la razón de la primera parte del artículo al decir: «porque el testador no ha tenido en vista la vida del hombre, sino cierto espacio de tiempo», en ese caso hay un tiempo cierto, que no depende de la vida de la tercera persona; y para evitar dudas, nuestro artículo dice, se debe expresar *claramente*, que la vida se puso como término incierto, pues, de otro modo, se considerará como cierto. Y no es necesario que la edad se haya determinado expresamente, pues, bastará haberse referido á una determinada por la ley, como la mayor edad, por ejemplo, en que se deberá atender al tiempo fijado por la ley en el momento de constituirse el usufructo, porque interpretando la voluntad del constituyente es á ese tiempo conocido al que se ha referido y en nada alterará la nueva ley que la prolongue ó la acorte, por más que tales leyes se apliquen inmediatamente. Este término cierto ó incierto rige al usufructo; es decir que una vez ocurrida la muerte del urufructuario concluye el usufructo.

Si se ha puesto otra condición resolutoria cualquiera, se entenderá concluido al cumplimiento de esta ó antes si falleciere el usufructuario. — Comp. Freitas, art. 4678. Cód. Francés, art. 620. Demolombe, X, 678 y 679. Aubry y Rau, § 234, nº 2.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2923. — Cód. Francés, art. 620 — Italiano, 517. — Duranton, tom. 4, nº 659. — Demolombe, tom. 10, nos 678 y 679. — Aubry y Rau, § 234, nº 2.

Infojus SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sona lo ha tomado para sí, en esos casos dice el **art. 2942**: *el usufructo se extingue también por la prescripción.*

Cuando el derecho de propiedad se ha dividido en usufructo y nuda propiedad, *el usufructo se pierde por el no uso, durante el término de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes* (**art. 2924**); si una tercera persona ó el nudo propietario lo han

---

(**Art. 2942.**) El usufructo se extingue para el usufructuario, debió expresar el artículo, porque con respecto á la propiedad continúa en la persona del que lo ha prescripto. La verdadera extinción tiene lugar cuando el nudo propietario lo adquiere para sí. Es un caso que puede ofrecerse cuando el nudo propietario reclamase la cosa del actual poseedor y no teniendo éste 30 años de posesión para prescribir la plena propiedad, alegase haber adquirido el usufructo. Se sabe que cuando el usufructuario dejase de poseer la cosa durante 30 años y otro la tuviera para sí y como propietario, el nudo propietario la perdería, pudiendo sólo reclamar los daños y perjuicios contra aquél; por eso será siempre conveniente que el nudo propietario se haga conocer del poseedor en su carácter de dueño para interrumpir la prescripción.—Comp. MARCADÉ, *Apéndice* al Comentario del art. 624.—Véanse arts. 2812, nº 4, 2819 y 2924.

(**Art. 2924.**) El propietario conserva la posesión de la cosa con sólo el ánimo, pues se supone la continúa teniendo, y sólo la pierde por el

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2942.—Marcadé, en el apéndice que sigue al comentario del art. 624, dice: «Si una tercera persona sin título y de mala fe, entra en posesión de un fundo que reconoce que no le pertenece, pero del cual pretende tener el usufructo, y lo posee durante treinta años, habrá adquirido por usucapión el usufructo de ese fundo, con perjuicio del usufructuario, si existía alguno; ó con perjuicio del propietario, que en lo sucesivo no tendrá sino la nuda propiedad. Si existía un usufructuario de ese fundo, su usufructo se habría extinguido por la prescripción para adquirir. Esto proviene de que el usufructo de un inmueble forma por sí un inmueble incorporal, el cual es susceptible de prescripción, como los inmuebles corporales. Si el tercero que viene á poseer el usufructo que os pertenece lo hace en virtud de un justo título y con buena fe, ya no sería por una posesión de treinta años sino de diez ó veinte que él lo adquiere por prescripción, y el vuestro sería extinguido. Suponed que el nudo propietario del fundo que tenéis en usufructo, viendo que dejáis de ejercer vuestro derecho, aprovecha fraudulentamente esta circunstancia para venderlo en plena propiedad como si no existiese vuestro usufructo, ó bien para venderme el usufructo solo, habré adquirido el usufructo del fundo por una posesión de diez ó veinte años, por medio de mi título de compra y de la buena fe que he tenido en la adquisición.»

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tomado para sí. Se reputa que el usufructuario ha renunciado á su derecho en favor del nudo propietario. El usufructuario posee para el nudo propietario, y sólo tiene derecho á defender su goce

---

acto material de un tercero que la tome para sí; por consiguiente no necesita de acto alguno para conservarla, y por cualquier tiempo que deje de poseerla materialmente, siempre que no esté ocupada por otro, continúa perteneciéndole. Sucede lo mismo con las facultades que nacen del derecho de propiedad, la inacción ó no uso jamás llevan consigo la pérdida del derecho; pero cuando se trata de los derechos reales que son fraccionamientos del de propiedad, algunos necesitan del uso y del ejercicio para conservarlos, como en las servidumbres y el usufructo que se le asemeja, por cuya razón el derecho romano la consideraba algunas veces como una carga y otras como una porción desprendida del derecho de propiedad. Por nuestro Código es un derecho que existe por sí mismo é independiente de la propiedad, sin embargo, nuestro artículo lo hace perder por el no uso como á las servidumbres, considerándolo bajo este aspecto semejante á una carga, de que se liberta el inmueble, sin que el propietario realice acto alguno para adquirirlo. En este caso hay que considerar la adquisición del nudo propietario como una verdadera liberación y aplicarle en consecuencia sus principios. El no uso de cualquier manera que tenga lugar hace perder el derecho, como sucede con la acreencia personal que se encarga á otro para cobrarla, y que se pierde por la prescripción, si el tercero encargado no la cobrare durante 10 años entre presentes y 20 entre ausentes.

Cuando el usufructuario ha arrendado su facultad de goce, ¿perderá su derecho por el no uso del arrendatario? Pothier, Proudhon y Laurent sostienen la negativa, pero Demolombe, Demante, Marcadé y Aubry y Rau apoyan la afirmativa, que bajo la vigencia de nuestro Código no ofrece tantas dificultades; 1°, porque el artículo no distingue y no hay razón para hacerlo; 2°, porque el art. 2893 hace responsable al usufructuario de la prescripción de las servidumbres activas, lo que quiere decir, que el usufructuario puede por el no uso perder los derechos del propietario; 3°, porque el art. 3059 hace perder las servidumbres por el no uso, y aunque el usufructo no sea servidumbre, por analogía se puede aplicarle la disposición; 4°, porque cuando se necesita el ejercicio de un derecho para conservarlo, se pierde cuando de cualquier modo y por cualquiera causa no se hubiere ejercido; 5°, porque la propiedad recobra su libertad por el no uso del derecho que la gravaba.—Comp. DURANTON, IV, 671. DEMOLOMBE, X, 692 y 695. MARCADÉ, al art. 617, n° 7. DE-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y uso con la acción confesoria, dándole cuenta de cualquier otra perturbación que se refiera al derecho de propiedad.

El no uso debe ser absoluto, y *cuando son muchas las cosas sometidas al usufructo* (se debe considerar que hay tantos usufructos como cosas distintas y separadas hubiera), así es que *el uso y goce que el usufructuario hubiere tenido de alguna de ellas, no le*

MANTE, II, 463 bis, 3 y 4. AUBRY y RAU, § 234, nº 3. Contra, POTHIER, *Dote*, nº 251, PROUDHON, IV, 2110 y LAURENT, VII, 62.

¿Y quién adquiriría el usufructo por el no uso, cuando el usufructuario hubiera sido despojado? Como según la nota del Dr. Velez-Sarsfield, se trata de la liberación de la propiedad, ésta vendría á adquirir su plenitud, y el propietario que la reclamase y fuere puesto en posesión podría rechazar la carga del usufructo, como prescripto por el no uso.

Para que haya no uso debe este ser absoluto, pues cualquier uso que el usufructuario hiciera, y por poquísimo provecho que sacase de la cosa bastaría para conservarle su derecho. La disposición del artículo se aplicará á las cosas muebles ó inmuebles.

Las causas que suspendan la prescripción, minoridad, incapacidad, etc., suspenden igualmente el efecto extintivo del usufructo por el no uso. Sobre el artículo, GOYENA, § 464, nº 5 y CÓD. DE LUISIANA, art. 3511.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2924.—Demolombe, tom. 10, nos 689 hasta 691. Este modo de extinción no es en el fondo más que una prescripción. Así, no se exige del que de ella se prevale ninguna condición de posesión, aunque hayamos establecido que el usufructo es un derecho real.

La cosa que os pertenece, dice Marcadé, no puede seros quitada, y atribuída á otro, porque haya pasado mucho tiempo sin usarla: es preciso además que otro la haya usado. Al lado de la falta de posesión que puede hacer presumir de nuestra parte una renuncia de nuestro derecho, es preciso encontrar la posesión efectiva de un tercero que, en lugar nuestro, aparezca ser poseedor de la cosa. Cuando al contrario, se trata, no de la adquisición de una propiedad, sino de la liberación de un deudor, es natural que esta liberación resulte de la falta de ejercicio y de reclamación del derecho de parte del acreedor. Cuando quedáis por largo tiempo sin reclamar vuestro derecho contra mí, la ley me declara libre, porque ella ve en el largo silencio, ó la renuncia de vuestro derecho, ó la confesión que esos pretendidos derechos no existen. Siendo el usufructo verdaderamente una deuda impuesta sobre los bienes en que se establece, la ley declara que por el no uso del derecho del usufructo, se pierda sin necesidad de acto alguno del propietario. Véase Zachariæ, § 311, nota 16.— Demolombe, nos 689 y 690. — Duranton, tom. 4, nº 671.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

conservaría su derecho sobre las otras, á menos que no fuesen todas comprendidas en una universalidad jurídica (**art. 2925**).

§ 815. — De la extinción por consolidación

Como el usufructo es un derecho separado de la propiedad, cuando vuelve á unirse irrevocablemente formando un solo todo, hay consolidación. La consolidación no es pues una causa de extinción del usufructo, en la verdadera acepción de la palabra, sino el resultado necesario de toda extinción.

Sea que el usufructo se extinga por la muerte del usufructuario, por la nulidad del título, ó por la revocación, etc., dará por resultado la unión de la propiedad y del goce, es decir, la conso-

---

(**Art. 2925.**) El usufructo particular puede existir sobre varias cosas que no representen ni una universalidad jurídica, ni una universalidad de hecho; en ese caso cada cosa sometida al usufructo es independiente de las otras, y para el efecto de las obligaciones y derechos que impone y concede, se puede considerar que hay tantos usufructos como objetos, aunque el derecho se haya constituído en un solo y único acto. El no uso de algunas de las cosas por diez ó veinte años le haría perder el derecho á ellas y lo conservaría en las demás. Pero si fuera una universalidad jurídica, no habría sino un solo usufructo y el uso de cualquiera de las cosas comprendidas en la universalidad, le conservaría el derecho sobre las demás. Si el usufructo fuera de una cosa colectiva, como un rebaño, una biblioteca, etc., hay sólo una sola cosa, se puede decir, la que forma el ser colectivo, y no se puede prescribir separadamente.

Resulta, que en el usufructo universal, el usufructuario conserva todas las cosas comprendidas en la universalidad por el goce de cualquiera de ellas; en el particular debe usar de cada una.

En el presente artículo como en el anterior, el uso no es necesario que sea personal, basta que otro lo haga en su nombre como apoderado, gestor, arrendatario, etc.—Comp. Aubry y Rau, § 234, texto á la nota 14. Demolombe, X, 696 y 745. Proudhon, IV, 2100 y 2101. — Véanse arts. 2827, 2869, 2940, 2941 y 3065.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2925.—Demolombe, tom. 10 nos 696 y 745. —Aubry y Rau, § 234, n° 3.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

lidación. Así es que no hay exactitud, cuando se dice, que *el usufructo se extingue por la consolidación, es decir, por la reunión de la propiedad y del usufructo en la persona del usufructuario* (**art. 2928**), porque la consolidación viene á ser el efecto y no

---

(**Art. 2928.**) El artículo aplica la consolidación sólo al caso en que el usufructuario viene á ser propietario de la misma cosa, porque no puede tener usufructo en su propiedad; pero esta extinción necesaria en nada puede perjudicar á los terceros, sean arrendatarios ó cesionarios que continuarán como antes.

Si el usufructuario ha cedido el usufructo, y viene á adquirir posteriormente la nuda propiedad, en nada alterará los derechos del cesionario, que gozará del usufructo hasta la muerte del usufructuario cedente, que ha venido á ser ahora nudo propietario. Cuando son dos los propietarios del mismo fundo, decía Celso, que han enajenado su propiedad reservándose el usufructo, así que uno hubiere perdido su usufructo, volverá á la propiedad, no á la propiedad entera, sino que el usufructo de cada uno volverá á la porción de la propiedad que él había enajenado. l. 3, § 1, tít. 2, lib. 7, Dig.; de donde se deduce, que cuando son varios usufructuarios, la adquisición de la nuda propiedad de parte ó del todo por uno de ellos, en nada alterará el derecho de los demás, que continuarán gozando de la cosa en la misma proporción. Si el usufructo se ejerciera en partes separadas de la misma cosa, la adquisición de la nuda propiedad en nada alteraría el derecho de los demás usufructuarios, aunque el nudo propietario hubiera vendido á uno de estos una parte determinada de la cosa; pero se consolidaría en esa parte, cuando el usufructuario fuera único.

No hay consolidación: 1°, cuando el usufructuario heredero del nudo propietario acepta la herencia bajo beneficio de inventario, hasta que no resulte propietario de la cosa fructuaria; 2°, cuando el usufructuario no es único heredero del propietario, hasta el resultado de la participación, en que se le adjudique la cosa fructuaria; 3°, cuando el nudo propietario fuera una sociedad de que el usufructuario fuera socio, hasta el resultado de la liquidación en que pueda adquirir la propiedad.—Comp. MARCADÉ, al art. 617, V, 548. PROUDHON, IV, 2062 á 2071. DEMOLOMBE, X, 682 á 690. TOULLIER, III, 682. ZACHARIÆ, § 311, texto á la nota 11 y DURANTON, IV, 666.—Véanse arts. 862, 2929, 2930 y 3181.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2928. —L. 24, Tít. 31, Part. 3ª. En el Derecho Romano, la palabra *consolidación*, sólo se aplica al caso en que el

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la causa. Y si bien el artículo sólo atribuye la consolidación á los casos en que la propiedad es adquirida por el usufructuario, en lo que está en la verdadera doctrina, viene á quitarle en seguida ese carácter exclusivo al decir que, *el dominio de la cosa dada en usufructo, será consolidado en la persona del nudo propietario por el fallecimiento del usufructuario* (**art. 2929**, 1ª parte), luego la consolidación se opera por la reunión de la propiedad y del usufructo en una misma persona, sin que cambie su naturaleza porque sea en la del usufructuario, ó en la del nudo propietario.

Cuando el usufructo se hubiera constituído para que terminase hasta que una condición ó plazo se cumpliera y la muerte del usufructuario ocurriera antes, el usufructo se extinguirá, *aunque no esté cumplida la condición ó vencido el plazo á que fué subordinada la duración del usufructo* (**art. 2929**, 2ª parte). Se extinguirá igualmente, *por la extinción de la persona jurídica que adquirió el usufructo, ó por el vencimiento del plazo legal de veinte años fijado al usufructo de las personas jurídicas* (**art. 2929**, última parte).

(**Art. 2929.**) El artículo en su expresión general es incompleto, porque no comprende todos los medios de extinción, así como todos los que conducen á hacer recuperar al nudo propietario el dominio útil. No habría consolidación cuando el usufructo se extinguiera por el cumplimiento del plazo ó de la condición, por la muerte del usufructuario ó de aquel cuya vida se hubiera elegido como término, por la nulidad, rescisión, prescripción ó renuncia; pero no es así.

Los autores aplican la palabra consolidación, cuando el usufructua-

---

usufructuario llegue á ser propietario de la cosa sometida al usufructo. Inst., Lib. 2, Tít. 4, § 3.—L. 3, Tít. 2, Lib. 7, Dig. — Marcadé, sobre el art. 617 dice, que nada es más falso y peor comprendido que la frase del artículo del Código Francés que define la consolidación: la reunión en la misma persona de las dos cualidades de usufructuario y propietario.

A juicio de Zachariæ, el Cód. Francés ha querido crear un modo particular de extinción del usufructo, de la reunión del usufructo en la persona del propietario, siendo así que esta reunión es la consecuencia necesaria de todos los modos de extinción del usufructo. Aun se puede decir que la extinción del usufructo precede siempre á esa reunión. Por estas consideraciones seguimos al Derecho Romano. Véase Zachariæ, § 311.—Toullier, tom. 3, nº 682.—Duranton, tom. 4, nos 663 y sigs.—Proudhon, nº 2061.—Demolombe, tom. 10, desde el nº 682.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Se extingue el usufructo (y se opera la consolidación) *por la enajenación que el usufructuario hiciere de su derecho, cuando el nudo propietario lo hiciere del suyo á la misma persona* (**art. 2931**),

---

rio ha venido á adquirir la propiedad de la cosa por sucesión, donación, legado ó contrato. Es entonces que su derecho temporario viene á ser perpetuo y sólido, *solido jure*, como dice Vinnio, de donde viene la palabra consolidar. En este sentido la consolidación no sería un verdadero modo de extinción del usufructo, por más que el art. 2928 así lo diga; porque el derecho de usufructo no se extingue en realidad, si no se confirma y hace perpetuo, y de ahí es que el art. 2930 lo haga *renacer*, cuando no hay semejante renacimiento, pues no se había extinguido. Cuando el usufructuario adquirió la nuda propiedad, su usufructo no se extinguió, vino á ser imposible que el goce de la cosa continuara en ese carácter, y por eso *reaparece* así que fuere privado de la nuda propiedad, pues no se había extinguido. Lo mismo sucederá cuando el nudo propietario adquiriese el usufructo, que no se extingue, reaparecería si fuera vencido en la nuda propiedad. De esta consolidación es de la que habla el Código, y era la del derecho romano, como lo expresa el Dr. Velez-Sarsfield en su nota 2928. Hay pues, un error de doctrina en decir que el usufructo se *extingue* por la consolidación, porque es el carácter el que desaparece por la imposibilidad de su existencia con el de propietario; pero el artículo dice lo contrario, y tenemos que tomarlo así.

El término para la persona jurídica es sin perjuicio de que pueda concluir antes el usufructo por la disolución, si es que al disolverse nada determina sobre él.

Freitas, art. 4674, al hablar de la consolidación, dice, que se opera por cualquiera otra causa por la cual el nudo propietario recupere el dominio útil.—Véanse arts. 48 á 50, 2828, 2920, 2921 á 2923 y 2928.

(**Art. 2931.**) La enajenación de la plena propiedad ¿importa una renuncia tácita del usufructuario á su derecho de usufructo? No lo creo; pero si este ha concurrido con el nudo propietario á la venta, opino que podría considerarse como que ha renunciado; sin embargo, será una cuestión de hechos, que se resolverá investigando la voluntad de las partes, porque la renuncia puede ser tácita, desde que no hay disposición alguna que lo prohiba, art. 873. En el caso del artículo la consolidación se opera en una persona extraña, y si ésta viniera á ser vencida en la nuda propiedad, volvería, no á renacer el usufuructo con todos sus derechos y obligaciones, sino á continuar en la persona del adquirente, pa-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de manera que venga á constituirse la plena propiedad en una tercera persona.

Dijimos que la consolidación no era propiamente un medio de extinción del usufructo, porque su desaparición era una consecuencia de la imposibilidad del propietario pleno para mantener divididos los derechos inherentes á la propiedad; porque no puede tener usufructo sobre su misma cosa, como no puede tener servidumbre; ahora bien, cuando esa imposibilidad ha desaparecido, es decir, *cuando el usufructuario fuere vencido en la nuda propiedad que hubiese adquirido, ó cuando el nudo propietario lo fuere del usufructo por evicción, ó resolución del título de adquisición, el usufructo renace como antes estaba constituído* (**art. 2930**), porque no se había extinguido en realidad, existía

---

sando ese derecho como antes estaba, con sus garantías y obligaciones. Sucedería como en el caso del artículo anterior.—Comp. AUBRY y RAU, § 234, texto y nota 42. MARCADÉ, al art. 622. LAURENT, VII, 35, l. 4, § 12, tít. 4, lib. 44, Dig. Lib. 2, tít. 4, § 3, *Institutas*.—Véanse arts. 2861, 2932, 3055, 3198 y 3237.

(**Art. 2930.**) Hemos dicho que la verdadera consolidación en el sentido de la doctrina, es la que se opera por la adquisición que hace el usufructuario de la propiedad de la cosa, y que entonces no hay verdadera *extinción*, sino imposibilidad de que el goce continúe en ese carácter. En efecto, cuando el usufructuario ha adquirido la nuda propiedad, su derecho de usufructo no se ha extinguido, porque su goce, de temporario que era, haya venido á ser perpetuo; por el contrario en vez de extinguirse y desaparcer ha recibido una confirmación indudable; pero como el propietario no puede continuar gozando como si fuera usufructuario, con obligaciones y derechos para consigo mismo, por esa razon continúa en el goce como propietario. Así, cuando es vencido en la propiedad por reivindicación, no *renace*, como dice el artículo, sino que

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2931.—L. 24, Tít. 31, Part. 3ª.—Inst., Lib. 2, Tít. 4, § 3. Esta causa de extinción se llama generalmente *renuncia* del derecho de usufructo. Estando el dominio de la cosa dividido entre dos personas, el usufructuario y el nudo propietario, es claro que la enajenación que cada uno haga de su derecho, es extraña al derecho del otro y que en nada modifica su posición. Puede sin embargo suceder que el usufructuario enajene su derecho al mismo tiempo y á la misma persona que el nudo propietario enajena el suyo, y entonces sucede la consolidación en una tercera persona. Véase Marcadé, sobre el art. 622.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

latente, sólo la imposibilidad de ejercerlo separadamente lo hizo cesar en su primitiva forma.

---

vuelve á su verdadero carácter, que se había borrado por la imposibilidad de continuar en él. Del mismo modo, cuando el nudo propietario adquirió el usufructo y fuere vencido, el usufructo reclamado no ha renacido, porque no había desaparecido, sino que su existencia se ha hecho posible, porque es un tercero el que es dueño del derecho. De aquí nace esta consecuencia: el tiempo por el que se hubiere constituido el usufructo continúa durante la consolidación, de modo que si el propietario vencido en la nuda propiedad, se encuentra con que el término del usufructo está prescripto, al hacerse la reivindicación, tendrá que entregarla en su integridad.

Papiniano había dicho en la l. 57, tít. 1, lib. 7, Dig.: «si el propietario ha legado al usufructuario el fundo sujeto al usufructo, y el usufructuario, después de haberlo poseído cierto tiempo, ha sido forzado á entregar la nuda propiedad al hijo del testador, que ha hecho declarar nulo el testamento como inoficioso; el acontecimiento ha hecho ver, que el usufructo había permanecido siempre en la persona del usufructuario»; por consiguiente no se había extinguido.

El usufructo *renace como antes estaba constituido;* es decir, en la misma forma y con las mismas obligaciones. ¿Y también con las mismas fianzas y garantías? Si, cuando la causa de la separación *ex causa antiqua causa et necesaria;* no, cuando es *ex nova causa.* Así, la desaparición de la consolidación se hará con efecto retroactivo respecto de las fianzas: 1°, cuando se ha declarado nulo el título de la adquisición; 2°, cuando se ha resuelto por el cumplimiento de una condición; 3°, cuando se ha rescindido por causa de incapacidad; 4°, cuando ha sido vencido en el usufructo ó en la nuda propiedad.

La causa debe ser anterior ó existir al tiempo de la adquisición; porque las posteriores no lo harían renacer, sería un nuevo usufructo el que se constituiría. Así, cuando el nudo propietario adquirió por consolidación la plena propiedad, y después rescinde el contrato ó vuelve á constituir usufructo en la misma persona, no renace el usufructo, es una nueva constitución. — Comp. MARCADÉ, al art. 617, n° 549. LAURENT, VII, n° 59. PROUDHON, IV, 2071 á 2087. — Véanse arts. 867, 2664, 2670, 2928, 3056, 3057, 3181 y 3308.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2930.—L. 57, Tít. 1, Lib. 7, Dig.—Toullier, tom. 3, n° 456.—Proudhon, tom. 4, n° 2071.—Demolombe, tom. 10, n°s 747 y 748.—Aubry y Rau, § 234, n° 5.—Marcadé, sobre el art. 617, n° 6.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La forma de la enajenación del derecho del usufructo sobre cosa inmueble, ó si el usufructo contuviese algún inmueble, será la escritura pública. Bajo otra forma no tendrá efecto alguno (**art. 2932**).

§ 816. — De la extinción por la revocación pedida por los acreedores

Se dijo en el art. 961 que el derecho de los acreedores para pedir la revocación de los actos ejecutados por su deudor estaba sometido á dos condiciones: que el acto perjudicase sus derechos y que fuera en caso de fraude, con la excepción del art. 963, y cuando la enajenación fuese gratuita, en que no había necesidad de demostrar el fraude.

Tratándose del usufructo, el perjuicio puede ocurrir de dos modos: 1°, cuando el deudor propietario hubiera enajenado el usufructo; 2°, cuando el deudor usufructuario hubiere enajenado ó renunciado á su derecho de usufructo. En el primer caso cae bajo la disposición de los arts. 961 y siguientes, y los acreedores sólo pueden atacar la constitución del usufructo á título oneroso

---

(**Art. 2932.**) Hay sin duda una incorrección en decir: la forma de la *enajenación* será la escritura pública; porque debe referirse á la que se hace por contrato, pues la hecha por testamento es válida, aunque el testamento sea cerrado ú ológrafo; es decir, cuando no es en una escritura pública. El sentido es que debe ser hecho en escritura pública, cuando el usufructo se constituye por un acto entre vivos, y en instrumento público si es por disposición de última voluntad. Cuando se constituye por contrato debe llenar todas las condiciones exigidas para los contratos en general, respecto á su forma, prueba, capacidad y manifestación de la voluntad.

Freitas, art. 4681, de donde fué tomado nuestro artículo, se refiere á la extinción del usufructo por renuncia, que exige sea expresa y en escritura pública, doctrina que no aceptamos en su primera parte por el art. 873 y porque nuestro Código no exige renuncia expresa.

Cuando se dice que no tendrán efecto alguno, se entiende que es con relación á terceros, porque respecto á los que celebran el acto, aunque sea en intrumento privado valdrá; pero tendrán obligación de hacer escritura pública.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

en caso de fraude, y á título gratuito, aunque no existiera fraude; pero en el segundo, dice el **art. 2933**: *los acreedores del usufructuario pueden pedir la revocación de la enajenación ó renuncia del derecho del usufructuario, sin estar obligados á probar que ha habido un interés fraudulento al hacerse,* pareciendo establecer una excepción á los principios generales consignados en los arts. 961, 968, 1576, 3310 y 4033; pero no debe considerarse así. Cuando el usufructuario deudor ha enajenado el usufructo por contrato oneroso como tiene derecho de hacerlo, ese acto es perfectamente válido é inatacable, á menos de demostrar que por él ha quedado insolvente y lo ha hecho en connivencia con el adquirente, con el objeto de perjudicar á sus acreedores. Lo mismo debemos decir

---

(**Art. 2933.**) Este es uno de los casos de obscuridad de la ley en que la misión de la interpretación se muestra con mayor utilidad. El artículo no distingue, y dice con toda claridad: los acreedores del usufructuario pueden pedir la revocación de la enajenación ó renuncia del derecho del usufructuario, sin probar fraude; pero como sería concederles un derecho excepcional, autorizándoles para anular contratos perfectamente legítimos, es necesario reducirlo á los términos de los arts. 961 á 972, de la acción pauliana, y admitir que sólo tendrá lugar en las casos de enajenación ó de renuncia gratuita. El mismo Dr. Velez-Sarsfield así lo expresa en su nota, y lo dicen Aubry y Rau, § 234, letra *C* al fin, de donde fué tomado el artículo. El artículo debió ser redactado en esta forma: «Los acreedores del usufructuario pueden pedir, por la acción pauliana, la revocación ó renuncia del derecho del usufructuario, etc.» — Comp. DEMOLOMBE, X, 735, MARCADÉ, al art. 622, nº 2, LAURENT, VII, 78 y CÓD. DE CHILE, art. 803.—Véanse arts. 967 á 972, 2837, 2908 y 2918.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2933.—Véase Cód. Francés, art. 622.—Aubry y Rau, § 234, letra C.—Demolombe, tom. 10, nº 735. La última parte del artículo es sólo referente á la renuncia del derecho del usufructuario, conforme con lo que se ha dispuesto sobre los hechos en fraude de los acreedores, contrario á las disposiciones del Derecho Romano, que sólo daba acción revocatoria cuando hubiese habido fraude del deudor, y no cuando meramente renunciaba á un derecho. Nosotros hemos establecido en el lugar citado, que para que un acto sea juzgado como fraudulento, no es indispensable que haya sido ejecutado con el fin de dañar á los acreedores, sino que basta que el deudor lo haya hecho sabiendo que los daña.— Marcadé, sobre el art. 622, nº 2.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de la renuncia á título oneroso hecha en favor del nudo propietario.

Cuando la enajenación ó renuncia fuere hecha á título gratuito, en ese caso la enajenación puede ser atacada, bastando demostrar que ha quedado insolvente por ese acto, sin necesidad de probar que ha habido un interés fraudulento; este es el caso del art. 2933, y la renuncia debe ser gratuita.

La disposición no ha sido bien concebida, pues, no basta ser acreedor del usufructuario para atacar la enajenación ó renuncia del usufructo, es necesario que ella perjudique los derechos del acreedor reclamante, y se debe entender de modo á no chocar con las disposiciones del mismo Código; así, la revocación puede pedirse por los acreedores perjudicados en sus derechos, por una enajenación ó renuncia á título gratuito, ó cuando fuera á título oneroso demostrando que el deudor ha querido defraudar á sus acreedores, y el adquirente ha sido cómplice en el fraude.

§ 817. — De la extinción por la pérdida de la cosa

Cuando se trata del usufructo perfecto, en que el usufructuario debe devolver la misma cosa recibida, dice el **art. 2934**: *se*

(**Art. 2934.**) El artículo sólo comprende la extinción por la pérdida total de la cosa, sin abrazar los casos en que existiendo hubiera cambiado de destino ó de forma, es decir, de substancia. Por más que el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, tomada de Demolombe, diga con aquel autor: «que el derecho de usufructo depende de la forma actual de la cosa y del destino que de ella resulta, y que se extingue con ese destino y con esa forma», no creo se deba aceptar semejante teoría en absoluto, pues como lo expresamos en el art. 2874, cuando el cambio de destino viniera á efectuarse contra la voluntad del usufructuario, no se podría sostener que la cosa no debería tener destino alguno. Cuando se ha legado el usufructo de un mercado que la municipalidad hace cerrar, el usufructo no se concluiría, porque la casa podría alquilarse para otro objeto, á menos de haberse ordenado lo contrario en el testamento. Se debe, pues, investigar, cuál ha sido la voluntad de las partes, pues como dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota 2940, tomada de Marcadé, «no es posible fijar una regla para decidir cuál será el cambio en la forma que extinga el usufructo». Quedará reducida á una cuestión de hechos.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

extingue también el usufructo por la pérdida total de la cosa, sucedida por caso fortuito, cuando ella no fuese fungible, porque si

---

En general, el artículo se aplica sólo á la pérdida material de la cosa, como si se dejó el usufructo de una casa y ésta se quemara; pero si estuviera asegurada, el usufructo continuaría sobre el precio del seguro, es decir, sobre los intereses de ese capital, que no podría tomar el usufructuario.

El artículo sólo habla de la destrucción por casos fortuitos, porque cuando tuviera lugar por culpa del usufructuario, del nudo propietario ó de un tercero, sucedería lo siguiente: si la cosa pereció por culpa del usufructuario, el usufructo no continúa por más que así lo diga en la nota el Dr. Velez-Sarsfield, porque no puede existir usufructo sin cosa fructuaria; lo que continúa es el derecho de no devolverla sino á la conclusión del usufructo. Si pereció por culpa del nudo propietario, el usufructo no puede continuar en la cosa fructuaria que ha perecido, sino en su valor, pudiendo cobrar los daños y perjuicios; lo mismo sucederá si perece por culpa de un tercero.

En cuanto á los cambios que extinguen el usufructo (sobrevenidos por caso fortuito) en la forma ó substancia de la cosa, ya hemos dicho que no se puede dar una regla general; pero se pueden aplicar las siguientes: 1°, se extinguirá, si el usufructo se ha establecido sobre un objeto especialmente definido, y que no estaba destinado en la intención de las partes á no ser empleado por el usufructuario sino en cierto uso determinado; 2°, si el acontecimiento ha hecho la cosa impropia para ese destino ó uso; 3°, si expresamente se hubiera estipulado que cesaría el usufructo, sino pudiera destinarse á ese uso. En estos casos el cambio haría cesar el usufructo. — Comp. FREITAS, art. 4664. DEMOLOMBE, X, 700 á 710. AUBRY y RAU, § 234, texto á la nota 19. MARCADÉ, II, 552. — Véanse arts. 578, 891, 892, 1521, 1522, 2604, 2605, 2903, 2935 á 2942 y 3051.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2934. — Inst., Lib. 2, Tít. 4, § 3. Si la pérdida de la cosa hubiere sido causada por culpa del nudo propietario ó del usufructuario, el usufructo continúa y las consecuencias de esa pérdida serán juzgadas por las reglas relativas á las obligaciones de las partes.

Si hubiese sido ocasionada por un tercero, el usufructo no se extingue, y el usufructuario tendría derecho, tanto al goce de lo que quedare de la cosa bajo cualquier forma, como á las indemnizaciones debidas por el tercero.—Aubry y Rau, § 234, n° 4.—Proudhon, n° 2527.—Demolombe, tom. 10, n° 713.

Cuando hablamos de la pérdida de la cosa, no debe entenderse solamente de la pérdida física, que nada deja después de ella, sino también de la pérdida

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

fuera por culpa de cualquiera, el derecho del usufructuario sería de pedir los daños y perjuicios ó de demandar una cosa semejante.

El usufructuario de un edificio destruido por una inundación, por ejemplo, no tendría derecho á continuar el usufructo sobre el suelo, ni menos sobre los materiales que quedaren, por eso dice el **art. 2935**: *cuando la pérdida de la cosa por caso fortuito, hu-*

(**Art. 2935.**) El usufructo de un animal no se extendería á los despojos una vez muerto dicho animal, ni el constituido sobre una casa se extendería al terreno una vez destruida aquella; pero si fuera sobre una casa quinta ó sobre una chacra, la destrucción del edificio no haría extinguir el usufructo sobre la quinta en el primer caso, ni sobre el terreno en el segundo. Cuando el usufructo deba continuar sobre el precio de la cosa destruida, la verdadera doctrina es que no se cambiará en un cuasi usufructo, porque sólo tendrá derecho al interés que el capital produzca sin que pueda tomarlo para sí.—Comp. AUBRY y RAU, § 234, texto á la nota 20. DEMOLOMBE, X, 701 y 702. — Véanse arts. 2878, 2879, 2912, 2934, 2937 y 2941.

---

que consiste en el aniquilamiento de las funciones á que la cosa estaba destinada en la época de la constitución del usufructo. La cosa sobre la cual el usufructo está establecido ha perecido según el sentido de nuestro artículo, no sólo cuando sus elementos materiales han desaparecido, sino también cuando la substancia jurídica de la cual tomaba su nombre, su forma y su destino ha cesado de ser. La cosa ha perecido con su aptitud á prestar tal género determinado de servicios que el usufructuario tenía derecho á gozar, pues que ella no puede llenar el destino en el cual únicamente el usufructuario tenía el derecho de emplearla.

No sucede así con el propietario, que aun destruida la cosa puede decir, *meum est quod ex re mea superest.* L. 49, Dig. *De reivindicat.*

El derecho de usufructo por el contrario, depende de la forma actual de la cosa y el destino que de ella resulta, y se extingue con esta forma y este destino, y no se conserva ni sobre los restos de la cosa, ni sobre los accesorios, que pueden sobrevivir á la destrucción de la forma característica en la cual se personificaba la cosa que estaba gravada con el usufructo. Así, el usufructo establecido sobre un animal, se extingue por la muerte de este animal, y el usufructuario no tiene ningún derecho sobre el cuero que no es la cosa sobre la cual su derecho se había establecido, y que no puede en efecto llenar el mismo destino. Así también el usufructo establecido sobre un edificio, se extingue por la ruina total del edificio, y el usufructuario no tiene ningún derecho sobre el suelo, ni sobre los materiales, ni tampoco sobre las cosas accesorias al edificio, como el jardín, la bodega, etc. Véase Demolombe, tom. 10, nos 700 y sigs.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

biese sido total, el usufructuario no conservará ningún derecho sobre los accesorios que dependen de la cosa, ni de lo que de ella restare bajo una nueva y diferente forma.

Si el usufructuario (para garantir el goce de la cosa dada en usufructo) *hubiese hecho asegurar un edificio consumido* (después) *en un incendio, el usufructo continúa sobre la indemnización que se le hubiese pagado* (**art. 2936**), debiendo devolverla al nudo propie-

---

(**Art. 2936.**) Cuando la cosa se ha destruido por culpa de un tercero, en que el usufructo continúa sobre el precio, hemos dicho que el usufructuario sólo debe gozar del interés del capital sin que pueda disponer de este, y nos autorizan á sostener esta tesis las razones siguientes: 1ª, que la naturaleza del usufructo no puede cambiar por un hecho extraño á la voluntad del constituyente; 2ª, que el usufructuario sólo tiene derecho á los frutos, y que en el usufructo de títulos de créditos ó de rentas, únicamente percibe éstas; 3ª, que el art. 2861 sólo concede la posesión del dinero en el único caso de expropiación, lo que excluye los demás; 4ª, que los padres en el mismo caso, sólo pueden depositar el dinero que pertenece á sus hijos, y gozar de los intereses como frutos.

Pero el caso del artículo es completamente diverso, porque el usufructuario ha asegurado su goce, y el dinero que recibe lo representa, y á él debería corresponderle. Así es que la doctrina del artículo, por más que sea apoyada por la grande autoridad de Aubry y Rau, creo que va contra la justicia y la equidad. En efecto, admitiendo lo que dice el Dr. Velez-Sarsfield, tomado de Aubry y Rau, que «el seguro por su constitución jurídica nunca es para el asegurado una fuente de ganancias, sino una indemnización de la pérdida sufrida», lo natural sería distinguir: cuando el seguro representase únicamente la pérdida del usufructo, debería corresponder al usufructuario en propiedad la cantidad asegurada; pero si representara la plena propiedad, debería sacarse el valor del usufructo, y sólo devolver á su terminación lo que correspondiera á la nuda propiedad, contribuyendo el nudo propietario en la medida de su derecho al pago de las primas. Supongamos el usufructo de una casa que produce 100 $ mensuales de alquiler, que el usufructuario asegura su goce por cuatro mil pesos; la casa se incendia por caso fortuito y recibe el precio del seguro, muere á los diez años del aconte-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2935. — Cód. Francés, art. 624.—Aubry y Rau, § 234, nº 4. Así, el usufructuario de un edificio destruído por un incendio no tiene derecho á gozar ni del suelo ni de los materiales.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tario á la terminación del usufructo, deduciendo lo que éste ha debido pagar por las primas del seguro en la proporción establecida, según el valor de sus derechos.

Si el usufructuario hubiera asegurado sólo la renta que produce la cosa fructuaria incendiada, el usufructo habría terminado por la destrucción total de la cosa, y aunque la compañía aseguradora continuara sirviéndole dicha renta, no sería una prolongación del usufructo, sino el resultado de un nuevo contrato, que no interesa al nudo propietario. En este caso y otros semejantes, el nudo propietario no tendría derecho alguno al seguro; lo que

---

cimiento, cuando la casa le habría dado de renta doce mil pesos. ¿Por qué devolvería al nudo propietario los cuatro mil pesos? Lo natural sería que los hiciera suyos, porque suponiendo que esos cuatro mil pesos le hubieran producido 40 $ mensuales de interés y 4,800 en los diez años, ha perdido con el incendio 7200 $ que faltan para completar los 12.000 del goce. Es más sencillo el procedimiento adoptado por el Código, de hacer devolver el precio del seguro, pero no es el más justo; por eso creo con Massé y Verger, y Grün Joliat, citado por ellos, que cuando el nudo propietario ha asegurado la propiedad, el usufructuario no tiene derecho alguno al precio del seguro y el usufructo queda extinguido. Los Dres. Segovia y Llerena, apoyan esta última conclusión. En contra, Aubry y Rau, § 234, texto y nota 21.

Massé y Verger anotadores de Zachariæ, § 311, nota 15, enseñan la doctrina contraria á la del artículo, y me parece la verdadera.

La consideración de que los padres al asegurar los bienes de sus hijos en caso de siniestro, no pueden cambiar el usufructo legal en cuasi usufructo, tomando el dinero, pues deben depositarlo á nombre de sus hijos gozando sólo de los intereses, no influye contra los principios enseñados, porque no proceden como usufructuarios sino como tutores, y aseguran la plena propiedad que siempre corresponde á sus hijos; en este usufructo no hay verdadera desmembración, porque cuando esos bienes se enajenan por manos de la justicia, su derecho no va con estos.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2936.—El seguro por su constitución jurídica nunca es para el asegurado una fuente de ganancias, sino una indemnización de la pérdida sufrida. Así, el usufructuario no puede asegurar la propiedad sino *procuratorio nomine.* La indemnización que recibiese le pertenece sólo por el goce de la cosa; y debe á la cesación del usufructo, ser restituída al nudo propietario, contribuyendo éste en la medida de su derecho al pago de las primas de seguros.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

es completamente diferente de cuando asegura la propiedad, en que lo hace *procuratorio nomine*, y por cuya razón debe beneficiar del seguro, pagando las primas que le correspondiese.

El usufructo se acaba por la destrucción total de la cosa. Cuando ha sido parcial la pérdida de la cosa, el usufructo continúa no sólo en lo que de ella queda en su forma primitiva, sino también en los restos y accesorios (**art. 2937**), porque debiendo considerarse como una é indivisible, desde que ella existe, aunque sea en parte, el usufructo debe continuar. Otra cosa sería si fueran dos objetos distintos y determinados, pues habría cesado el usufructo respecto del destruido totalmente.

La extinción (destrucción) *parcial de la cosa fructuaria, ó en el deterioro de ella, aunque sea por culpa del usufructuario, no da derecho al nudo propietario para demandar la extinción del usufructo* (**art. 2938**, 1ª parte), porque habiendo dado fianzas para

---

(**Art. 2937.**) Nuestro artículo ha salvado las dificultades que ocurrían con la redacción del art. 623. Cód. Francés, agregando á la expresión «en lo que quede de ella», las palabras *en su forma primitiva, sino también en los restos y accesorios*, para dar á entender que continuando el usufructo sobre la parte homogénea que quedara en pie, debía continuar sobre sus despojos. Y la razón es que no habiéndose extinguido el usufructo, el usufructuario no puede ser privado de parte alguna de la cosa, impidiendo así litigios que no tienen razón de ser. Un terreno que ha sido invadido en parte por las aguas que quedan permanentemente; una casa que se ha incendiado en su mitad; en ambos casos el usufructo continua sobre la parte restante y sobre los despojos en el segundo caso, y podrá emplearlos, respondiendo de ellos á la terminación del usufructo.

No creo que este artículo hubiera podido suprimirse, porque esté comprendido en el 2938, pues los puntos legislados son diferentes. — Comp. AUBRY y RAU, § 234, texto á la nota 22 y DEMOLOMBE, X, 704. GOYENA, 464.

(**Art. 2938.**) El caso del artículo no es el del anterior como se ha creído, porque legisla la extinción parcial de la cosa ó su deterioración

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2937.—Cód. Francés, art. 623.—Italiano, 519—Napolitano, 548—Holandés, 858—De Luisiana, 609.—Inst., *De usufruct.*, § 3,.—Aubry y Rau, § 234, nº 4.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

su conservación, y estando obligado á devolverla en el estado en que la recibió, el nudo propietario se encuentra garantido; sin embargo, como es preferible impedir un perjuicio mayor, *continuará el usufructo en la cosa deteriorada, ó en la parte restante de ella* (**art. 2938**, 2ª parte); pero el nudo propietario puede ejercer estas acciones inmediatas sin perjuicio de la remota al terminar el usufructo: 1°, *no queriendo el nudo propietario hacer las reparaciones necesarias y obtener del usufructuario lo que gastare en ella, podría demandar* (al usufructuario) *por la indemnización del daño* (**art. 2938**, última parte). 2°, *en el caso del artículo anterior, podrá también el nudo propietario, para evitar destrucciones ó deterioros futuros, exigir fianzas á ese fin, y no dándolas el usufructuario, se procederá como está dispuesto para el caso que el usufructuario no pueda recibir la cosa sometida al usufructo por falta de fianza suficiente* (**art. 2939**).

---

y además supone esa estinción ocasionada por culpa del usufructuario. Para darse cuenta de los casos del artículo, supongamos que por culpa del usufructuario la casa se deteriora, entonces puede ser obligado por el nudo propietario á que haga las reparaciones necesarias. Si por culpa del usufructuario la cosa hubiere perecido en parte, el nudo propietario tiene dos medios: ó hacer los reparaciones para volverla al estado en que se encontraba y obligar á pagarlas al usufructuario, ó á demandarlo por la indemnización del daño; mientras en el caso del artículo anterior no tenía esos derechos.—Comp. FREITAS, art. 4672.

(**Art. 2939.**) El artículo supone que el usufructuario no ha dado fianza, sea por dispensa del constituyente ó del nudo propietario; porque si la hubiere dado en los términos del art. 2855 sería inútil volverla á repetir. La dificultad vendría en ese caso, para saber si el usufructuario que ha sido dispensado por el constituyente de darla, podría ser obligado en los términos del artículo 2855, ó si sólo podría obligársele á darla por el valor de los deterioros posibles. Por mi parte hago la distinción siguiente: si el nudo propietario lo dejó entrar en posesión sin la fianza, podrá pedirla en los términos del art. 2855; si el usufructuario fué eximido por el constituyente, esa exención importa una fianza, y el nudo propietario no podría exigirla sino por los deterioros que hubiere hecho y los que fueran posibles, y si no la diera se procederá como lo indica en el art. 2856. Lo jurídico habría sido no exigir la fianza, desde

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

. Se ha dicho que cuando el usufructo es de una universalidad jurídica, no se extingue por la destrucción de alguna de las cosas comprendidas en la universalidad, porque se considera que hay una sola cosa sometida al usufructo, y la extinción de algunas de ellas sólo tendrá el efecto de limitar los provechos que se sacaren; por consiguiente, *el usufructo que tiene por objeto una universalidad de derecho, no se extingue por la pérdida de una ó de otra de las cosas comprendidas en esa universalidad* (**art. 2940**).

---

que el relevamiento importa una verdadera, y esperar á la conclusión del usufructo, como en el caso de haberla dado, para exigir los daños y perjuicios.—Comp. FREITAS, art. 4673.

(**Art. 2940.**) La razón del presente artículo se encuentra en los arts. 2925 y 2937, de los que viene á ser una aplicación. En efecto, cuando el usufructo tiene por objeto cosas determinadas é individualmente separadas, como por ejemplo una casa, y un campo, se considera que hay dos usufructos, y si la casa se destruyese, el usufructo sobre ésta se extingue, y debe entregarse al nudo propietario con los materiales, continuando sobre el campo; pero si esos mismos bienes fueran considerados como una universalidad de derecho, es decir, si fueran los únicos comprendidos en la herencia del constituyente, en ese caso el usufructo continuaría aún sobre los despojos, pues se consideraría como una destrucción parcial de la cosa, en que continúa sobre lo que queda y también sobre los restos, art. 2937. Es natural que habiendo perecido una de las cosas, el usufructo se limite á la que quedare y á los despojos de la otra, sin que esto importe una restricción á lo dicho en el presente artículo.—Comp. AUBRY y RAU, § 234, texto á la nota 22. DEMOLOMBE, X, 704. FREITAS, 4667, n° 2.—Véanse arts. 2827, 2903, 2925 y 2937.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2940. — L. 34, Tít. 1, Lib. 7, Dig.—Proudhon, n° 2534.—Demolombe, tom. 10, n° 704.

El mayor número de Códigos y sus principales comentadores establecen otra causa de extinción del usufructo, cual es todo cambio que sobrevenga en la forma de la cosa que la haga impropia al uso para el cual el usufructo había sido establecido. Pero no es posible fijar una regla para poder decidir cuál sea el cambio en la forma que extinga el usufructo, si el cambio no es tan grave que produzca la extinción de ella. En cada negocio, los tribunales deberían examinar la gravedad del cambio y llegaríamos á lo arbitrario y vago. A lo menos, debía suceder en la cosa una modificación profunda, un cambio de forma, de tal manera grave, que en el lenguaje de todos no se llama cambio de forma, sino destrucción de la cosa. Cuando se ha concedido

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando la cosa dada en usufructo se hubiere destruido totalmente, dice el **art. 2941**: *el usufructo extinguido por la destruc-*

(**Art. 2941.**) Nuestro artículo decide en parte las dificultades indicadas por los comentadores franceses, con ocasión de la extinción del usufructo, limitándose á resolver únicamente sobre la destrucción física. Así, cuando la cosa dada en usufructo se ha destruido por un incendio, si estaba asegurada, continuará el usufructo sobre el precio, pero la casa no podrá reconstruirse, porque el usufructo sobre ella se ha extinguido.

Cuando la cosa ha sido destruida por un tercero, el usufructo continuará sobre la indemnización debida, pero no podrá reconstruirla, en vez de pagar la indemnización, porqué habiéndose extinguido el usufructo no tendría derecho para hacerlo renacer, pues como dice Demolombe, X, 713, *ter.*, el usufructo se ha extinguido completamente por la ruina del edificio sobre el que estaba establecido, y no puede evidentemente establecerse sobre el edificio nuevo que se hubiera reconstruido, sea por el propietario, por un tercero ó por el usufructuario, y en los dos últimos casos, habría sólo lugar á la aplicación del art. 555, que equivale á nuestros arts. 2589 y 2590 de los que edifican sobre terreno ajeno.

Cuando la casa ó el edificio se arruinase por vejez durante el usufructo, el usufructuario no puede reconstruirlo, si por la ruina viniera á concluirse el usufructo, pero está obligado á impedir que se arruine, haciendo las reparaciones necesarias.

El art. 2874 sólo lo autoriza para reconstruir el edificio que estuviera arruinado á la constitución del usufructo, por eso no estoy conforme con los que sostienen lo contrario, porque eso sería autorizarlos para continuar el usufructo, cuando se ha extinguido.

Cuando se trata de un campo invadido permanentemente por las aguas de un río, ó de un estanque que se ha secado convirtiéndose en terreno de labranza, las opiniones se han dividido; unos creen que el usufructo revive en cualquier tiempo que el río desocupe el terreno; otros que se ha extinguido por completo, y una tercera opinión, que es la más jurídica, sostiene, que si el terreno es abandonado antes que la prescripción de 10 ó 20 años se hubiere cumplido por el no uso, el usu-

---

el usufructo de una casa que el usufructuario debe habitar, y sólo hay escombros en el suelo, es claro que el usufructo se ha extinguido. Pero cuando el usufructo sea de una hectárea de tierra en que exista una viña, poco importa que esta viña se haya destruído, y que en adelante el terreno se destine á siembras de granos.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ción física de la cosa, no renace cuando ella fuese restablecida á su estado primitivo, salvo (en) *el usufructo de los padres, ó cuando la construcción ó reedificación formare parte de un usufructo sobre bienes colectivamente considerados.* En el primer caso, porque el usufructo legal de los padres es dado sobre todos los bienes de los hijos que están bajo su potestad, y se puede considerar como una especie de universalidad; en el segundo, porque el ser colectivo se toma como un todo homogéneo, y mientras subsista en parte se considera que existe en el todo.

§ 818. — Efectos de la extinción del usufructo

El efecto principal, y podemos decir único, de la extinción del

---

fructo renace, pero queda extinguido si ocurre después. Esta opinión es más conforme con los principios de nuestro derecho, que declara extinguido el usufructo por el no uso durante 10 ó 20 años, art. 2924.

Las dos excepciones contenidas en el artículo se fundan en la naturaleza del usufructo; el legal de los padres, lo mismo que el que se tiene sobre los bienes reservados, no son verdaderos usufructos en que la propiedad se considere fraccionada, sino derechos anexos á una función social, y por consiguiente, ni el cambio del destino ni el de la forma extinguen el derecho, y en caso de destrucción se ejerce sobre los despojos.

En cuanto á la segunda, se trata de edificios que forman un todo, que no se pueden tomar individualmente, y la destrucción de una parte aunque esté separada de los otros edificios forma el conjunto ó ser colectivo. En los inmuebles de esta clase sucede como en un rebaño, en que la pérdida de uno ó de varios animales no afecta al todo. Aubry y Rau, § 234, agregan, que se extingue cuando la cosa ha sido puesta fuera del comercio, y así debemos considerarlo.—Comp. Freitas, art. 4671. Demolombe, X, 713 ter., y Marcadé, al art. 617, VIII.—Véanse arts. 2874, 2885, 2925, 2937 y 2940.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2941.—Cuando una cosa que forma el objeto único del usufructo se ha incendiado por caso fortuito, la reconstrucción de ella por el nudo propietario ó por el usufructuario no haría renacer el usufructo. Si la reconstrucción hubiere sido hecha por el usufructuario, la posición de las partes sería reglada por lo que se ha dispuesto respecto del edificante en terreno ajeno. La L. 25, Tít. 31, Part. 3ª, niega al usufructuario el derecho de reedificar la casa á sus expensas contra la voluntad del nudo propietario. Sobre el artículo, Marcadé, art. 617, n° 8. — Demolombe, tom. 10, n° 713, ter.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

usufructo es la consolidación con la propiedad cuando la cosa existe; pero si se ha destruido por caso fortuito, no existiendo cosa no puede haber reunión de propiedad. Así es que debemos hacer una distinción esencial entre los casos de cesación del usufructo existiendo la cosa, ó cuando se continúa sobre la indemnización que la reemplaza en parte, de aquellos en que no hay objeto sobre que ejercerse; en el primer caso: *la cesación del usufructo por cualquiera otra causa que no sea la pérdida de la cosa fructuaria, ó la consolidación en la persona del usufructuario, tiene por efecto directo é inmediato hacer entrar al nudo propietario en el derecho de goce, del cual había sido temporalmente privado* (**art. 2943**), en el segundo, queda definitivamente concluido.

Art. 2943.) Es necesario recordar que el usufructuario posee la cosa en nombre del nudo propietario, y por esa razón no puede prescribirla, á menos de no cambiar el título de su posesión; de modo que una vez extinguido el usufructo, si no es por pérdida ó consolidación, adquiere la plena propiedad, sin necesidad de acto alguno; la única excepción, no al principio sino á las consecuencias, es que no hace suyos los frutos, cuando el usufructo se ha extinguido por el cumplimiento de la condición, art. 2927, en que necesita la demanda de resolución. Y no creo se viole principio alguno de derecho, porque toda obligación sujeta á condición es necesario que la autoridad la declare cumplida. Tampoco contradice el artículo 2922 que se refiere á un término cierto y necesario, que no puede aplicarse á uno eventual que puede ó no llegar; ni el art. 2864 por su generalidad puede contradecirlo, porque si los frutos pendientes á la conclusión del usufructo pertenecen al nudo propietario, no hay incongruencia, desde que se declara que el usufructo no se extingue hasta la demanda; lo mismo sucederá cuando la constitución del usufructo se anulare ó rescindiere, pues no se devolverán los frutos percibidos hasta la demanda.

El usufructuario que continúa en posesión de la cosa después de la extinción del usufructo, deberá devolverla con los frutos desde el momento de la extinción; este principio no tiene excepción, pues cuando el usufructo se extingue por destrucción, no hay cosa; cuando es por consolidación en la persona del usufructuario, no tiene aplicación; y cuando es por el cumplimiento de la condición, el usufructo no se reputa extinguido hasta la demanda de resolución.—Comp. AUBRY y RAU,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando el usufructo fuere á término cierto, *si el usufructo consiste en dinero ó hay dinero en el usufructo, el usufructuario debe entregarlo inmediatamente después de la cesación del usufructo, y si no lo hiciere debe los intereses desde el día en que terminó su derecho* (**art. 2944**); si fuere condicional, desde la demanda de resolución.

El usufructuario que se encontrare en la imposibilidad de restituir en especie los objetos que toma en usufructo, ó de justificar que no han perecido por su culpa, debe pagar el valor de ellos en el día que los recibió (**art. 2945**), y *la obligación de restituir, im-*

---

§ 235, nº 1. DEMOLOMBE, X, 635.—Véanse arts. 2465, 2562, nº 4, 2864, 2865, 2922, 2927, 2944 y 2946.

(**Art. 2944.**) El usufructo de dinero, como el de títulos de crédito ó rentas, produce frutos civiles, y por consiguiente el usufructuario adquiere lo que corresponde al tiempo de su goce. Este artículo es una confirmación del art. 2922 en un caso especial de extinción. En los casos del art. 2927 no hay extinción de usufructo, y no se deben los frutos, sino desde la demanda; principio que rige para toda clase de extinción que necesite de declaración judicial. En efecto, en la revocación, resolución de los derechos del constituyente, prescripción, nulidad, rescisión, etc., sólo tiene efecto desde la demanda que establece el cuasi contrato. Así, la expresión el *inmediatamente después*, del artículo, sólo rige los casos en que se extinguen por el cumplimiento del término y por consiguiente está en armonía con los arts. 2864, 2865, 2922, 2926, 2927 y 2943.—Comp. AUBRY y RAU, § 235, nº 1.

Este artículo fué corregido, cambiando las palabras *del goce*, por la *de goce*.

Si el usufructo es de cosas fungibles, regirá la misma regla.

(**Art. 2945.**) Cuando los bienes han desaparecido á consecuencia de un delito del usufructuario, el nudo propietario tendrá derecho para exi-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2943.—Proudhon, nº 2570.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2944. — No se opone al artículo que se ha establecido sobre los intereses moratorios. Las relaciones del usufructuario con el nudo propietario, no son las de un deudor y un acreedor común, pues en el caso del usufructo se trata menos de pagar una suma de dinero, que de restituir un capital usufructuario, cuyo goce no puede extenderse más allá del usufructo.—Demolombe, tom. 10, nº 683.—Aubry y Rau, § 235, nota 2.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

puesta al usufructuario ó á sus herederos, comprende no sólo los objetos que desde el principio se encontraban sometidos al usufructo, sino también los accesorios que ellos han podido recibir, y las mejoras hechas por el fructuario, salvo lo dispuesto sobre el derecho de éste para llevar lo que puede extraerse, sin detrimento de las cosas que hubiesen estado en usufructo (**art. 2946**).

Resuelto el derecho del usufructuario sobre los bienes del usufructo, el nudo propietario no queda obligado á ninguna indemnización respecto de los terceros, cuyos derechos quedan también resueltos, ni tampoco el usufructuario, á menos que se obligare expresamente ó hubiese procedido de mala fe, aunque esos derechos fuesen de arrendadores (arrendatarios) *ó locatarios* (**art. 2947**);

---

gir el valor que tenían en el día del recibo, ó en el de la entrega, si valían más, pues debe los daños y perjuicios que hubiere causado.

Como el que alega una excepción tiene obligación de probarla, el caso fortuito debe debe demostrarse por el usufructuario; pero si el nudo propietario alegare culpa, deberá á su vez demostrarla.

Cuando las cosas se estimaron al hacerse el inventario deberá su estimación, á menos de no haberlas hecho desaparecer por delito, en que además abonará los daños y perjuicios.—Comp. AUBRY y RAU, § 235, texto á la nota 4.—Véanse arts. 585, 2810, 2811 y 2871.

(**Art. 2946.**) Como la cosa dada en usufructo, aumenta ó perece para su dueño, que es el nudo propietario, si viniera á acrecer por accesión, como lo recibido por aluvión ó avulsión, deberá devolverla con todos sus aumentos. Si los accesorios provinieran de mejoras hechas por el usufructuario ó por el que lo ha substituido en sus derechos, podrá compensarlos en los términos del art. 2874 con los deterioros que tuviere que pagar, ó extraerlas si no causare detrimento. — Comp. AUBRY y RAU, § 235, texto á la nota 5.—Véanse arts. 2810, 2867, 2874 y 2888.

(**Art. 2947.**) El artículo habla del caso de *resolución* del derecho del usufructuario, y si bien en general se puede decir que cuando el usufructo se *extingue* el derecho queda resuelto, no creo se pueda aplicar indistintamente; así por ejemplo, la consolidación en favor del usufruc-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2945.—Aubry y Rau, § 235, nº 1.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2946.—Aubry y Rau, § citado.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pero esta disposición sólo se aplica á los derechos que el usufructuario hubiera constituído en favor de terceros sobre la cosa fructuaria, y de ningún modo á los trabajos hechos por éstos para

---

tuario extingue el usufructo, y nadie puede sostener que los derechos de los terceros cesionarios ó arrendatarios quedarían resueltos por esta extinción, pues los confirma.

La cuestión es averiguar si todos los medios de extinción producen los mismos efectos respecto de los terceros, y si extinguen igualmente todos los derechos que el usufructuario hubiere constituido sobre el inmueble dado en usufructo. Los extinguen indudablemente: la muerte del usufructuario, la pérdida total de la cosa, la expiración del término ó el cumplimiento de la condición, el no uso durante 10 y 20 años; pero no la consolidación por la adquisición de la propiedad hecha por el usufructuario que extingue sin embargo, el usufructo. Así, los derechos adquiridos por los terceros sobre el usufructo no se resolverían por la renuncia del usufructuario, ni por la cesión que hiciere en favor del nudo propietario, ni porque el usufructuario vinieren á heredar al nudo propietario. La consolidación en su sentido técnico no perjudicará, pues, en caso alguno, los derechos de los terceros.

El nudo propietario estará obligado, cuando la extinción ó resolución se hubiere ocasionado por su culpa, pues los terceros tienen derechos adquiridos sobre el usufructo, y sólo están sometidos á las causas ordinarias que los extinguieran sin culpa de persona alguna. Cuando un tercero hubiera ocasionado por su culpa la extinción del usufructo destruyendo la cosa, los terceros podrán accionar en su contra, si son cesionarios ó arrendatarios.

El usufructuario no responderá á los terceros de la resolución de su derecho, cuando no tuviere culpa, pero si el usufructo cesare por causa de nulidad ó rescisión, responderá al cesionario á título oneroso por la evicción. Si hubiese estipulado el arrendamiento de los derechos de goce por un tiempo determinado, y el usufructo terminare antes de ese tiempo, deberá los daños y perjuicios, porque ha procedido de mala fe ocultando la naturaleza de su derecho.

Si sabiendo que su usufructo termina á los tres años, arrienda la cosa por cuatro, pagará el perjuicio si el arrendatario ignoraba el término, pero no cuando lo conocía y no exigió una garantía expresa. Cuando el usufructuario lo garantió por un tiempo determinado, contra cualquiera causa de extinción ó resolución, deberá igualmente indemnización.

Debe decir, *arrendatarios* ó locatarios como lo trae el original de

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

producir los frutos que debe pagarlos el nudo propietario si los percibe.

---

donde fué tomado y lo exige el sentido.—Comp. FREITAS, arts. 4692 y 4693.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2947.—Sobre la materia del artículo, Demolombe, tom. 10, desde el n° 746 á 749.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

TITULO XI

DEL USO Y DE LA HABITACIÓN

§ 819. — Del derecho de uso, y cómo se constituye

El derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independientemente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la substancia de ella, ó de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia (**art. 2948**, 1ª parte).

(**Art. 2948.**) El uso y la habitación han desaparecido casi de nuestras costumbres, y desaparecerán definitivamente dentro de poco arrastrados por la corriente poderosa de transformación que experimenta nuestra sociedad, y que tiende á desterrar todo lo que inmoviliza la propiedad y su rápida transmisión. Las cuestiones que pueden suscitarse pierden el interés práctico y sólo importan á la teoría de un derecho que se va.

El derecho de uso se puede constituir de dos maneras: teniendo la posesión del mismo propietario y sólo gozando el usuario de los frutos para su necesidad, ó poseyéndola, y sirviéndose de ella sin tomar los frutos, ó tomándolos en la medida de sus necesidades. En el primer caso hay uso, en el segundo habitación, y en el tercero uso y habitación á la vez.

Se diferencia esencialmente del usufructo, en que en el uso no es necesario tener la posesión de la cosa, porque se pueden tomar los frutos que se necesitan ó habitar parte de la casa, que continúa en poder del propietario. Por eso el Código dice: el uso consiste en servirse de la cosa ó en tomar los frutos de un fundo ajeno.

La habitación puede constituirse concediendo el derecho de habitar toda ó parte de una casa que es de propiedad de otro.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Así, el derecho de uso tiene por límite las necesidades del que lo ejerce y las de su familia, en lo que se asemeja á las pensiones alimenticias, y está generalmente destinada á reemplazarlas.

Se puede tener el derecho de uso sin la posesión de la cosa, en lo que se diferencia esencialmente del usufructo, que no puede existir sin aquélla.

El Código no establece un uso legal, así es que el uso sólo puede tener por origen la convención ó las disposiciones de última voluntad, y por el **art. 2949**, dice: *el uso y la habitación se constituyen del mismo modo que el usufructo, con excepción de no haber uso legal ó establecido por las leyes.*

La prueba de que no es una servidumbre personal la dimos en el art. 2807.

(**Art. 2949.**) Puede constituirse por contrato ó por testamento, á título oneroso ó lucrativo habiendo resuelto la duda sobre si había un uso legal, que algunos jurisconsultos franceses sostenían que existía. ¿Puede constituirse por prescripción? Es necesario distinguir; si se tiene la posesión de la cosa, como en la habitación, por ejemplo, la prescripción lo hará adquirir, pero si no hay posesión faltando el elemento esencial, no puede alegarse la prescripción.—FREITAS, art. 4701 y DEMOLOMBE, X, 759.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2948.—Véase Proudhon, tom. 5, n° 2739—El uso, como el usufructo, es un derecho puramente personal, en el sentido de que no es debido sino á la persona, sin ser accesorio á la posesión de alguna heredad, para utilidad de aquel á cuyo beneficio se ha establecido, y que no pasa á los herederos del usuario. Pero considerado en el objeto á que se aplica, el uso es un derecho real en la cosa que le está ometida, derecho que lo asocia en el dominio de esa cosa, pues que no queda íntegro en poder del dueño. Hay una desmembración de la propiedad desde que el usuario puede percibir la totalidad ó una parte de los productos de un fundo.

El derecho de uso establecido por las Leyes Romanas era más limitado que el que hoy se encuentra establecido en los Códigos modernos. Demolombe, en el tom. 10, desde el n° 751, compara el Derecho Francés con el Derecho Romano sobre la materia.

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2949.—Cód. Francés, art. 625.— Italiano, 529.—Demolombe, tom. 10, n° 759.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap. — Aplicación del art. 2949.—El contrato de uso y habitación, anterior á la vigencia del Código Civil, no requería la existencia de escritura pública ni privada, la prueba testimonial era suficiente para justificarlo.—Jur. Civ., VI, 573, Sér. 1ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando se constituye sobre un inmueble fructuario debe hacerse en escritura pública, porque los derechos reales que gravan la cosa no pueden tener efecto contra terceros, sino en esta forma, art. 1184.

Una vez constituído el uso en la forma establecida, *el usuario para obtener el goce que le es debido, tiene una acción real en virtud de la cual puede obrar no sólo contra el propietario que goza del fundo, sino también contra terceros poseedores, en cuyo poder se encuentre la heredad, y tiene también las acciones posesorias del usufructuario* (**art. 2950**).

Como todo derecho real para tener efecto contra terceros, no sólo es necesario que se constituya en escritura pública, sino que se tome razón en el registro de la propiedad, donde lo hubiere; pero este último requisito no es esencial para el mismo constituyente, que no puede alegarlo en su favor.

Cuando el usuario tenga la posesión de la cosa podrá defender su derecho, no sólo con las acciones posesorias, sino también con los remedios posesorios que tiene el usufructuario.

El título constitutivo del uso, es la ley del contrato, y se debe atender en primer término, siempre que no vaya contra una prohibición, y por eso se dice que, *el uso y el derecho de*

(**Art. 2950.**) Aun cuando el usuario no esté en posesión de la cosa puede ejercer la acción *confesoria* para hacerse reconocer su derecho. Si el tercero hubiera adquirido la propiedad libre de todo gravamen, y no hubiere registro en que se hiciera constar el derecho real que pesa sobre la cosa, la acción confesoria sería ineficaz, á menos que conociera el gravamen. Cuando tuviera el derecho de habitación y poseyera la cosa podrá deducir la acción de despojo ó la confesoria en su caso, pero no la reivindicatoria.—Comp. PROUDHON, V, 2744 y 2748.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2950.—La Ley Romana dice: *et Julianus scribit hanc actionem adversus quem vis possessorem competit;* porque es el efecto necesario del derecho que se encuentra asociado en el dominio de la cosa.—Proudhon, núms. 2744 y 2748.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2950.—Los poseedores del derecho de pastar en un campo comunal, pueden deducir la acción posesoria de despojo, contra el que los turbe ó despoje en el ejercicio de ese derecho. XXXII, 256.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

habitación son regidos por los títulos que los han constituído, y en su defecto, por las disposiciones siguientes (**art. 2952**).

§ 820. — Cosas sobre que se constituye, y disposiciones que rigen el derecho de uso

Como el derecho de uso se extiende á la facultad de usar de la cosa sin alterar su substancia, resulta que, *el derecho de uso puede ser establecido sobre toda especie de cosas no fungibles, cuyo goce pueda ser de alguna utilidad para el usuario* (**art. 2951**), por consiguiente, no puede haber uso sobre cosas consumibles, en lo que se ha admitido un cuasi usufructo. Y á diferencia del usufructo, que se puede tener sobre cosas improductivas, no puede existir el uso sino sobre cosas en que haya utilidad para el usuario, pues de otra manera carecería de razón de ser.

El título de la constitución del uso está destinado á dar la medida en que se ejercerá el derecho; pero cuando nada se hubiere estipulado expresamente, se regirá para las reglas siguientes:

(**Art. 2952.**) Para determinar el derecho de uso y las modificaciones que pueden hacerse en su constitución, se debe atender al título, teniendo presente que los contratantes pueden alterar el derecho de uso, siempre que no vayan contra la prohibición de la ley. Lo que no está prohibido se considera permitido. Sólo cuando falta la determinación ó extensión del uso en el título que lo constituye, es que se aplicarán las reglas establecidas en el Código. — Comp. Cód. de Chile, art. 814. Goyena, art. 479 y Freitas, art. 4709.

(**Art. 2951.**) Si no hay utilidad no hay derecho de uso; porque este es el derecho de servirse de la cosa ó tomar los frutos de un fundo ajeno.

Téngase presente que la fungibilidad viene de la intención de las partes y no de la esencia misma de la cosa, y que las fungibles pueden no serlo, si se han entregado para que se devuelvan las mismas, siendo entonces el uso *ad pompam et ostentationem*.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2952.—Cód. Francés, arts. 628 y 629.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2951.—Si se estableciese en cosas fungibles, degeneraría en usufructo.—Véase Demolombe, tom. 10, n° 785.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

1ª *El uso y la habitación se limitan á las necesidades personales del usuario, ó del habitador y su familia, según su condición social* (**art. 2953**, 1ª parte;

2ª *Las necesidades personales del usuario serán juzgadas en relación á las diversas circunstancias que puedan aumentarlas ó disminuirlas, como á sus hábitos, estado de salud, y lugar donde viva, sin que se le pueda oponer que no es persona necesitada* (**art. 2954**);

(**Art. 2953.**) El derecho de uso se extiende ó restringe según las circunstancias y necesidades del usuario, que pueden variar con frecuencia. Si hubiere diferencias entre el dueño de la cosa y el usuario, el juez determinará la cantidad de frutos de que se servirá, cantidad que puede siempre variar.

Nuestro artículo ha salvado muchas dudas respecto á lo que se entiende por la *familia* del usuario, pero han quedado algunas. ¿Están comprendidos en la familia los hijos que vivían con el usuario y que después han llegado á la mayor edad ó se han emancipado? Creo que sí, porque el artículo no distingue, y extiende sus derechos á todos los que vivían con el usuario ó habitador, cuando se constituyó el uso ó la habitación.

Cuando se ha dejado el uso ó la habitación á una persona soltera, ¿se extenderá al cónyuge y á los hijos que vinieren? Pienso que sí, á menos que expresamente no se hubiere establecido lo contrario. ¿Y qué diremos si es el esposo que legó el uso al sobreviviente, cuando éste vuelve á casarse? Si del título constitutivo resultaren circunstancias que indicasen que el uso se dejó mientras estuviere viudo, el matrimonio lo revocará; pero no en caso contrario.—Comp. DEMOLOMBE, X, 777. PROUDHON, VI, 2813. CÓD. FRANCES, arts. 630 á 633. CÓD. DE CHILE, art. 815. FREITAS, arts. 4712 y 4713.

(**Art. 2954.**) Las necesidades pueden aumentar ó disminuir según las circunstancias, serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán. El artículo en su última parte determina que no podrá privársele del uso alegando que no es persona necesitada; indicando así que el derecho no

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2953. — Cód. de Chile, art. 815.—Código Francés, 630 á 633.—Italiano, 521 y 522.—De Luisiana, 628, 634, 636 y 637.—Napolitano, 556 y 557.—Holandés, 873.—Inst., §§ 2 y 5, Lib. 2.—LL. 20, 21 y 27, Tít. 31, Part. 3ª. La L. 20 citada, dice: *Non se puede aprovechar del tan lleneramente como del usufructo.*—Demolombe, tom. 10, nº 776.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

3ª *No se comprenden en las necesidades del usuario las que sólo fueren relativas á la industria que ejerciere, ó al comercio de que se ocupare* (**art. 2955**);

4ª *La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que á la fecha de la constitución del uso ó de la habitación, vivían con el usuario ó habitador, y las personas á quienes éstos deban alimentos* (**art. 2953**, 2ª parte).

§ 821. — Extensión del derecho de uso cuando se ejerce sobre un fundo, animales ó muebles

Si el derecho de uso se ha establecido sobre un fundo, se extiende tanto á lo que es inmueble por su naturaleza, cuanto á todos los accesorios que están en él para su explotación. Si hay edificios construidos para el servicio y explotación del fundo, el usuario tiene el goce de ellos, sea para habitar mientras lo explote, ó sea para guardar las cosechas (**art. 2956**); en una palabra, puede usar del fundo en la medida de sus necesidades.

---

se funda exclusivamente en las necesidades del usuario; así es que una persona de fortuna conserva el derecho de uso que se le ha dejado ó que ha adquirido por contrato.—Comp. Freitas, art. 4712.

(**Art. 2955.**) Las partes pueden conceder un derecho más extenso de uso, siempre que no esté prohibido; así es que el artículo debe entenderse: cuando nada se hubiere establecido en el título constitutivo. El uso y la habitacion se dijo que comprendía las necesidades personales del usuario y de su familia.—Véase el art. 2961 que se puede considerar como una excepción á este principio.—Comp. Cód. de Chile, art. 816.

(**Art. 2953.**) Véase pág. 427.

(**Art. 2956.**) Se entiende que es cuando el usuario posee la cosa, porque si se limita á tomar los frutos que el dueño le diera, no habrá lugar á estos derechos. Cuando tuviere la posesión, ó cuando recogiere

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2954. — Demolombe, tom. 19, nº 783. — Proudhon, núms. 2774 y 2811.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Como las necesidades del usuario y las de su familia son la extensión á la vez que el límite de su derecho, *si se reconoce que el fundo sobre el cual un derecho de uso está establecido, no debe producir en un año común más que una cantidad de frutos suficientes para satisfacer las necesidades del usuario, ó si la casa bastase sólo para él y su familia, la posesión entera del fundo ó de la casa debe entregársele, como si fuera usufructuario* (**art. 2957**, 1ª parte), porque su derecho absorbería toda la utilidad de la cosa y estaría en las mismas condiciones que éste.

Ordinariamente el derecho del usuario se ejerce tomando de los frutos naturales de la cosa lo necesario para él y su familia, pero en el caso del artículo, *quedará sujeto á las reparaciones de conservación y al pago de las contribuciones, como el usufructuario. Si no toma más que una parte de los frutos, ó si sólo ocupa una parte de la casa, contribuirá en proporción de lo que goce* (**art. 2957**, 2ª parte), pues es justo que si disfruta de parte de

---

los frutos podrá usar de los graneros ó depósitos para guardar los recogidos. Si fuere habitador, podrá usar de los pozos, aljibes, etc., porque su derecho no sólo se extiende al alojamiento personal, sino también á un derecho de uso sobre el inmueble.—Comp. DEMOLOMBE, X, 753 y 775.

(**Art. 2957.**) Se ha dicho que el derecho de uso que una persona tiene sobre un fundo ajeno, ó el derecho de tomar los frutos que percibe para sus necesidades, no lo autorizan para exigir la posesión de la cosa,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2956. — L. 10, § 4, Tít. 8, Lib. 7, Dig. — Proudhon, tom. 5, nº 2761.—Demolombe, tom. 10, nº 775. — Siempre que en los artículos de este Título nombramos al usuario, comprendemos en su caso al habitador, porque el derecho de habitación y el de uso no son diferentes sino en relación á los objetos á que se aplican. Asimilados en las cargas que les son inherentes, lo son en las ventajas que pueden derivarse de sus derechos, de manera que el que tiene un derecho de habitación, es realmente usuario en todo ó en parte de la casa sobre la cual ese derecho ha sido establecido, según que él la ocupe en todo ó en parte. Por esto, el que ocupa una casa á título de derecho de habitación, debe tener la facultad de gozar de los aljibes, pozos, graneros, jardines, bodegas, etc., porque todos esos objetos son accesorios del inmueble, para cuya comodidad han sido establecidos, y porque por otra parte, el derecho de habitación no es un simple derecho de alojamiento personal, sino un derecho de uso sobre el inmueble que lo faculta para gozar de todos los accesorios del fundo. Véase Proudhon, nº 2806.—Demolombe, tom. 10, nº 753.—Aubry y Rau, § 237, nota 18.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

los frutos pague lo que corresponde en impuestos y gravámenes al uso que tiene.

El uso se ejerce con preferencia al usufructo, de modo que si los derechos del usuario absorbieran por completo todos los frutos que la cosa produce, no habría usufructo, y por eso se ha establecido que, *constituido el derecho de uso sobre un fundo, el usuario tiene preferencia sobre el propietario ó usufructuario de la heredad, para usar de los frutos naturales que produzca, aunque por ese uso todos los frutos fuesen consumidos,* (**art. 2960**).

---

porque el uso es independiente de esta. En eso se diferencia del usufructo, y aun de la habitación, en que es necesario tener la posesión de la cosa en parte.

Cuando la cosa no produce sino lo necesario para las necesidades del usuario, el uso se convierte momentáneamente en usufructo, con todas sus cargas y derechos, sin perjuicio de que vuelva á ser uso, cuando produjere más ó disminuyeran las necesidades del usuario. En ese caso el propietario puede volver á pedir la posesión de la cosa.

¿Cómo debe contribuir al pago de las cargas, cuando sólo toma una parte de los frutos? En proporción del goce, dice el artículo, copiando las palabras del 635 del Cód. Francés, sin haber salvado las dificultades. Proudhon supone que el usuario posee parte del fundo, y en ese caso únicamente lo hace contribuir á las cargas; pero Demolombe demuestra de una manera concluyente, en mi opinión, que eso sería violar la ley al interpretarlas; sería convertir el derecho real de uso en una prestación anual de alimentos, si por satisfacer el art. 2948, que atribuye al usuario lo preciso para sus necesidades, lo libertáramos de las cargas que pesan sobre la cosa. Si cuando tiene toda la cosa debe pagar esas cargas, aunque no le alcance para la satisfacción de sus necesidades; si lo mismo debe hacerla cuando posee una parte. ¿Por qué lo libertaríamos cuando no tiene trabajo alguno y sólo toma los frutos? ¿A qué quedaría reducido el artículo que manda contribuir en la proporción de su goce? Sería violado indudablemente. —Comp. DEMOLOMBE, X, 800 y 801. DEMANTE, II, 479, *bis* y TOULLIER, II, 467, sostienen que en todos los casos el usuario debe contribuir con el propietario á las cargas de la cosa en proporción de su goce.

(**Art. 2960.**) Si la propiedad se ha desmembrado en uso, usufructo

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2957.—Cód. Francés, art. 635.—Italiano, 527.—Proudhon, n° 2762.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El que tiene el uso de los frutos de un fundo, tiene derecho á usar de todos los frutos naturales que produzca. Pero si los frutos provienen del trabajo del propietario ó usufructuario, sólo tiene derecho á usar de los frutos, pagados que sean todos los costos para producirlos (**art. 2958**), sin computarse el trabajo personal del propietario, sino el de las terceras personas empleadas.

---

y nuda propiedad, la preferencia que se da al derecho del usuario, no es porque sea una servidumbre, como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota, porque no hay tal servidumbre, según él mismo lo reconoce en las notas 2971 y 2972, y lo desmostramos en el art. 2807, sino porque el usufructuario debe ser considerado como el propietario *actual* desde que posee la cosa y goza de sus frutos, y su derecho es que sufrirá la restricción del uso. El fundamento de esta disposición se encuentra en la l. 42, tít. 1, lib. 7, Dig., en cuanto á los legados, pero en los contratos es fácil explicarla, porque si se ha enajenado el uso, el usufructo vendido después va con esa limitación, y si se enajenó el usufructo no se podría conceder el uso sin el consentimiento del usufructuario, que por el hecho de su asentimiento quedaría limitado. — Comp. DEMOLOMBE, X, 784, PROUDHON, 2742.—Véanse arts. 2957 y 2959.

(**Art. 2958.**) El usuario puede usar de los frutos naturales pendientes á la apertura de su derecho. En cuanto á los que provienen del trabajo, la regla para la explotación debe ser, usar de la cosa del modo que se hubiera hecho hasta el momento de la apertura del derecho, á semejanza de lo que sucede en el usufructo. Los frutos no deben tomarse después de pagados los gastos de producción, de modo que venga á participar del producto líquido, porque entonces no contribuiría con lo que le corresponde á la producción de esos frutos, sino por el contrario, los frutos que le bastan para sus necesidades deben pagar los gastos que se han hecho para producirlos en esa medida. Así, cuando el campo ha producido cien fanegas de trigo habiéndose gastado 50 $, si las necesidades

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2960.— La Ley Romana decía que en una heredad podía haber tres derechos: el del propietario, el del usufructuario y el del usuario: *poterit autem apud alium esse usus apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas.* L. 14, Tít. 8, Lib. 7, Dig.— En tal caso decimos que el derecho del usuario es preferente al del propietario, porque es una servidumbre que la heredad reconoce; y preferente también al derecho del usufructuario, porque entre éste y el usuario hay la relación de un legado general, y un legado particular que se ejecuta desmembrando el primero, si fuese necesario. Véase Proudhon, n° 2742.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El uso se asemeja y participa de las pensiones alimenticias, cuando se ha constituido gratuitamente, y por esa razón, *el que tiene el uso de los frutos de una cosa por un título gratuito no puede dar á otro por cesión ó locación, el derecho de percibirlos; pero puede ceder el uso si fué obtenido á título oneroso. En uno y otro caso, el uso de los frutos no puede ser embargado por los acreedores del usuario, cuando tienen la calidad de alimenticios* (**art. 2959**).

---

de su consumo son de 20 fanegas, debe pagar diez pesos que le corresponden; porque si se pagaran los 50 $ y después sacara los 20 $ para sus necesidades, dejaría muy poco al propietario que los produce; en efecto, si suponemos que la fanega valiera un peso, quedarían 50 $ de los que toma 20 $, quedando 30 $ para el propietario, mientras que pagando sobre el costo de los 20 que necesita, tomaría sólo 10, porque los otros 10 se han gastado en producirlos.

El usuario sólo tiene derecho á tomar lo necesario de cada cosa que produzca el terreno, sin que pueda tomar más, para adquirir otras que les sean necesarias; porque este derecho no es una pensión alimenticia, aunque se le asemeja.

El propietario que hace producir los frutos puede negarse á entregarlos, mientras no se le pague lo que corresponde al usuario; pues debe llevárselos, una vez pagados los gastos.—Comp. DEMANTE, II, 476, *bis II*, DEMOLOMBE, X, 772.

(**Art. 2959.**) Aquí se distinguen tres derechos: el de uso de una cosa, el de habitación y el de uso de los frutos que produce la cosa; pero como no hay derecho sobre el uso de los frutos, debemos limitarlo al de tomar los frutos que le sean necesarios sin poseer la cosa; es decir, al uso y á la habitación. El Código, separándose de la doctrina universalmente adoptada, permite la cesión cuando el uso se ha adquirido por título oneroso, respetando los fines de la adquisición y teniendo presente que el usuario á título oneroso que posee la cosa porque apenas produce para sus necesidades, art. 2957, puede arrendar su derecho como el usu-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2958.—La atribución de frutos al usuario en la medida de sus necesidades, no debe entenderse sino de la necesidad relativa á la naturaleza de cada producto. Los frutos que él puede tomar son los destinados á su consumo, y no para procurarle, vendiendo ó cambiándolos, el medio de proveer á su subsistencia. Así tomará del trigo, por ejemplo, lo que pueda consumir en trigo, y no podría exigir más porque tuviese necesidad de vino ó de leña que la heredad no producía en cantidad suficiente.—Véase Demante, n° 476 bis, § 2.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Si se ha establecido sobre animales, el usuario tiene derecho á emplearlos en los trabajos y servicios á los cuales son propios por su especie, y aun para las necesidades de su industria ó comercio (**art. 2961**).

---

fructuario, art. 2870, desde que está considerado en ese caso como tal. Cuando el uso tiene la calidad de alimenticio no puede ser embargado, lo que es una excepción á los principios del derecho común, permitiendo al deudor formarse una pensión alimenticia en perjuicio de sus acreedores. Lo jurídico habría sido libertarlo del embargo, cuando hubiera sido constituído por título gratuito con ese objeto; pero la expresión en *uno y otro caso,* no deja la menor duda. El Dr. Velez-Sarsfield en la nota 3120 dice, que los derechos de usufructo, uso y habitación, no pueden *enajenarse ni cederse,* contra lo establecido en los arts. 2870, el presente y el art. 2965. El art. 1449 dice que no pueden cederse el uso y la habitación.

El uso que no tenga el carácter de alimenticio, ¿puede embargarse? Es necesario distinguir, si es adquirido por título gratuito, no, porque es incesible; si es por título oneroso, si, porque es cesible. Todo lo que es incesible no puede ser embargado, porque son derechos inherentes á la persona, que la justicia no puede quitar. Si un derecho no se puede vender ni ceder, porque la ley lo prohibe ¿cómo ella misma podría permitir que otro lo poseyera? Afirmar que no es el derecho de uso el que se embargaría y vendería sino los frutos, sería lo mismo que decir, que no son los derechos de alimentos ni las pensiones las que se embargaban, sino los frutos que ellas producen, y con este razonamiento no habría derecho inherente á la persona misma que no se pudiera embargar. DEMOLOMBE, X, 790, demuestra bien esta tesis.

Cuando el uso es adquirido por título gratuito no es cesible y no se necesita que tenga el carácter de alimenticio para que no pueda embargarse; tampoco podrá serlo si es constituido por contrato oneroso con ese carácter, lo que no reputo justo. — Véanse arts. 374, 1449, 1511, 2870, 2963 y 2965.

(**Art. 2961.**) El artículo se refiere á los animales considerados en su individualidad. Se debe siempre distinguir, si el uso es gratuito ú oneroso, porque en el primer caso no podrá ceder su derecho, ni alquilarlo; mientras podrá hacerlo en el segundo; pero el uso jamás podrá convertirse en usufructo, pues aun el caso del art. 2957 donde se considera

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2959.—Demante, Cód. de Napoleón, n° 477 bis.—Demolombe, tom. 10, n° 790.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando los animales formaren un todo colectivo y no se diere el uso sino en ese carácter, dice el **art. 2962**: *el que tiene el derecho de uso sobre un rebaño, ó piara de ganado, puede aprovecharse de las crías, leche y lana, en cuanto baste para su consumo y el de su familia.*

---

al usuario como si fuera usufructuario es momentáneo y por excepción. Cuando se diere el uso de un animal reproductor, no por eso se convertirá en usufructo, porque el usuario se servirá del animal en la medida de las necesidades de su rebaño, sin que pueda emplearlo en los de otro.

El Cód. de Chile, art. 816, sólo concede el derecho de emplear los animales en la industria ó comercio del usuario, cuando por la naturaleza y uso ordinario y por su relación con la profesión ó industria, aparezca destinada á servirle. — Comp. FREITAS, art. 4723, nº 5, y PROUDHON, 2755.—Véanse arts. 2902, 2903, 2955 y 2962.

(**Art. 2962.**) Aquí se toma el todo como un ser colectivo, y la muerte de alguno de los individuos en nada afectará la existencia del rebaño. Tiene derechos semejantes á los del usufructuario, diferenciándose sólo en la extensión; el usuario sólo puede tomar lo necesario para él y su familia, mientras el usufructuario tiene todos los frutos. Si el constituyente le concedió derecho para tomar todas las crías, no se considerará por esto transformado el uso en usufructo, como algunos creen, porque no podrá tomar de los otros frutos sino los que fuere necesario para su familia. Será un uso más extenso y nada más. — Comp. FREITAS, art. 4723, nº 6.

Ulpiano (en la l. 12, tít. 7 y 8, lib. 7, Dig.) permitía, contra la opinión de Labeon, (que sólo concedía en este caso el derecho de servirse del rebaño para abonar el campo), que tomase un poco de leche; nuestro Código ha extendido demasiado ese derecho, porque constituye una especie del usufructo limitado, sin las obligaciones consiguientes.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2961.—Véase Cód. de Chile, art. 816. — Prudhon, nº 2755.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2962.—L. 21, Tít. 31, Part. 3ª.—El Derecho Romano limitaba demasiado el derecho de uso de los animales. *Sed neque lana, neque lacte usurum etiam modico lacte usurum puto.* L. 12, Tít. 8, Lib. 7, Dig.—En cuanto á las crias, ciertamente que el usuario no puede, como el usufructuario, apropiárselas, pero puede usar de las que necesite para si y su familia.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El derecho de uso es esencialmente personal, y si tuviere la calidad de alimenticio, dice el **art. 2964**: *cuando el uso fuere establecido sobre muebles, el usuario no tiene facultad sino para emplearlos en su servicio personal, y en el de su familia, sin poder ceder á otros el uso, aunque se trate de objetos que el propietario tenía costumbre de alquilar,* pero si fuera un fundo dice el **art. 2965**: *el usuario que no fuese habitador, puede alquilar el fundo en el cual se le ha constituido el uso.*

(**Art. 2964.**) La prohibición no debería extenderse á los muebles cuyo uso se adquirió por título oneroso ¿Por qué permitir al usurario que adquiera la habitación de una casa con el uso de sus muebles, sin que los acreedores pudieran tocar ese derecho? Semejante excepción sería contraria á los principios del derecho común y á la justicia. Si el legislador se ha mostrado respetuoso en la adquisición del uso ó de los frutos, permitiendo enajenarlos cuando se adquirieron por título oneroso, no habría razón para impedir en este caso que enajenase su derecho, quedando responsable como el usufructuario por el uso que hiciera el cesionario. Sin embargo, la prohibición es tan formal y clara, que no es posible sostener lo contrario, pues va hasta impedir que el uso pueda transmitirse aun de los muebles que el propietario acostumbrase alquilar.—Comp. PROUDHON, n° 2755 y LAURENT, VII, 161.

(**Art. 2965.**) Se ha prohibido la cesión del uso constituído por título gratuito, y se ha dicho que no puede embargarse si tiene el carácter de alimenticio, aunque fuere constituído por título oneroso, art. 2959, así es que sólo será cesible y se podrá arrendar, el uso constituído por título oneroso y que no tuviera el carácter de alimenticio. Cuando el usuario tuviera la cosa en su poder, porque no produce sino los frutos necesarios, debería permitírsele arrendarla, sin hacer distinción alguna, sin embargo, el art. 2959 no ofrece duda respecto á la prohibición. Pero en uno y otro caso puede autorizarse al usuario, por el título constitutivo, para arrendar ó ceder el uso.—Comp. DURANTON, V, 24 y TAULIER, II, pág. 346.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2964.—Proudhon, n° 2755.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2965.— Véase Proudhon, n° 2716, fundándose en excelentes razones.—En contra L. 11, Tit. 8, Lib. 7, Dig.— Código Francés, art. 631.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 822. — De las obligaciones del usuario

Se dijo que en el derecho de uso, el usuario podía ó no tener la posesión de la cosa; el primer caso está legislado en el art. 2957 respecto de las reparaciones que debe hacer, desde que se le considera como usufructuario, cuando todos los frutos sean absorbidos por las necesidades del usuario; en el segundo, contribuye á los gastos de conservación en proporción á la importancia del uso; por eso se dice, que aun cuando no tenga la posesión, *las obligaciones del usuario respecto al uso que debe hacer de la cosa, son las mismas que las del usufructuario en la cosa fructuaria* (dada en usufructo) *respecto á su conservación y reparación* (**art. 2966**).

Cuando el usuario limitara su derecho á tomar los frutos que la cosa produce, sin tener su posesión, lo que sucederá cuando diere más de lo que necesitare, no podrá ser obligado á dar fianza alguna; en caso contrario, *el usuario que tiene la posesión de las cosas afectadas á su derecho, y el que goza del derecho de habitación, con la posesión de toda la casa, deben dar fianza, y hacer inventario de la misma manera que el usufructuario* (**art. 2967**, 1ª parte); porque se le considera como si lo fuera.

(**Art. 2966.**) El art. 2957 impone al usuario la obligación de hacer las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa, cuando la tiene totalmente en su poder; el presente le carga con esas obligaciones aunque no la tuviere; es pues más extenso, y si se hubiera suprimido habría dejado sin legislar los casos no comprendidos en aquel artículo.

En el art. 2896 dijimos cómo debía contribuir el usufructuario y el nudo propietario, estimándose el valor de la propiedad y el del usufructo, así se hará respecto del uso, teniendo en vista lo dispuesto en el art. 2884 en cuanto á la importancia del uso. — Comp. Cod. Francés, art. 626, Aubry y Rau, § 237, nº 1.—Véanse arts. 2878 á 2896 y 2968.

(**Art. 2967.**) Cuando el usuario no pudiere dar fianza, no entrará en posesión de la cosa, pero los frutos necesarios le serán entregados por el propietario con deducción de las cargas.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2966.—Cód. Francés, art. 626.—Italiano 525.—Aubry y Rau, § 237, nº 1.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La fianza tiene por objeto garantir la conservación y devolución de la cosa recibida, y el inventario es la prueba de la entrega de esa cosa con las que la componen como accesorios; pero *el usuario y el habitador no están obligados á dar fianza ni hacer inventario si la cosa fructuaria ó la casa queda en manos del propietario, y su derecho se limita á exigir de los productos* (frutos) *de la cosa lo que sea necesario para sus necesidades personales y las de su familia* (**art. 2967**, 2ª parte), porque nada deben devolver, desde que no tienen la cosa en su poder.

Lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitación, con la modificación que los acreedores del usuario no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos (**art. 2969**); sobre todo cuando tuviera el carácter

---

Cuando fuera el derecho de habitación, el propietario no deberá al habitador indemnización alguna, á menos que esta sea de toda la casa, y el propietario la ocupare con su familia ó la alquilase, entonces deberá el alquiler. Aunque el habitador no puede ceder ni alquilar la casa, creo que si no puede dar fianzas no se le debía privar de lo que ella pudiere producir, ni sería justo obligar al propietario á que la tuviera desocupada. El Dr. Segovia, propone en este caso que el dueño disponga de la casa, con cargo de una prestación en favor del habitador, que represente la importancia de la habitación, lo que es muy justo; pero teniendo presente que el derecho del habitador es personalísimo, no se puede obligar al propietario que alquile la casa; para mí no tiene responsabilidad alguna; mas si la alquilase en su totalidad, debería lo que importa el derecho de habitación, aunque sería permitir al propietario lo que se prohibe al habitador: arrendar su derecho.—Comp. Cód. Francés, art. 626, Demolombe, X, 794.

(**Art. 2969.**) Aunque el artículo es absoluto en su segunda parte, se le debe armonizar con el 2959, admitiéndose, que cuando el derecho se pueda embargar ó sea cesible, los acreedores pueden atacar la renuncia; sin embargo, como el derecho de habitación no es cesible, no se podría demandar la revocación cuando ésta se renunciara.—Comp. Freitas, art. 4730, § 1, y Aubry y Rau, § 237, nº 1, al fin.

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 2967. — Código de Luisiana, arts. 624 y 625.—Aubry y Rau, § 237, nº 1—Marcadé, sobre el art. 626.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2969.— Demolombe, tom. I0, nº 734. — Aubry y Rau, § 237, nº 1, al fin.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de alimenticio, como se dijo en el art. 2959, porque es un derecho puramente personal.

§ 823. — Del derecho de habitación

El mismo derecho de uso *si se refiere á una casa, y á la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación* (**art. 2948**, última parte), y comprende las necesidades personales del habitador y á las de su familia, según su condición social. La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que nacieren después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que á la fecha de la constitución del uso de la habitación, vivieran con el usuario ó habitador, y las personas á quienes éstos deban alimentos, art. 2953, teniendo presente que es un derecho personalísimo intransmisible, y que no debe pasar de las necesidades del habitador y de su familia, según su condición.

El uso y el derecho de habitación son regidos por los títulos que los han constituido, y en su defecto, por las disposiciones siguientes (**art. 2952**); es decir, las de este título.

El título constitutivo no puede derogar las prohibiciones impuestas, pues toda prohibición lleva el carácter de las disposiciones de orden público.

Si la casa sobre que se ha constituído el derecho de habitación bastase solo para el habitador y su familia, la posesión entera del fundo ó de la casa debe entregársele, como si fuera usufructuario. Quedará sujeto á las reparaciones de conservación y al pago de las contribuciones, como el usufructuario. Si no toma más que una parte de los frutos, ó si sólo ocupa una parte de la casa, contribuirá en proporción de lo que goce.

Se ha dicho que el derecho de habitación era personalísimo, así, *el que tiene derecho de habitación no puede servirse de la casa sino para habitar él y su familia, ó para el establecimiento de su*

(**Art. 2948.**) Véase pág. 423.

(**Art. 2952.**) Véase pág. 426.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

industria ó comercio, si no fuere impropia de su destino; pero no puede ceder el uso de ella ni alquilarla (**art. 2963**).

El habitador, á diferencia del usuario, tiene necesidad de la posesión de la casa para ejercer su derecho, porque no se comprende la habitación sin la posesión; pero cuando se trata de las obligaciones de dar fianza y hacer inventario, se debe distinguir: si el que goza del derecho de habitación tiene la posesión de toda la casa, debe dar fianza y hacer inventario de la misma manera que el usufructuario, pero no tiene esas obligaciones cuando la casa queda en manos del propietario, *ó cuando reside sólo en una parte de la casa que se le hubiese señalado para habitación* (**art. 2967**, última parte), porque en el primer caso no tiene posesión alguna y nada puede garantir, y en el segundo vive con el propietario y éste está en posesión de la casa y puede velar por su conservación ejerciendo los derechos que le corresponden.

Cuando el habitador ocupa toda la casa, en el caso del art. 2957, se le considera como si fuera usufructuario con todas sus obligaciones, pero no con sus derechos, porque no puede cederla ni alquilarla. Si ocupa sólo una parte, *el que tiene el derecho de habitación de una casa, debe contribuir al pago de las cargas, de las*

(**Art. 2963.**) El Código ha extendido el derecho del habitador autorizándolo para establecer su comercio é industria, lo que le quita en cierto modo el carácter personalísimo que debería tener, porque en ese caso no se consideraría con calidad de alimenticia; sin embargo creo que á pesar de esta extensión se debe considerar como tal. Cuando es adquirido el derecho por título oneroso, ¿tampoco podrá cederse ni arrendarse? El artículo no distingue; pero no habría razón para declarar no cesible el derecho, cuando en el mismo caso se ha permitido ceder el uso. ¿Qué de más personal tiene el derecho de habitación que el de uso? ¿Por qué se permitiría al deudor el crearse durante su vida un arrendamiento que no podría ser tocado por los acreedores? Habría sido más conforme con la justicia y los principios del derecho común, el permitir la cesión y el embargo de la habitación en caso hubiere sido adquirida por título oneroso. La doctrina del artículo no es equitativa. — Comp. AUBRY y RAU, § 237, texto á las notas 10 y 17. FREITAS, art. 4723, nº 4 y 4725, nº 5.

(**Art. 2967.**) Véase pág. 436.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

contribuciones y á las reparaciones de conservación, á prorrata de la parte de la casa que ocupe (**art. 2968**).

El derecho de habitación se extingue por los mismos medios que el usufructo, y *lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitación, con la modificación que los acreedores del usuario* (habitador) *no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos* (**art. 2969**), porque es personalísimo é intransmisible.

(**Art. 2968.**) La última parte del art. 2957 determina, que cuando tuviera parte de la habitación de una casa, debería contribuir como el usufructuario en la proporción de su goce; el presente repite la misma disposición. Si no tuviere la posesión, porque no pudiere dar fianza, cuando la habitación fuera de toda la casa, eso no impediría que contribuyera como el usufructuario á las cargas y contribuciones ó reparaciones.—Comp. FREITAS, art. 4729, y DEMOLOMBE, X, 804.

(**Art. 2969.**) Véase pág. 437.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2968.—Demolombe, n° 904.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

TITULO XII

DE LAS SERVIDUMBRES

§ 824. — Noción y división de las servidumbres

Las servidumbres tomadas en un sentido extenso, se puede decir que son los derechos reales en virtud de los que una persona puede sacar de la cosa que pertenece á otro, cierta utilidad ó provecho; pero esta definición no sería exacta, porque comprendería el arrendamiento, que por las leyes que rigen en la Capital y Territorios Federales, es considerado también como un derecho real, cuando pasa de un año y se ha inscripto en el registro de la propiedad.

La servidumbre (tal como la reconoce nuestro Código) *es el derecho real, perpetuo ó temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, ó ejercer ciertos derechos de disposición, ó bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad* (**art. 2970**), definición que por su gene-

---

(**Art. 2970.**) La servidumbre es un derecho real, porque grava la cosa con absoluta independencia de la persona que la posee: es un servicio que la cosa debe. Y la definición habría sido más completa si se hubiera dicho: es un inmueble que debe el servicio á otro inmueble; porque sólo estos servicios deberían considerarse como servidumbres. Sin embargo, el Código admite servidumbres personales, aunque la beneficiada no sea, en realidad, una persona determinada, sino el fundo de quien es dueña la persona que goza del servicio. Así, en la servidumbre de paso, quien recibe el beneficio es el fundo, y no el propietario personalmente. Esta diferencia esencial, debe servirnos de guía para rechazar como servidumbre toda carga que pese sobre el inmueble en que sólo sea beneficia-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ralidad comprende el derecho de usufructo y el de uso, que no son en su verdadera acepción servidumbres.

---

da la persona, independientemente del fundo, y aceptarla como tal, cuando la persona sea el medio por el que otro inmueble recibe el beneficio. Debemos exceptuar la servidumbre de sacar agua, que puede existir independiente de la posesión del inmueble. Por eso no son servidumbres, el usufructo, el uso y la habitación que aprovechan exclusivamente á la persona, sin beneficiar á inmueble alguno.

La servidumbre en general es un derecho perpetuo y participa de los caracteres de la propiedad á la cual se adhiere, por decirlo así. Los fundos pueden pasar á diversos dueños sin que el derecho sufra alteración alguna, y sin que se necesite de consentimiento ni intervención del adquirente del predio que la debe, y aunque hubiere adquirido la propiedad sin cargas. Pero nada impide que la servidumbre sea temporaria ó condicional, así las partes pueden determinar el tiempo de su duración.

El inmueble debe ser ajeno, porque sobre los bienes propios no se pueden imponer cargas, desde que el propietario usa de ellos en su calidad de tal, ejerciendo las facultades inherentes al derecho de propiedad.

En virtud del cual se puede usar de él, dice el artículo, y esta manera incompleta de expresarse ha dado lugar á clasificar entre las servidumbres, al usufructo, al uso y á la habitación, que son derechos reales que gravan la cosa, pero no servidumbres, porque falta el inmueble que recibe el beneficio; si se hubiera agregado: *en beneficio de otro inmueble*, habría quedado completa la definición, porque la persona no recibe el beneficio en sí, sino en su calidad de poseedor de otro inmueble.

El derecho de caza ó de pesca que se tiene sobre el inmueble ajeno, no son servidumbres, son derechos de uso ó de usufructo más ó menos restringidos; pero el derecho de tránsito ó de paso por una heredad ajena, que tiene el dueño de una heredad encerrada ó sin salida á la vía pública, es una servidumbre, porque si bien lo usa la persona, la beneficiada es la propiedad encerrada.

Pero el Dr. Velez-Sarsfield, rechazando la doctrina de las servidumbres personales en las notas 2971 y 2972, las define y admite en el art. 2972, aunque dice expresamente en la nota que por el artículo no entiende establecerlas de nuevo.—Comp. FREITAS, art. 4731. MOLITOR, *Servidumbres,* n° 1. ZACHARIÆ, § 302.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2970—Molitor, *Les servitudes,* n° 1—Zachariæ, § 302. Decimos *inmueble ajeno*, porque como dice la Ley Romana: *Nemo ipse servitutem debet,* ó por el precepto de la Ley de Partida: *Ca los omes hanse*

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La palabra servidumbre trae al espíritu la idea de una cosa sirviendo á otra, porque la persona puesta en relación con una cosa ó persona, se crea un derecho que puede ir escrito en la cosa misma, pero que obliga á la persona contratante independiente de la cosa que le presta el beneficio, mientras en las servidumbres son las cosas las que se deben el servicio, con independencia de las personas que han constituido el derecho, y las cosas son las obligadas sin que las personas tengan responsabilidad alguna, á no ser que por sus actos vinieran á limitarlo, en cuyo caso son responsables no como contratantes, sino como cualquier extraño que ataca un derecho.

Aunque nuestro Código reconoce la necesidad de la existencia de dos propiedades por lo menos, para que haya servidumbre; sin embargo teóricamente las divide en reales y personales con rela-

---

de servir de sus cosas, non como en manera de servidumbre, mas usando de ellas como de lo snyo.—L. 13, Tít. 31, Part. 3°. Decimos también que la servidumbre es un derecho real. El objeto de una servidumbre es atribuir á quien ella pertenece un derecho sobre el fundo gravado. Este fundo en algunos respectos, como dice Pothier, es considerado como su propiedad. (*Tratado de las cosas*, §§ 2 y 23).—La mutación de los propietarios no trae cambio alguno en las relaciones recíprocas de las heredades.

El que por un título cualquiera adquiere un fundo, al cual es debida una servidumbre, puede usar de ella, aunque no fuese indicada en el contrato de venta. LL. 47 y siguientes, Tít. 1, Lib. 18, Dig.

El nuevo propietario de una heredad gravada con una servidumbre, debe sufrirla aun cuando hubiese adquirido la heredad sin cargas.

La muerte del que ha constituido una servidumbre no la extingue, lo que demuestra que la servidumbre, en su constitución, no es una obligación personal de hacer ó de no hacer.

Si el dueño del predio sirviente se niega á sufrir la servidumbre, el derecho del dueño del predio dominante no se resuelve en obtener los daños y perjuicios. Puede exigir que los tribunales le hagan dar el goce efectivo de la servidumbre. Todo esto demuestra que la servidumbre es un derecho real.

Decimos que el derecho es perpétuo ó temporario. Sin duda que la naturaleza de las cosas no permite que la duración de las servidumbres que se derivan de la situación de los lugares ó impuestas por la ley, sea limitada; pero en cuanto á las que se constituyen por contrato, ó por actos de última voluntad, el derecho siempre ha permitido que sean á perpetuidad, ó por un tiempo, sea durante la vida del que la goza, ó de la de un tercero, ó sea aun bajo una condición resolutoria.

Bastará decir que toda servidumbre cuyo título no indica el término de ella, debe subsistir hasta que llegue la extinción por una de las causas que se señalan en este Título.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ción al provecho que el fundo puede prestar; así, dice el **art. 2971**: *servidumbre real es el derecho establecido* (en favor del) *al poseedor*

(**Art. 2971.**) Lo que tiene de característico la servidumbre *real* es que se da en favor del poseedor del inmueble para ejercerla. Supone necesariamente dos inmuebles, uno que recibe el beneficio y otro que lo presta.—Comp. FREITAS, art. 4733.

Nota del Dr. Velez Sarsfield al art. 2971.—LL. 1 y 13, Tít. 31, Part. 3ª. La palabra servidumbre nos dice ya la naturaleza de esta carga, ó de este derecho. Indica una restricción de la libertad. Aplicada á las cosas corporales, significa que la propiedad de estas cosas está sujeta á ciertas restricciones que tiene por efecto disminuir la libertad ilimitada, que es de la naturaleza de la propiedad. Toda desmembración del derecho de propiedad constituye pues una servidumbre. Para que haya una servidumbre, es preciso por lo tanto, que el ejercicio del derecho de propiedad haya sido restringido por la desmembración de ciertos elementos contenidos en la idea originaria de este derecho. Tal desmembración puede hacerse de dos maneras: 1ª El ejercicio de nuestra propiedad puede ser restringido, porque no tengamos el derecho de hacer todo lo que podríamos hacer, si no existiese otro derecho constituído en la cosa. La restricción consiste en no hacer alguna cosa, *non faciendo;* 2ª El ejercicio de nuestro derecho de propiedad, puede ser limitado, obligándonos á sufrir que otro haga alguna cosa que tendriamos derecho á impedirle hacer, si no existiese otro derecho en la cosa. La restriccion consiste en sufrir alguna cosa, *patiendo.* Esta es la verdadera naturaleza, y el verdadero carácter de las servidumbres. La Ley Romana dice: *servitutem non ea natura est, ut aliquit faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* Pero ¿no podría una persona convenir con el dueño de un predio que á tiempos determinados renovaria las zanjas de su heredad? ó ¿no podría constituirse el derecho de cazar en una quinta ajena? Estas convenciones serían lícitas, aunque la primera sólo sería una obligación de hacer, imponiendo á la persona una carga á favor de la heredad; y la segunda una carga á la heredad á favor de la persona. Los derechos de uso ó de usufructo, son perfectamente lícitos, y hoy son considerados, no como servidumbre, sino como cargas impuestas á las heredades á favor de las personas. El nombre de servidumbre, á nuestro juicio, debia sólo darse á las servidumbres prediales, á las cargas existentes entre dos inmuebles, á las servidumbres reales. «En otro tiempo, dice Marcadé, se inventaron fenómenos bajo las formas jurídicas de servidumbres reales, que no eran en el fondo sino servicios impuestos al fundo para la persona, ó por el fundo sobre la persona. Así por ejemplo, si nosotros convenimos en que el fundo y cada propietario sucesivo de ese fundo tenga el derecho de cazar sobre el fundo B, ó que el fundo B. tenga el derecho de hacer moler el trigo que produzca, en el molino del fundo A, tales convenciones, territoriales en la forma, y personales en el fondo, son verdaderamente servidumbres de las personas ó á favor de las personas. El servicio que ellas proporcionan no es á la heredad sino á las personas.

Para saber pues, si el derecho que se presenta, como que constituye una servidumbre real, merece ó no esta clasificación, es preciso examinar no sólo

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de una heredad, sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera, son pues dos heredades, una sirviente, y la dominante que recibe el beneficio; y *servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble, y que acaba con ella* (**art. 2972**), aun-

---

(**Art. 2972**). La definición no crea las servidumbres personales, ni las establece en el sentido que lo hacen los expositores del derecho, como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield: «el art. 686 del Cód. Francés prohibió las servidumbres en favor de las personas, *y nosotros no las establecemos por este artículo.*» Quiere decir entonces, que las servidumbres personales son aquellas que pueden prestar un beneficio directo á la persona independientemente de la posesión de un inmueble, como la servidumbre de sacar agua, por ejemplo, que será personal, cuando el que tiene el derecho no tenga inmueble alguno, y que sería real cuando se estableciere en beneficio del inmueble. La servidumbre de paso será real, cuando se trate de una propiedad encerrada; personal en los casos de duda, art. 3078, ó cuando el dueño del derecho no tuviera propiedad, ó cuando ésta no estuviera encerrada y no se estipuló como real.

En todos los casos en que la servidumbre sea considerada como personal, puede encontrarse un derecho de uso ó de usufructo restringido, como lo dice el Dr. Velez-Sarsfield. En mi opinión no hay servidumbres personales por el sistema del Código, aunque hable de ellas en los arts. 3004, 3031 y 3078; porque la servidumbre es siempre de fundo á fundo.

Es cierto que en la definición pueden comprenderse el usufructo, el uso y la habitación habiéndolos legislado en títulos separados, pero el Código no los ha considerado como servidumbres.—Comp. FREITAS, art. 4732.

---

si está establecido sobre los inmuebles, sino también si la carga á uno de los fundos es á beneficio de otra heredad.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2972.—Hablando con exactitud, tales servidumbres no son verdaderas servidumbres. Las llamamos así porque el derecho que por ellas se constituye se llama en el lenguaje común de los escritores, servidumbre personal. El art. 686 del Cód. Francés prohibió las servidumbres en favor de las personas, y nosotros no las establecemos por este artículo. El Código, dice Massé y Vergé, § 332, no prohibe por el art. 686 ciertos derechos que pueden acordados á una persona sobre un inmueble, por ejemplo, el derecho de cazar ó el de pescar. Estos son derechos que según su extensión y las circunstancias pueden ser considerados como un derecho de uso, ó como un derecho de usufructo que no tiene en sí nada que no sea perfectamente lí-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que rara vez pueda existir sin el fundo á quien preste el beneficio.

Heredad ó predio dominante es aquel á cuyo beneficio se han constituido derechos reales (**art. 2973**), y *la heredad ó predio sirviente es aquel sobre el cual se han constituido servidumbres personales ó reales* (**art. 2974**).

Art. 2973). En las servidumbres reales hay necesariamente dos predios: el que recibe el beneficio y el que lo presta; el 1° es el dominante, el 2° el sirviente. Hay impropiedad en la expresión del artículo cuando dice: predio dominante es aquel en cuyo beneficio se han constituido *derechos reales*, en lugar de expresar, como lo hace Freitas, art. 4734, § 2, de donde fué tomado: *servidumbres reales;* porque se trata de servidumbres y no de otros derechos reales.

(**Art. 2974**). Cuando el predio presta el servicio á una persona independientemente de la posesión de un fundo, la servidumbre es *personal*, y el predio que la presta se llama sirviente; cuando presta á otro predio,

---

cito, y en el cual no puede entrar la idea de servidumbre que supone siempre una relación, no entre un fundo y una persona, sino entre dos fundos. Lo que el artículo del Cód. Francés se ha propuesto prohibir, es el derecho dado á un fundo sobre otro, cuando este derecho es de tal naturaleza que debe ceder, no á beneficio del fundo mismo, sino en provecho del propietario de ese fundo.

Tal sería el derecho de caza que perteneciese á un fundo sobre otro fundo. Este sería una servidumbre real, porque el derecho ejercido sobre un fundo sería inherente al otro. Este derecho sería una servidumbre establecida en favor de la persona del propietario del fundo dominante, pues que el propietario solo y no el fundo sacaría provecho de él. Sucede en la constitución de lo que se llama *servidumbre personal* lo mismo que en la prohibición de los servicios impuestos á la persona. Una persona puede sin duda, obligarse á hacer á otra ciertos servicios relativos á determinado fundo, pero no se puede imponer á un fundo á beneficio de otro un servicio que por su naturaleza recaiga, no sobre el fundo mismo, sino sobre el propietario de ese fundo; tal sería por ejemplo, la carga impuesta á un fundo de limpiar ó recorrer las zanjas de otro fundo. Por la aplicación de esta distinción se ha decidido siempre que el vendedor puede reservarse sobre el fundo vendido un derecho de caza para él y sus herederos; que el propietario de una casa que vende un terreno adyacente á ella, puede imponer al comprador la obligación de no edificar sobre ese terreno.—Véase Marcadé, sobre el art. 686.—Duranton, tom. 5, n° 449.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2972. — No probándose cumplidamente el dominio que se pretende por el autor, y en la duda sobre si el demandante ó el demandado es propietario del terreno que se disputa, debe resolverse en favor del que tiene la posesión.—XX, 327.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las servidumbres, por la calidad del servicio que prestan, se dividen en continuas y discontinuas. *Las servidumbres son continuas ó discontinuas. Las continuas son aquellas cuyo uso es ó puede ser continuo, sin un hecho actual del hombre, como la servidumbre de vista. Las servidumbres no dejan de ser continuas, aunque el ejercicio de ellas se interrumpa por intervalos más ó menos largos, á causa de obstáculos cuya remoción exija el hecho del hombre* (**art. 2975**, 1ª parte), ó porque fundada en hechos de la naturaleza ésta sólo los produjera periódicamente ó con intermitencias. La servidumbre continua no debe depender del hecho del hombre, porque ese hecho por su naturaleza no puede ser continuo y permanente.

Las (servidumbres) *discontinuas son aquellas que tienen necesidad del hecho actual del hombre para ser ejercidas, como la servidumbre de paso* (**art. 2975**, última parte), la de sacar agua, etc.;

---

aunque sea por intermedio de la persona, la servidumbre es real y el que recibe el beneficio es el dominante y el que lo presta es el sirviente. —Comp. FREITAS, art. 4734.

(**Art. 2975.**) La servidumbre continua se ejerce por sí misma sin hecho del hombre; pero no pierde su carácter porque necesite muchas veces de este hecho para ponerla en ejercicio, como por ejemplo, en la servidumbre de acueducto, en que es necesario hacerlo para que pueda existir. La ley prevé el caso en que la servidumbre pueda interrumpirse, sin dejar por eso de ser continua, luego no la considera como tal por la continuidad del hecho, sino porque puede serlo sin el hecho del hombre, como la servidumbre de goteras, que es continua, por más que no llueva siempre. La servidumbre de arrojar las aguas servidas, ó las empleadas en usos industriales, ¿es continua? Muchas Cortes Francesas así como autores, sostienen la negativa fundándose en que no se ejerce por sí misma, y sin el hecho del hombre, que estas servidumbres exigen por el contrario ese hecho siempre renovado, sin el que no existirían. Por mi parte acepto la opinión contraria sostenida por Demolombe, XII, 712, que la considera continua, como más conforme con la naturaleza de los hechos qne se producen, y de los principios que rigen la materia. En efecto; se puede preguntar: ¿en qué consiste esta servidumbre? ¿Es acaso en arrojar las aguas servidas? No, porque este es un derecho que tiene todo propietario de arrojarlas sobre su fundo; luego consiste, no en el hecho de arrojarlas, sino en el derecho de hacerlas correr

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pero se debe tener presente que en nada alterará la naturaleza de la servidumbre, la necesidad del hecho del hombre para darle na-

---

por el fundo ajeno. La servidumbre comienza, pues, desde que corren las aguas por el fundo vecino, no desde que se arrojan. ¿Interviene acaso el hombre para hacerlas correr? No, el hecho de arrojarlas es independiente del descenso natural hacia el fundo vecino. Nuestro art. 3093 la declara siempre continua y aparente, si hubiera señal exterior. En el mismo caso se encuentra la servidumbre continua de la toma de agua que necesita del hecho del hombre, sea levantando las exclusas, sea porque no pueda tomar el agua sino en diversas horas, y con más ó menos intervalo de tiempo, y no por eso deja de ser continua. Freitas, art. 4882, § 2, la reputa continua. No sucede así con la servidumbre de paso, que no se concibe sin el ejercicio constante del hombre. A esto se puede agregar, que la servidumbre de arrojar aguas servidas es de las más incómodas y que no se concibe que el vecino la tolerase sin un derecho preexistente, ó sin dar su consentimiento, y por consiguiente debe estar sujeta á la prescripción. Así piensa TROPLONG, *Presc.*, I, 139. BAUDRY LACANTINERIE, I, 1557.

Las discontinuas por el contrario, no se conciben separadas é independientes del hecho del hombre, como las de paso y la de sacar agua, pues dependen del ejercicio que este haga de su derecho, y la naturaleza en nada tiene que intervenir para conservarla ó para que se ejecute.— Véanse arts. 2994, 2997, 3059, 3078, 3083, 3093, 3103 y 3104.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2975.—L. 15, Tít. 31, Part. 3ª.—Molitor, *Servidumbres*, n° 4.—Pardessus, *Servidumbres,* n° 28. La definición que damos de servidumbres discontinuas es la del Cód. Francés, aceptada por todos los Códigos y escritores posteriores. Los jurisconsultos romanos calificaban de discontinuas las servidumbres cuyo ejercicio se hacía á ciertos intervalos, fuesen determinados ó dependientes del acaso. En esta materia es preciso que la definición sea muy precisa y exactamente entendida, pues las servidumbres que son á la vez continuas y aparentes, pueden establecerse por prescripción, y llegar á ser desde entonces, objeto de una acción posesoria, mientras que otra cosa se dispone para aquellas á las cuales les falta á uno ó el otro de estos dos caracteres.

De la definición del artículo, resulta que el carácter de servidumbre continua consiste, no en el ejercicio continuo, en un hecho continuo del ejercicio de la servidumbre, sino en la *posibilidad* que hubiere para que la servidumbre se ejerza continuamente y por sí misma; mientras que la servidumbre discontinua es la que no se ejerce, sino por el hecho del hombre. Una servidumbre de paso, ó de tomar agua de la fuente ajena, es discontinua, pues que su ejercicio no dura sino mientras el hombre pasa ó saca agua.

Este hecho del hombre constituye el ejercicio del derecho; pues que tal ser-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cimiento; así, la servidumbre de acueducto no perderá su carácter de continua, porque sea necesario hacer el acueducto, ó porque no debiendo pasar el agua sino periódicamente haya necesidad de levantar las compuertas.

Se dividen también *las servidumbres* (con relación á su exterioridad) *en visibles ó aparentes, ó no aparentes. Las aparentes son aquellas que se anuncian por signos exteriores, como una puerta, una ventana. Las no aparentes son las que no se manifiestan por ningún signo, como la prohibición de elevar un edificio á una altura determinada* (**art. 2976**), ó toda servidumbre que consistiera en

---

(**Art. 2976.**) Nuestro artículo ha tomado la expresión general y extensa de *signos exteriores*, para calificar la servidumbre aparente, y cualquier signo que demuestre su existencia bastará para caracterizarla como tal; un conducto ó albañal para las aguas servidas, la constituirá en aparente. La apariencia debe ser relativa al propietario del fundo sobre el que se pretende ejercer la servidumbre y no tener un carácter

---

vidumbre no puede funcionar por sí misma. Al contrario, una servidumbre de acueducto es una servidumbre continua, pues que no es por el hecho perseverante del hombre, por una serie de actos del hombre, sino por sí misma y por la naturaleza de las cosas, que el derecho se ejerce y funciona. El agua corre por el acueducto mientras que los dos propietarios están ausentes del lugar, desde que en sí y sin necesidad de un hecho continuo del hombre haya posibilidad de un hecho continuo; la servidumbre es desde entonces continua. Conserva este carácter, aunque el agua no puede correr, hasta que la mano del hombre haya quitado un obstáculo que se opone. Así, cuando el agua de un canal artificial no puede correr del fundo A al fundo B, sino á condición de levantar una compuerta, entonces es necesario cierto hecho del hombre para el ejercicio del derecho; mas este hecho no es del que habla el artículo. Cuando después de haber abierto el paso al agua, la servidumbre funciona y se ejerce sin ningún hecho *actual*, el hecho del hombre que abrió la compuerta no constituye el ejercicio de la servidumbre, pues que el agua seguirá corriendo de un predio á otro, aunque ningún hombre apareza en el lugar.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2975.—Las servidumbres discontínuas, aparentes ó no aparentes, no pueden establecerse por el solo destino que tuviese dado á los inmuebles el propietario de ellos; y su cuasi posesión no basta por si sola para fundar una acción posesoria.—XXVII, 461.

Fallos de la Cám. de Apel. de la Cap.—Aplicación del art. 2975.—Es procedente el interdicto de obra nueva aun cuando el demandado tenga el dominio perfecto sobre el predio en que va á ser la construcción, si existe un derecho de servidumbre de paso que pueda ser afectado por la obra. — Jur. Civ., 368, Sér. 4ª.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

no hacer lo que se tiene derecho de ejecutar y cuya abstención beneficiara al fundo vecino. La servidumbre de tránsito es discontinua, y no aparente cuando no haya signo alguno exterior permanente del tránsito.

Nuestro Código ha rechazado la división entre servidumbres rústicas y urbanas que los autores admiten, porque no presentan utilidad ni para la ley ni para la doctrina; pero aunque en la nota del Dr. Velez-Sarsfield ha rechazado la división en afirmativa ó negativa, no se puede negar su importancia y el mismo Código la admite en el art. 3036. Así es que podemos decir: hay servidumbre *afirmativa*, cuando el propietario del fundo dominante puede ejecutar todos los actos que la servidumbre lo autorice, debiéndolos sufrir la propiedad sirviente; hay servidumbre *negativa*, cuando el propietario del fundo sirviente está obligado á abstenerse de actos de disposición y de goce que puedan impedir los derechos que ha concedido al fundo dominante. Esta división, por su claridad y generalidad abraza todas las servidumbres, que consisten en dejar de ejecutar en su fundo lo que se habría podido hacer, ó en permitir que otro realice actos que habría podido impedir.

---

precario ó accidental, sino de perpetuidad, ni debe ser equívoca ni prestarse á dudas. La apariencia ó no apariencia depende de las condiciones exteriores como se ejerce la servidumbre, así, por ejemplo, la de tránsito puede ser aparente cuando se manifiesta por una puerta ó camino, y no lo será si no hubiere un signo exterior que la revele, art. 3078. La apariencia se refiere á los signos exteriores y no debe confundirse con la continuidad, que es un carácter intrínseco é invariable; así, la servidumbre de paso puede ser aparente, mientras es discontinua por su naturaleza.—Comp. Cód. Francés, art. 689. Goyena, art. 479. Freitas, art. 4739 y 4740. Demolombe, XII, 714 á 718.—Véanse arts. 3017, 3078, 3083, 3093 y 3104.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2976.—L. 16, Tít. 31, Part. 3ª.—Los escritores de Derecho, las Leyes Romanas y otros Códigos, hacen otra división de las servidumbres, en urbanas y rústicas, y en afirmativas ó negativas, pero tales divisiones no presentan utilidad alguna, ni para la legislación ni para la doctrina.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO PRIMERO

CÓMO SE ESTABLECEN Y CÓMO SE ADQUIEREN LAS SERVIDUMBRES

§ 825. — Cómo se establecen las servidumbres

La servidumbre es una desmembración de la propiedad, por la cual el dueño se obliga á no hacer en el inmueble que le pertenece lo que habría podido ejecutar, beneficiando á otro inmueble ó á su propietario, ó se obliga á no impedir que éste ejecute sobre su inmueble, actos que habría podido dejar sin efecto por otros semejantes ejecutados en su propio inmueble. La servidumbre consiste pues, en no hacer, jamás en hacer, porque está en la naturaleza de ella no obligar á la persona sino á la cosa.

Las servidumbres se establecen por contratos onerosos ó gratuitos, translativos de propiedad. El uso que el propietario de la heredad á quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradición (**art. 2977**).

(**Art. 2977.**) Las servidumbres pueden constituirse por título, por prescripción ó por destino del padre de familia. El Código no reconoce servidumbres legales, porque las restricciones al dominio no lo son.

Cuando la servidumbre se constituye por título, este puede consistir en un contrato, como el de venta, permuta, transacción ó donación, ó puede tener por origen una disposición de última voluntad. Hay servidumbres que sólo pueden constituirse por título. De la servidumbre constituída por título debe tomarse razón en el registro de la propiedad.

Las servidumbres continuas ó aparentes se prescriben por 30 años, pero no las discontinuas, art. 3017.

Como se trata de una fracción del derecho de propiedad que no puede poseerse de una manera exclusiva, de ahí la necesidad de considerar

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La principal fuente de las servidumbres es la voluntad del propietario, sea manifestada expresamente, como en el contrato ó el testamento, sea de una manera tácita, como en la prescripción, por eso dice el **art. 2978**: *se establecen también por dispo-*

---

como posesión para la prescripción, el uso que se haga de la servidumbre; ese uso era considerado por la leyes de Partida *como manera de posesión*. l. 1, tít. 30, P.ª 3ª. Téngase presente que en las servidumbres negativas el uso consistirá en la no ejecución de lo que el dueño del sirviente tendría derecho de ejecutar.

(**Art. 2978.**) Por testamento puede concederse ya sea una servidumbre *predial*, cuando se lega al vecino el derecho de carga ó la servidumbre de vistas sobre la propiedad que se deja á otro; ya sea una servidumbre *personal*, como la de tránsito ó de sacar agua. El testamento es el título de la servidumbre á diferencia de lo que sucede en la constituída por el destino del padre de familia, en que se busca interpretar la voluntad de los contratantes para dejarla constituída. Se parte de la hipótesis que en el momento de la división de las propiedades existía un servicio establecido sobre una de ellas para beneficio y utilidad de la otra.

Las servidumbres constituídas por el destino del padre de familia deben ser continuas y aparentes, porque las discontinuas no pueden establecerse por este medio, arts. 2994 y 2997.—Comp. DEMOLOMBE, XII, 804 á 813. AUBRY y RAU, § 251.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2977. — L. 1, al fin, Tít. 30, Part. 3ª. *Usum ejus juris,* dice un texto del Digesto, *pro traditione possessionis accipiendum est.* L. 20, Dig. *De servit.*

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2978. — El Cód. Francés prohibió la adquisición de las servidumbres por la posesión de diez y veinte años. Aunque en otros Códigos este modo de adquisición se encuentra establecido, seguimos en esta parte al Código de Napoleón. Creemos que con razón el legislador no debe aplicar los principios de la prescripción de las propiedades á las servidumbres. La prescripción de la propiedad supone de parte de aquel á cuyo beneficio corre ,la posesión esclusiva del inmueble y por consiguiente la privación de todo goce de parte de aquel en cuyo detrimento debe cumplirse. En tales circunstancias, el silencio guardado por este último durante diez años no puede ser considerado, ó como una renuncia de un derecho preexistente, ó como un reconocimiento del derecho de otro. Mas otra cosa sucede en las servidumbres que comúnmente se ejercen á favor de las relaciones que crea la vecindad, sin que resulte perjuicio real para el propietario de la heredad sirviente, y sin que éste haya tenido siempre y necesariamente un interés serio en opo-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sición de última voluntad y por el destino del padre de familia. Se llama destino del padre de familia la disposición que el propietario de dos ó más heredades ha hecho para su uso respectivo.

En cuanto á la manera de ejercer el derecho, *las servidumbres pueden establecerse bajo condición ó plazo que suspenda el principio de su ejercicio, ó que limite su duración* (**art. 2988**), y todo lo que se ha dicho en los contratos y testamentos en cuanto al modo y plazo, se aplicará á las servidumbres.

La constitución de las servidumbres en cuanto á su forma es regida por las disposiciones relativas á la venta (de inmuebles) *cuando es hecha á título oneroso, y á las donaciones y testamentos, cuando tiene lugar á título gratuito* (**art. 2992**).

(**Art. 2988.**) El que tiene el dominio revocable puede establecer servidumbre bajo la condición de que quedará sin efecto, si su derecho se revocara, y si la hubiere constituido pura y simplemente, será responsable por los daños y perjuicios causados por la revocación que extingue la servidumbre. Puede igualmente adquirir una servidumbre el que no es dueño de la cosa para el caso en que la llegare á adquirir dentro de tal tiempo, quedando sin efecto, si la adquisición no tuviere lugar. Puede establecerse bajo la condición de que llegará á tener efecto, sólo cuando tal acontecimiento se realizare; es decir, suspendiendo su ejecución, ó que dejará de tener efecto cuando dicho acontecimiento tuviera lugar; es decir, suspendiendo la resolución del derecho.

Las servidumbres reales participan en general de los caracteres de la propiedad, y son perpetuas, pero nada se opone á que se limite su duración. — Comp. FREITAS, art. 4760, nº 6 y 7. AUBRY y RAU, § 250, texto, nota 9. MAYNZ, § 140, texto, notas 13 y 14. — Véanse arts. 2829, 2989, 3001 y 3046.

(**Art. 2992.**) La constitución de una servidumbre puede tener por origen un contrato, y en ese caso debe llenar todas las condiciones exigidas para la validez del acto: capacidad, consentimiento y cosa. Si se

---

nerse á su ejercicio. Sobre la materia, Toullier, tom. 3, nº 630. — Pardessus, nº 268.—Marcadé, sobre el art. 690, nº 2.—Demolombe, tom. 12, nº 781.—Aubry y Rauy, § 251, nota 1.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 2978.—Véase el fallo al artículo anterior.—XXX, 342.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2988.—L. 8, Tit. 31, Part. 3ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las servidumbres pueden establecerse sobre la totalidad de un inmueble ó sobre una parte material de él, en su superficie, profundidad ó altura (**art. 2998**), pero *la servidumbre no puede establecerse sobre bienes que están fuera del comercio* (**art. 3002**).

---

constituyó por título oneroso deberá regirse en cuanto á su forma por la venta de inmuebles y debe ser en escritura pública, art. 1184, sin perjuicio de que si fuera constituida por instrumento privado sea válida para obligar al constituyente á hacer la escritura pública. Si es por título gratuito debe hacerse en la misma forma que las donaciones, por escritura pública y con la aceptación del donatario, sin que obste el art. 2993, que autoriza á reconocer la servidumbre sin necesidad de aceptación; porque el reconocimiento no es un contrato, sino un acto unilateral que sólo requiere la manifestación del que lo ejecuta. Lo mismo sucede cuando es establecida por testamento en que se considera constituida por la sola voluntad del testador. Cuando es establecida por contrato oneroso ó gratuito debe existir el concurso de las dos voluntades que forman el contrato.—Comp. AUBRY y RAU, § 250, nº 4. FREITAS, arts. 4771 á 4774. CÓD. DE CHILE, arts. 883 y 884. DEMOLOMBE, XII, 729 á 733.—Véanse arts. 2993 á 2997 y 3606.

(**Art. 2998.**) Cuando la servidumbre se ha constituído sobre una parte del inmueble, debe determinarse hasta dónde se extiende ó por lo menos dar medios ciertos para hacerlo. En caso de duda se resolverá según las circunstancias, interpretando la intención de los contratantes, pero no se declarará nula la constitución por falta de una determinación exacta. Se atenderá á la clase de servidumbre, al objeto que se ha tenido en vista al constituirla y á los demás elementos necesarios. Se entiende que no puede constituirse servidumbre contra leyes de orden público, como son las que ponen un límite al dominio.—Comp. FREITAS, art. 4759, nº 1. AUBRY y RAU, § 248. PARDESSUS, nº 49. — Véanse arts. 2617, 3008, 3032, 3033 y 3043.

(**Art. 3002.**) La servidumbre es una desmembración del derecho de propiedad, y por consiguiente si el bien estuviera fuera del comercio, no pudiéndose enajenar, no sería susceptible de hacer pesar sobre él una servidumbre. Debe tenerse presente que los derechos concedidos por la autoridad para abrir puertas y ventanas á las calles ó paseos públicos no importan una servidumbre, y si bien no pueden ser obligados á cerrar-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2998.—Véase Pardessus, nº 49.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las cosas muebles no son susceptibles de servidumbres, porque el uso concedido sobre ellas no es una servidumbre, por más que la definición del Código las comprenda.

La hipoteca que un acreedor tenga sobre un inmueble no impide al propietario gravarla con servidumbre, pero el acreedor puede usar de los derechos acordados contra el deudor que disminuye la garantía de la deuda (**art. 2990**), así es que *la existencia de hi-*

---

las, no es porque tengan por fundamento un derecho real, sino porque constituyen el modo de usar el inmueble que le ha sido permitido, y de que no se le puede privar.

Cuando los bienes entraren de nuevo al comercio, las servidumbres constituídas antes no renacerán, porque se considerarán como si no existieran. Troplong sostiene que se podría adquirir sobre un paseo público el derecho de pasar en carruaje ó con caballos, si su destino lo reserva para el paseo á pie. Por mi parte creo que eso depende del derecho administrativo.—Comp. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIÆ, § 334, nota 2. TROPLONG, *Prescripción*, nº 165. TOULLIER, III, 473.—Véanse arts. 2336 y 2337.

(**Art. 2990.**) Es un reconocimiento de los derechos del propietario que no pueden ser alterados por la hipoteca; pero como el inmueble responde al acreedor hipotecario, éste no debe ser perjudicado en su garantía disminuyéndola. Las acciones á que se refiere la última parte del artículo son las concedidas por los arts. 3159 y 3161 que no tienen lugar en este caso, porque jamás puede ser perjudicado el acreedor hipotecario desde que el art. 2999 le confiere el derecho de hacer vender el inmueble sin la servidumbre. Si la hipoteca no impide el constituir servidum-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3002.—Los inmuebles que están fuera del comercio, como los que hacen parte del dominio público, son inalienables, y no pueden por lo tanto ser gravados con servidumbres, pues que gravar una cosa con servidumbres es enajenarla en parte. Sin embargo, Zachariæ, § 334; Toullier tom. III, nº 473, y Proudhon, *Dominio público*, nos 363 y siguientes, enseñan que el inmueble que está fuera del comercio puede ser el objeto de una servidumbre, si esta puede conciliarse con el fin para el cual ha sido puesto fuera del comercio. Estos autores para sostener su doctrina, consideran como servidumbre el derecho de tránsito por las calles y plazas públicas, y el de vista en los edificios contiguos á ellos. Pero este derecho no es sino el uso mismo de esos inmuebles conforme á su destino, y que en nada disminuye su utilidad en perjuicio de uno de los inmuebles á beneficio de otro, lo que forma el carácter distintivo de las servidumbres. — Véase la nota 2, § citado de Zachariæ.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

potecas que graven una heredad no es obstáculo á la constitución de servidumbres sobre un inmueble; pero una servidumbre así constituida, no puede oponerse á los acreedores hipotecarios anteriores á su establecimiento, y ellos en casos necesarios, pueden pedir que el inmueble se venda como libre de toda servidumbre (**art. 2999**);

---

bres y si es un derecho del propietario, no puede recibir una pena por ejercerlo, pues se consideraría como tal el privarle del término ó el exigirle nuevas garantías; basta y sobra al acreedor con hacer vender el inmueble libre de toda servidumbre, cuando ésta disminuyera el valor de tal manera que no alcanzara á cubrir el crédito; porque su derecho no va más allá. Así, pues, no está en su voluntad el anular la constitución de la servidumbre y sólo podrá hacerlo cuando perjudica su derecho. Como entre nosotros la hipoteca no tiene efecto contra terceros sino desde su constitución, cuando fué registrada dentro del término, ó desde su registro si lo fué después, lo dispuesto en el presente artículo se refiere á las hipotecas registradas.

Cuando el acreedor hipotecario quisiera hacer vender el inmueble como si no tuviera servidumbre, el propietario podrá impedirlo dando fianzas ó depositando el importe del menor valor del inmueble. Si bien en general toda servidumbre hace disminuir de valor á la cosa sobre que se establece, ese valor puede ser tan insignificante ú ofrecer el inmueble garantía suficiente para responder al crédito, que se deba considerar como bien constituída. Eso quedará determinado ó demostrado por la tasación ó la base para la venta. En estos casos el deudor no podrá ser privado del beneficio del término, como lo enseña Demolombe, XII, 750, porque ha hecho uso de un derecho perfecto. — Comp. Aubry y Rau, § 250, texto á la nota 7. Freitas, art. 4759, nº 10. Pardessus, 245.—Véanse arts. 2718, 2719, 2722, 2796, 2801, 2999 y 3159 á 3161.

(**Art. 2999.**) El presente artículo es una repetición, con una pequeña variante, del art. 2990, y creo debe aplicarse con preferencia, porque determina con más precisión los derechos del propietario y del hipotecario. Si las existencias de las hipotecas no limitan el derecho del propietario para constituir servidumbres sobre el inmueble gravado, el que lo hace, usa de un derecho perfecto y no puede ser privado del término, ni obligado á dar fianzas, porque el acreedor tiene á su vez la facultad

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2990. — L. 205, Dig., *De regulis juris.* — Pardessus, nº 245.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

porque el propietario no ha podido por su sola voluntad disminuir la garantía acordada á sus acreedores.

§ 826.—Capacidad para establecer ó adquirir servidumbres

La capacidad para adquirir ó imponer servidumbres, debe tenerse en el momento de ejecutar el acto, de modo que si hubiera sido capaz antes y no lo fuera al ejecutarlo, éste no tendría valor; del mismo modo la capacidad posterior no validaría el acto sin previa confirmación.

La capacidad para establecer ó adquirir servidumbres es regida por las disposiciones para establecer ó adquirir el derecho de usufructo (**art. 2979**).

---

de dejarlas sin efecto, cuando le perjudicaren. Si las servidumbres constituídas antes de la hipoteca vinieran á anularse ó fueran nulas, el propietario no podrá volverlas á establecer ó á confirmarlas, sino bajo la base de que quedarán sin efecto, si el acreedor lo solicitare en caso de perjuicio. Aubry y Rau, § 250 texto, nota 7, de donde fué tomado nuestro artículo dicen: «no puede oponerse á los acreedores hipotecarios cuyos derechos hubieran venido á ser eficaces, antes que el título constitutivo de la servidumbre hubiera podido oponerse á terceros», y así debe entenderse.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 746. Demolombe, XII, 749. Duranton, V, 546.—Véanse arts. 2990 y 3183.

(**Art. 2979.**) La capacidad para establecer ó adquirir servidumbres por título, debe ser la que se requiere para adquirir ó enajenar el usufructo; esto no ofrece dificultad. ¿Pero esta regla se aplica también á la constituida por el destino del padre de familia? El menor emancipado, por ejemplo, que teniendo la libre administración de sus bienes, la establece para comodidad de dos propiedades, que después enajena con autorización judicial ¿podrá alegarse la constitución del padre de familia en ese caso? Creo que no; porque si bien ha podido establecerlas para su comodidad, como lo habría hecho un simple administrador, porque usaba de una facultad que no importaba una enajenación; cuando se trata de la separación de las propiedades, varía de especie; no habiendo te-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2999. — Troplong, *Hipotéques,* n° 843 bis.—Demolombe, tom. 12, nos 748 á 750. — Pardessus. n° 245.—L. 205, Dig., *De reg. juris.*

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Para establecer una servidumbre con calidad de perpetua, se necesita ser propietario de la heredad sirviente; pero el que no lo es puede constituirla mientras dure el derecho de goce que tenga sobre la propiedad, porque es dueño de limitar el que se le ha concedido, por esa razón *el usufructuario puede consentir una servidumbre sobre el inmueble que tenga en usufructo, pero sólo por el tiempo que durare el usufructo, y sin perjuicio de los derechos del propietario* (**art. 2980**).

---

nido capacidad para desmembrarla no ha podido constituirla, y en mi opinión la regla se le debe aplicar. Pero cuando la persona ha sido capaz en el momento en que estableció la servidumbre, como por ejemplo, la mujer mayor de edad, dueña de dos propiedades contiguas, que pierde su capacidad por el matrimonio, enajenando con consentimiento de éste ambas propiedades. ¿Se podría alegar que estaba constituida por el destino del padre de familia? Opino que sí, porque en el momento de la constitución y en el de la separación ha tenido la capacidad requerida. —Comp. FREITAS, arts. 4752 á 4756. DEMOLOMBE, XII, 734 y sig.— Véanse arts. 2983, 3012 á 3016 y 3390.

(**Art. 2980.**) El usufructuario se puede considerar como el propietario temporario actual de la cosa, pues tiene todos los derechos de tal, siempre que no altere la sustancia, y mientras dura el usufructo puede establecer servidumbres pasivas que no perjudiquen los derechos del nudo propietario. Si en principio general no puede establecer servidumbres pasivas sobre un inmueble, sino el que es propietario, la excepción se justifica desde que la establecida por el usufructuario no altere la cosa, ni perjudique los derechos del nudo propietario, con la condición de que no pasarán de lo que dure su derecho. Pero el nudo propietario podrá oponerse demostrando el perjuicio que recibe el inmueble.—Comp.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2979.—Sólo pueden, por lo tanto, consentir en el establecimiento de una servidumbre, los que tengan el ejercicio de la plenitud de sus derechos. Los tutores ó curadores de menores ó incapaces, y todos los administradores de los bienes de un individuo, ó de establecimientos públicos, no pueden constituir servidumbres sobre los inmuebles sujetos á su administración, ni los mandatarios, si no tienen poderes especiales. El marido por sí solo tampoco puede imponer servidumbres sobre los bienes propios de su mujer. Véase Pardessus, n° 246, y por otra parte, según la regla general establecida en el artículo, todos los que pueden conceder servidumbres sobre sus heredades, pueden adquirirlas.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Pero *la servidumbre consentida por el usufructuario, sobre el inmueble sometido al usufructo, viene á ser válida sin restricción alguna, si el usufructuario reune en adelante la nuda propiedad al usufructo* (**art. 2982**), cuando se la hubiere constituido como propietario, y no como simple usufructuario, pues, en este último caso continuará en el mismo carácter.

Aunque en principio general, el propietario sea el único capaz de constituir una servidumbre sobre su inmueble, sin embargo no podrá hacerlo, cuando de antemano hubiera constituido

---

DEMOLOMBE, XII, 736 y AUBRY y RAU, § 254. — Véanse arts. 2870, 2893, 2981 á 2984 y 3125.

(**Art. 2982.**) El artículo no debe entenderse de una manera absoluta porque habría una notoria injusticia en transformar un derecho temporario en otro perpetuo. Si la servidumbre pasiva consentida por el usufructuario, no debe durar sino mientras dure el usufructo y se ha pagado en consideración á ese tiempo; ¿por qué se consideraría como establecida sin restricción, por el hecho de que el usufructuario venga á adquirir la nuda propiedad? Y si la servidumbre es activa y debiera durar sólo lo que dura el usufructo, ¿por qué se obligaría al que la enajenó por un tiempo determinado á que la soportara á perpetuidad? Es cierto qua las servidumbres reales se consideran perpetuas, cuando no exista convención que las limite, art. 3009; pero en el presente caso hay disposiciones claras que dicen, la servidumbre sólo durará lo que dure el derecho de usufructo. Creo que la disposición del artículo sólo debe aplicarse á los casos en que el usufructuario adquiriera la servidumbre, ó la hubiere consentido no invocando su calidad de usufructuario sino contratando como dueño; porque entonces sería responsable al adquirente cuando su derecho viniera á revocarse. Cuando la ha adquirido en favor del inmueble, se considerará que lo ha hecho más en interés de este que en su propio interés personal, á menos que resultara lo contrario.—Comp. MASSÉ y VERGER, nota 2, sobre ZACHARIÆ, § 355. MERLIN, *Rep. Serv.*, § 11, n° 1. DEMOLOMBE, XII, 760.—Véanse arts. 2504, 2893, 2983, 2986 y 2987.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2980. — Zachariæ, § 335, nota 2.—Duranton, tom. 5, n° 541.—Pardessus, n° 247.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2982. — Pardessus, n° 24'.—Zachariæ, lugar citado.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

derechos reales sobre dicho inmueble, de modo que por la nueva constitución viniera á disminuir ó perjudicar la garantía ó los derechos concedidos; así, *la servidumbre consentida por el nudo propietario, no perjudica* (no puede perjudicar) *los derechos del usufructuario; y éste puede impedir el ejercicio de ella durante el usufructo* (**art. 2981**), pero *la servidumbre consentida por el nudo propietario á favor del inmueble tenido en usufructo, es válida salvo el derecho del usufructuario para usar ó no de ella* (**art. 2983**), porque nadie está obligado á recibir beneficios de otro.

Todos los que tienen un derecho real de disposición ó goce sobre el inmueble de otro, como *el usufructuario, el usuario, y el acreedor anticresista, pueden crear servidumbres á favor de los inmuebles que estén en poder de ellos, anunciando que estipulan tanto para ellos, como para el nudo propietario, si éste aceptase la estipulación. No habiendo aceptación de la estipulación por el nudo*

(**Art. 2981.**) La servidumbre constituida por el nudo propietario no *puede* perjudicar los derechos del usufructuario, dicen Massé y Verger anotadores de Zachariæ, § 335, nota 2, de donde ha sido tomado nuestro artículo, y así debe entenderse. ¿El usufructuario podrá oponerse al ejercicio de cualquier servidumbre, aunque no le perjudique? Creo que sí, porque el es el dueño *actual* del inmueble y puede oponerse á que nadie se sirva de él, sin necesidad de demostrar que no le causa perjuicio. Por lo demás esta disposición se encuentra repetida en el art. 2912.—Comp. Demolombe, XII, 739.—Véanse arts. 2912, 2916 y 2980.

(**Art. 2983.**) El artículo habla de la servidumbre *activa*, mientras el art. 2981 se refiere á la *pasiva*, en que el inmueble fructuario viene á ser sirviente. El usufructuario puede no usarla, en ese caso no tendrá responsabilidad alguna, si la servidumbre se perdiera por el no uso, siendo esta una excepción al art. 2893; porque el nudo propietario no tiene derecho para imponer nuevas obligaciones al usufructuario contra su voluntad; pero cuando este recibe el inmueble con las servidumbres activas debe impedir se prescriban. La servidumbre adquirida es válida, porque siendo un aumento de comodidad para el inmueble, el usufructuario no puede oponerse, pues tiene la facultad de no usarla.—Massé y Verger, l. c.—Véanse arts. 2892, 2982 y 3016.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2981. — Zachariæ, lugar citado.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

propietario, la servidumbre será meramente un derecho personal de los que la estipularon; y se extinguirá con el derecho de ellos sobre la cosa (**art. 2984**); pero *el usufructuario puede adquirir una servidumbre en favor de la heredad que tiene en usufructo, declarando obrar por el propietario, ó estipulando que la servidumbre*

(**Art. 2984.**) El principio general que domina y gobierna los artículos 3012, 3013 y 3016, que se armonizan y completan entre sí con el presente, es: que todo el que toma la calidad de propietario de un inmueble, puede adquirir servidumbres en favor de ese inmueble, porque si el verdadero propietario no quiere aceptarlas puede dejarlas perder por el no uso; el que las ha enajenado no podrá reclamarlas alegando la incapacidad del adquirente ó que no era propietario, etc., porque él ha contratado válidamente. Pero el principio consagrado no varía y por el contrario se confirma si siendo usufructuario, usuario, acreedor, anticresista adquiere en esta calidad una servidumbre, se entiende que durará mientras dure el goce de sus derechos, á menos de expresar lo contrario. Cuando estipúlase á nombre del nudo propietario bajo la condición de si *este aceptara la estipulación*, será necesario la aceptación, porque es la condición impuesta, no tendrá efecto sin que lo hubiera ratificado; pero si el usufructuario, estipulare que la servidumbre la adquiere para el propietario ó para él y los que después posean el inmueble no necesitará la ratificación. Así, pues, cuando el usufructuario hubiera adquirido una servidumbre en favor del inmueble, esa servidumbre durará mientras su derecho exista, salvo las excepciones siguientes: 1ª, que la hubiera contratado como si fuera propietario; 2ª, que la adquiriese para sí y los que posean el inmueble; 3ª, que la adquiera para el nudo propietario; 4ª, que la adquiera para sí y para el nudo propietario, si éste la aceptara, y en cuyo caso necesita de la aceptación.

La servidumbre no será *personal* como parece desprenderse de la redacción del artículo, porque la *real* no puede convertirse en personal, pero el derecho real adquirido terminará con la persona, siendo en este sentido personal al contratante. Un derecho *personal á los estipulantes* dicen Massé y Verger, de cuya nota fué tomado el artículo. — Comp. PROUDHON, nº 1452. PARDESSUS, nº 260. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIÆ, § 335, nota 2 y DEMOLOMBE, XII, 735. — Véanse arts. 3012, 3013 y 3016.

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 2984.- Proudhon, nª 1452.—Pardessus, nº 260.—Zachariæ, § 335, nota 2.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

está establecida en favor de todos los que después de él posean el inmueble; mas si en el acto de la adquisición sólo toma la calidad de usufructuario, sin expresar al mismo tiempo que estipula para todos sus sucesores en la posesión de la heredad, el derecho se extingue con el usufructo, y el propietario no podrá reclamarla acabado el usufructo (**art. 3016**).

Estas diferencias apenas perceptibles, perjudican la claridad de la ley, lanzando al intérprete en busca de explicaciones más

---

(**Art. 3016.**) Son dos casos completamente diversos del legislado en art. 2984 con el que se ha confundido por error, como lo hicimos notar en el art. 3013. En el presente, el usufructuario obra como un gestor de negocios del propietario, é invocando su nombre adquiere la servidumbre, y obliga válidamente al que la ha enajenado, sin necesidad de ratificación previa; es el caso de la última parte del art. 3013; mientras en el art. 2984 anuncia que estipula para él y para el nudo propietario, si este acepta la estipulación, y con tal que, dicen Massé y Verger, nota 2, § 335, sobre Zachariæ, de donde fué tomado el art. 2984; de modo que la estipulación fué condicional. Aquí no obra como usufructuario, sino como un tercero, y si los extraños pueden adquirir una servidumbre en beneficio del inmueble, sin ratificación y sin consentimiento del propietario ¿Por qué no lo podría hacer el usufructuario con mayor razón? ¿Deberá exigirse la ratificación, cuando ha obrado como usufructuario y contrató para sí y para los demás, que después de él posean el inmueble? ¿Fundado en qué derecho se le impediría mejorar la condición del fundo donde tiene el usufructo? ¿Por qué se exigiría aceptación, cuando no ha puesto condición alguna á la adquisición del derecho? Toullier, III, 580, de donde ha sido tomado nuestro artículo dice, en la nota 3, apoyando la doctrina, «el usufructuario, por la naturaleza de su derecho, es un mandatario del propietario» y aunque la proposición no deba ser admitida en absoluto, sino para los actos de conservación, la verdad es que está en mejores condiciones que los extraños. Por otra parte: ¿qué podría alegar el enajenante, desde que estipuló para el usufructuario y para el nudo propietario?—Comp. Demolombe, XII, 759. Demante, II, 541, bis.—Véanse arts. 2980, 2984, 3013 y 3979.

El presente artículo fué corregido siguiendo al original que es el Cód. de Luisiana, art. 760, cambiando la expresión de «no toma la calidad», por la de «sólo toma la calidad».

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3016.—Cód. de Luisiana, art. 760.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

bien ingeniosas sin encontrar en el fondo un sólido fundamento: en el primer caso, art. 2984, hay una obligación condicional para cuando el propietario aceptase la estipulación y no es válida sin esa aceptación; en el segundo, art. 3016, el usufructuario obra en nombre del propietario y para él, y no hay necesidad de aceptación.

Cuando una propiedad pertenece á varios en condominio, cada uno de éstos puede, sin consentimiento de los demás y obrando por su propio interés, mejorar la condición del inmueble, pero no puede gravarla, así, *ninguna servidumbre puede ser establecida á cargo de un fundo común á varios, sin que todos los condóminos concurran al acto de su constitución* (**art. 2985**); *sin embargo, la ser-*

(**Art. 2985.**) No siendo dueño de todo el inmueble no puede desmembrarlo imponiéndole servidumbre, sin el consentimiento expreso de los demás co-propietarios; pero no por eso será nula, porque él personalmente no podrá oponerse á su ejercicio desde que la constituyó, y si por efecto de la partición ó licitación viniera á ser dueño del inmueble gravado, la servidumbre quedaría definitivamente constituída. Podemos decir, pues, la servidumbre establecida por uno de los condóminos, sobre el inmueble común está en suspenso hasta que los demás no la hubieran consentido, y si se hubiera obligado á obtener la ratificación de sus condóminos, deberá los daños y perjuicios, si el hecho no se realizare.

En cuanto á las sutilezas del derecho romano, que la nota del Doctor Velez-Sarsfield (tomada de Molitor) parece aceptar, no tienen su aplicación entre nosotros; así, un condómino podrá adquirir para el fundo de que es propietario exclusivo, una servidumbre á cargo del fundo común, cuando todos los condóminos concurrieran, y viceversa podrán enajenarla en favor del fundo común.

El artículo fué corregido con arreglo á las observaciones hechas en *La Instituta*, nota 354, cambiando las palabras *en favor* por las de *á cargo*. —Comp. MAYNZ, § 226. MOLITOR, *Serv.*, n° 11. PARDESSUS, *Serv.*, n° 17. —Véanse arts. 684, 2682, 2683, 2986, 2987 y 3015.

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 2985. — L. 10, Tít. 31, Part. 3ª. — L. 8, Tít. 1, Lib. 8, Dig.—Pardessus, n° 250, y véase el n° 262.—Maynz, § 226.

¿Se puede tener una servidumbre sobre un fundo de que la persona es co-propietario por indiviso? ¿Se puede tener á favor de un fundo de que la persona es propietaria por indiviso, una servidumbre sobre su propio fundo? Estas cuestiones se resuelven de distintos modos, según la época en que la in-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

vidumbre establecida por el condómino de la heredad llega á ser eficaz, cuando por el resultado de la partición ó adjudicación, la heredad gravada cae en todo ó en parte en el lote del comunero que constituyó la servidumbre, y no puede oponer la falta de consentimiento de los condóminos (**art. 2986**).

Si el co-propietario que ha establecido la servidumbre (sin el consentimiento de los demás) *vende su porción indivisa á un tercero*

(**Art. 2986.**) Cuando la servidumbre ha sido establecida sobre una parte del inmueble, y esa parte se adquiriese por cualquier título, vendría á ser eficaz sobre ella. No es necesario que el condómino constituyente haya adquirido el todo por adjudicación ó partición, pues de cualquier modo que llegue á ser propietario por compra, donación, permuta, etc., surtirá el mismo efecto. Si hubiere dudas sobre la parte en que debe ejercerse la servidumbre, se atenderá al título de la constitución, así como á la situación de los inmuebles, clases de servidumbres y costumbres del lugar para decidir la cuestión. — Comp. DEMOLOMBE, XII, 743.

Siguiendo estos principios se puede decidir que la servidumbre establecida por un propietario condicional ó con dominio resoluble, es válida mientras el dominio no se resuelva, y queda firme, si el dominio se adquiere irrevocablemente. — Comp. AUBRY y RAU, § 250, texto á la nota 3.—Véanse arts. 2504, 2683 y 2985.

---

división ha comenzado. Es preciso ante todo, averiguar si la constitución de la servidumbre es anterior ó posterior á la indivisión, porque cuando se trata del establecimiento de una servidumbre, la resolución es diferente á cuando se trata de la conservación de una servidumbre ya establecida.

Cuando se trata del establecimiento de una servidumbre, la regla de que no hay servidumbre en cosas propias, combinada con el carácter de individualidad de que son afectas todas las servidumbres, produce esta consecuencia que no se puede adquirir ni para el fundo propio una servidumbre á cargo de un fundo del cual es co-propietario pro indiviso, ni para el fundo que se posee pro indiviso, una servidumbre á cargo de su propio fundo.

La razón es, que cuando es uno co-propietario del uno ó del otro fundo, no podría haber servidumbre sino sobre una porción indivisa, lo que fundadamente es imposible porque la servidumbre, siendo indivisible no se adquiere por una porción indivisible. L. 8, Tít. 1, Lib. 8, Dig. — Véase Molitor, *Servidumbres,* n° 11.—Pardessus, n° 17.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2986.—L. 6, Tít. 4, Lib. 8, Dig.—Toullier, tom. 3, n° 573.—Duranton, tom. 5, n° 544. — Demolombe, tom. 12, n° 742, Cód. de Luisiana, art. 735.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

(extraño) *que llega á ser el propietario de las otras porciones por efecto de la licitación, este tercero está obligado como su vendedor á sufrir el ejercicio de la servidumbre* (**art. 2987**), porque se

---

(**Art. 2987.**) De cualquier modo que el co-propietario, que ha establecido la servidumbre enajene su parte, sea por transacción, permuta, etc. al tercer adquirente, éste tiene las mismas obligaciones respecto á la servidumbre constituida.

La licitación en vez de borrar el derecho viene á darle una nueva fuerza. Cuando la enajenación se hizo á uno de los condóminos y viene á ser propietario por el resultado de la partición, es necesario distinguir, como lo hicimos en el art. 2683; si se le adjudicó la cosa por la parte del condómino enajenante, soportará la servidumbre; no así en caso contrario. Si suponemos que el condómino ha obtenido la cosa por licitación, ¿tendrá obligación de soportar la servidumbre? Toullier, III, 573, de donde fué tomado el artículo, no deja la menor duda cuando dice: «la constitución de la servidumbre se desvanecería si los otros co-propietarios hicieran juzgar que la *herencia* era indivisible y procediesen á la licitación. No teniendo culpa el que había concedido la servidumbre, no estaría obligado sino á devolver el precio, pero si por consecuencia de la licitación viniese á ser el único propietario, la servidumbre subsistiría; porque el efecto de la licitación lo haría considerar como que ha sido el único propietario. Si el que ha establecido la servidumbre vende su porción indivisa á un tercero que viene á ser propietario de las otras porciones, por el efecto de la licitación, este tercero está obligado como su vendedor á sufrir el ejercicio de la servidumbre». Estos principios se explican y comprenden tratándose de *herederos*, como el autor expresa, y adquiriéndose la cosa en virtud de un título hereditario, pero no en los casos de comunidad proveniente de contrato. Pothier, XVII, tít. 13, nº 6, enseña, que cuando de tres comuneros dos han constituído una servidumbre, y antes de que el tercero hubiera dado su consentimiento, enajenaren su parte indivisa á otro, sin obligarlo á respetar la enajenación, ese adquirente podría impedir el ejercicio de la servidumbre, y el tercer co-propietario no tendría derecho á aceptar la servidumbre impuesta por los otros co-propietarios, sin el consentimiento del nuevo adquirente; lo que sucedería aun por nuestra legislación, si el derecho del adquirente de la servidumbre no estuviera anotado en el registro de la propiedad.— Comp. Cód. de Luisiana, art. 738. Pardessus, II, 250.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2987.—Cód. de Luisiana, art. 738.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

encuentra en el mismo caso que su enajenante, quien no ha podido, por la enajenación, libertarse de las obligaciones que pesaban sobre su parte.

La servidumbre puede establecerse por el que no sea propietario de la cosa, en una forma condicional, para cuando llegara á adquirirla, ó puede obligarse á adquirirla y constituir la servidumbre, en cuyo caso deberá los daños y perjuicios si no cumpliera con lo estipulado; así, aunque en principio general *una servidumbre no puede ser establecida sino por el propietario de la heredad que debe ser gravada, pero el que no sea propietario de la heredad puede obligarse á establecer la servidumbre* (para) *cuando lo sea* (**art. 2989**).

La servidumbre puede constituirse á beneficio de un inmueble futuro ó que sólo se va á adquirir, ó consistente en una utilidad futura, como la de llevar agua que aun no se ha descubierto, pero que pretende descubrirse (**art. 3001**).

(**Art. 2989.**) Siendo la servidumbre una desmembración de la propiedad, es lógico que solo pueda establecerla el propietario, pero en nada se opone á que tenga derecho á imponerla para cuando llegare á ser propietario, lo que tendrá lugar, cuando el constituyente tenga esperanzas de adquirir la propiedad. Este principio se aplicará con mayor razón si el constituyente fuere co-heredero ó condómino en la propiedad, pues tiene la probabilidad de ser propietario por la división ó licitación.

El caso del artículo es una aplicación del anterior, porque la servidumbre se constituye para que tenga su efecto, cuando el constituyente llegare á ser propietario. Cuando no se hubiere determinado tiempo ni acontecimiento para la condición, ¿se reputará esta cumplida en cualquier época y por cualquier causa en que llegare á ser propietario? Será una cuestión de hechos que se resolverá según los casos, investigando la intención de los contratantes.—Comp. AUBRY y RAU, § 230, texto á la nota 2. TOULLIER, III, 578.—Véanse arts. 1178, 2513, 2683, 2985 y 2986.

(**Art. 3001.**) Freitas, art. 4761, coloca estas servidumbres como constituídas bajo condición suspensiva para el comienzo de su ejercicio, porque no pueden ejercerse hasta que el inmueble no exista; pero eso

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2989. — Toullier, tom. 3, n° 578.—Pardessus, tom. 2, n° 261.—Aubry y Rau, § 250. n° 3.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La servidumbre sólo limita ciertos derechos del propietario, dejándolo en completa libertad de acción para desmembrar la propiedad en lo demás, por eso, *la servidumbre impuesta á una heredad, no priva al propietario de establecer otras servidumbres en la misma heredad, siempre que ellas no perjudiquen á las antiguas* (**art. 2991**), porque el derecho del dueño del predio dominante

---

no las anulará, porque han sido adquiridas perfectamente y si no pueden ejercerse al presente lo serán en el porvenir, y aun podrán enajenarse. Así, el que ha adquirido la servidumbre de vistas, porque piensa hacer una construcción que no se realiza, puede enajenar esa servidumbre al que le compre el terreno. El que ha adquirido una servidumbre en favor de un inmueble que piensa adquirir, si no lo adquiere no por eso la servidumbre se desvanece, pues que puede enajenarla al dueño del inmueble, en cuyo favor se constituyó, porque no es una servidumbre condicional como algunos creen, su ejercicio sólo está sujeto á la adquisición del inmueble, y en caso de no tenerlo, puede enajenarla. Si he adquirido la servidumbre de paso y no puedo ejercerla porque no he podido comprar, ni obtener la servidumbre del inmueble intermedio que me separa del sirviente, no podré ejercerla, es cierto, pero eso no me impedirá enajenarla al dueño del inmueble inmediato; no hay pues, en estos casos, una promesa de servidumbre, sino una verdadera adquisición que está suspensa en su ejercicio hasta que se llenen ciertas condiciones, pero que en nada se altera el derecho adquirido por la circunstancia de no ejercerlo.—Véanse arts. 1168, 2889, 2988 y 3005.

(**Art. 2991.**) Por el hecho de haber constituido una servidumbre sobre su inmueble, el propietario no se ha privado de establecer otras nuevas, sean de la misma especie ó diferentes, para ser ejercidas al mismo tiempo ó separadamente; el único límite que tiene este derecho es el de que las servidumbres nuevamente constituidas no perjudiquen á las antiguas; porque el propietario no puede hacer cosa alguna que disminuya el uso ó haga más incómodo el derecho constituido antes. ¿Cuándo y en qué casos perjudicarán á las antiguas? Serán cuestiones de hecho que se resolverán según las circunstancias.

Téngase presente que el perjuicio debe ser al ejercicio del derecho, y no á los que pudieran causarse con ocasión de la competencia, que sin

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3001.—Pardessus, nos 14 y 50.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

se reduce á exigir que no se le disminuya, ni se altere el que ha adquirido.

Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción á la libertad de los otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo; pero si ella no procura alguna ventaja á aquél á cuyo favor se establece, es de ningún valor (**art. 3000**); á diferencia del usufructo que se puede consti-

---

molestarlo en su ejercicio lo perjudicase en sus negocios.—Comp. AUBRY y RAU, § 250, texto, nota 6. DEMOLOMBE, XII, 747. TOULLIER, III, 568 y 569.—Véanse arts. 2802, 3039, 3040, 3103 y 3106.

(**Art. 3000.**) La regla es sumamente peligrosa y creará dificultades y pleitos. Eso de que la servidumbre constituída será nula, cuando no procure ventajas al fundo ó á la persona en favor de la que se constituyó, es lanzarnos en cada caso á discutir la utilidad del derecho que uno ha adquirido. Más sabia es la regla del derecho romano que reconoce el derecho de imponer una servidumbre, aunque no fuera útil; así, dice Labeon en la l. 19, tít, 1, lib. 8, Dig.: «pienso que el que vende su fundo puede imponerle una servidumbre aunque no le sea útil». Y el fundamento que el Dr. Velez-Sarsfield da en la nota, es la ley 15, tít. 1, lib. 8. Dig., que no se refiere precisamente á la utilidad como punto objetivo, sino á que la servidumbre no sea real ni personal, pues dice: «siempre que una servidumbre no sea real ni personal, porque ella no produce ventaja alguna á los vecinos, es nula; por ejemplo: si os impongo la servidumbre de no andar sobre vuestro fundo, de no permanecer en él, ó si me concedéis que no os serviréis del derecho de gozar de vuestro fundo, estas convenciones serían nulas. No sería así, si os obligáis á no sacar agua en vuestra heredad, para no disminuir el agua de la mía».

Los jueces deben restringir el derecho de anular una servidumbre, partiendo del principio de que el que la ha creado en su favor es porque tiene una mira en beneficiar con ella. Así, la ley 19, cit. nos presenta un ejemplo, al suponer que el dueño del fundo dominante no tenga interés ni utilidad en conducir el agua por el fundo sirviente, porque ya la tenga, y sin embargo la declara válida: *quædam en im habere possumus, quanvis ea nobis utilia non sunt;* porque se puede tener ciertas cosas

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2991. — Demolombe, tom. 12, nº 737.— Aubry y Rauy, § 250.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2991.—Véase LI, 282.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tuir aún sobre cosas que no produzcan utilidad alguna, lo que prueba que no es una servidumbre.

Por principio general *los que pueden establecer servidumbres en sus heredades, pueden adquirirlas; pero los que no gocen de sus derechos como los menores, aunque no puedan establecer servidumbres, pueden adquirirlas* (**art. 3012**).

Pueden también adquirir servidumbres reales en favor de un inmueble: 1°, *el que toma la calidad de propietario, y goza como*

---

aunque no se saque ventaja alguna. ¿Por qué iríamos á investigar la utilidad que proporciona un derecho? Freitas, art. 4760, dice con más razón: «se pueden establecer servidumbres, cualquiera que sea la restricción que de ella resulte á la libertad de los otros derechos reales sobre inmuebles»; la última parte de nuestro artículo nos parece opuesta á los principios generales del derecho, y no la encontramos justificada.

(**Art. 3012.**) La segunda parte del artículo se debe aceptar con las restricciones propias á los contratos; el menor impúber, que no tiene voluntad, no puede celebrar el contrato para adquirir la servidumbre, porque no hay contrato sin voluntad; pero como el art. 1164 sólo da derecho al incapaz para atacarlo, resultará que quedará subsistente mientras no lo anulasen; pero jurídicamente la proposición absoluta es falsa, aunque se enseñe lo contrario.

La expresión de los que no gozan de sus derechos, tomada del Cód. de Luisiana, art. 755, no es propia, porque se refiere á los que no pueden obrar, por ser incapaces y que sin embargo gozan de sus derechos como los demás. Así, los menores, las mujeres casadas sin autorización marital, los interdictos, gozan de sus derechos, si bien no pueden ejercerlos personalmente. En cuanto á los que ejercen los derechos de otros, como los administradores y tutores, los padres por sus hijos, pueden adquirir servidumbre para los inmuebles que administran, pues aumentan el valor del fundo.—Comp. TOULLIER, III, 575. CÓD. DE LUISIANA, l. c.—Véanse arts. 2392 á 2399 y 2979.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3000. — La L. 15, Tít. 1, Lib. 8, Dig., dice: *Quoties nec hominum nec prediorum servitutes sunt, quia nihil vecinorum interest, non valet, veluti nec per fundum tuum eas, aut tibi consistad.*—Pardessus, *Servidumbres,* n° 13.—Molitor, *Servidumbres,* n° 10.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3012.—Cód. de Luisiana, art. 775, y L. 10, Tít. 33, Part. 7ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tal de la heredad, sea de buena ó mala fe (**art. 3013**, 1ª parte), porque puede mejorar la condición del fundo, sin perjuicio de que el verdadero propietario la rechazare; 2°, *el que obra á nombre del propietario de un inmueble, aunque no tenga mandato, puede adquirir servidumbres reales, y la persona que las ha concedido, no puede revocar su consentimiento* (**art. 3013**, 2.ª parte); *en todos los*

(**Art. 3013.**) Son casos diferentes de los legislados en los arts. 2984 y 3016, aunque algunos los hayan confundido. Aquí el adquirente de la servidumbre obra como propietario, sea inquilino, usufructuario, usuario ó poseedor de mala fe, y contrata como tal, ó toma el nombre del propietario y obra como si fuera mandatario, de modo que en uno y otro caso ha ligado válidamente al dueño del fundo sirviente; mientras en el art. 2984 obraba como usufructuario anunciando que estipulaba por sí y para el nudo propietario, si éste aceptase la estipulación; por esa razón se exigía necesariamente la aceptación; en el art. 3016 el usufructuario declara obrar por el propietario al adquirir la servidumbre, ó la adquiere para él y los que le sucedan en el inmueble, y en estos casos se considera como adquirida definitivamente.

Se puede, pues, establecer: 1°, que cuando el usufructuario adquiere una servidumbre en su calidad de tal, ésta se extingue con su derecho; 2°, que cuando la adquiere para sí y para el nudo propietario, si éste la aceptara, necesita de la aceptación; 3°, que cuando obró por el propietario ó la adquirió para todos los que poseyeran el inmueble, la servidumbre queda adquirida; 4°, que cuando ejecutó el acto como propietario, aunque no lo fuera, la servidumbre se adquiere; 5°, que cuando procedió como mandatario del propietario, sin serlo, también queda adquirida.

Como se trata de una adquisición que aumenta el valor de la cosa, cualquiera puede estipularla, salvo el derecho del propietario del fundo dominante para rechazarla ó renunciarla.

En cuanto á la indemnización que se le deba pagar por la adquisición de la servidumbre, cuando el propietario del fundo quiere aprovecharse de ella, se debe distinguir: si era poseedor de buena fe, se reglará por las disposiciones de los arts. 2427 á 2429; y si es de mala fe, por las del art. 2441; si obró en nombre del propietario, no se aplicarán los arts. 2298 á 2305, aunque sea gestor de negocios; porque en los casos del presente artículo éste puede renunciar á la servidumbre libertándose de toda obligación.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 756. Toullier, III, 576. Demolombe, XII, 760.—Véanse arts. 2302, 2984 y 3060.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

casos de los dos artículos anteriores, si los propietarios cuyos negocios se han hecho, encuentran oneroso el establecimiento de la servidumbre, pueden renunciar á ejercerla, renunciando á la servidumbre (**art. 3014**); 3°, *uno de los condóminos de un fundo indi-*

(**Art. 3014.**) El artículo es terminante al conceder al dueño del fundo el derecho de no ejercer la servidumbre, derecho fundado en la naturaleza de las cosas, pues nadie puede obligar á otro á aceptar un contrato, aunque no deba pagar lo que ese tercero ha gastado; es decir, aunque sea á título gratuito. Cuando es un tercero el que la adquirió á nombre y en representación del propietario, sin poder ni mandato, ¿se considerará como un gestor de negocios, y se le aplicarán los arts. 2297 y 2298? No lo creo, pues siempre el propietario puede renunciar á la servidumbre, si la creyere onerosa, y en caso de aceptarla se considerará recién, al que la adquirió, como á gestor de negocios.

Cuando el propietario, haciendo uso de su derecho, no ejerciere la servidumbre adquirida por haberla renunciado, ¿tendrá derecho el tercer adquirente para demandar el precio pagado al enajenante? No lo creo, porque el contrato ha sido válidamente hecho y no puede disolverse porque una de las partes no quiera aceptar la servidumbre. Otra cosa sería, cuando el dueño del inmueble, adquirente de la servidumbre hubiera sido incapaz, y el contrato no fuera ratificado; en ese caso, declarándose nulo, tendría que devolver el enajenante lo recibido; pero si á su vez, él hubiera sido incapaz como el adquirente, sólo devolvería aquello en que se hubiera enriquecido.

El Cód. de Luisiana, art. 757, de donde fué tomado el nuestro, se refiere á los casos en que los adquirentes de la servidumbre fueren menores, mujeres casadas sin autorización, ó los propietarios cuyos negocios se han administrado, que pueden anular ó rehusar ejecutarla, renunciando á la servidumbre.—Comp. TOULLIER, III, 576, fuente del Cód. de LUISIANA.

El caso último del art. 3013 es de gestión de negocios, pero obedece á la disposición especial del presente artículo, que no está exento de crítica, pues establece una excepción que no se justifica, sino en consideración á la libertad de que debemos rodear á todo propietario. — Véanse arts. 872, 2984, 3015 y 3016.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3013.—Cód. de Luisiana, art. 756, porque no es á la persona, sino al fundo, al que se ha concedido la servidumbre.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3014.—Cód. de Luisiana, art. 757.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

viso, puede estipular una servidumbre á beneficio del predio común; mas los otros condóminos pueden rehusar de aprovechar de ella (rehusar aprovecharse). *El que la ha concedido no puede substraerse á la obligación contraída* (**art. 3015**).

§ 827. — Cuándo la servidumbre se considera constituida por título

La servidumbre se considera constituida por título, cuando ha sido el resultado de un contrato hecho en escritura pública ó de un testamento, ó por un acto de reconocimiento del propietario del fundo sirviente, ó cuando hubiere pleito y la sentencia ejecutoriada la reconociera. Así pues, *el establecimiento de una servidumbre constituida por un título, puede ser probada por el acto original que demuestre su constitución* (escritura de contrato ó testamento), *ó por un acto ejecutado por el propietario del fundo sirviente que lo fuese á ese tiempo, sin necesidad que el acto de reconocimiento*

(**Art. 3015.**) Se dijo que uno de los condóminos no podía constituir una servidumbre á cargo del fundo, sin el consentimiento de los demás, pero no tenía derecho para oponerse al ejercicio cuando la hubiere constituído, y que si por el resultado de la partición ó licitación venía á adquirir la totalidad del inmueble, la servidumbre quedaba definitivamente constituída. El presente artículo autoriza á uno de los condóminos para adquirirla en favor del fundo común, sin el consentimiento de los demás, que pueden rehusar el aprovecharse de ella, y por consiguiente, no estarán obligados á pagar lo que les correspondiese. Como el contrato se ha realizado entre personas capaces, ninguna de ellas puede substraerse á las obligaciones contraídas. El condómino adquirente podrá usar de la servidumbre en su totalidad, sin que pueda oponerse el enajenante; los únicos que podrán limitar este derecho á la parte que tuviere, serán los demás condóminos. Cuando aceptaren la servidumbre deberán abonar la parte que les correspondiese en proporción á la que tuviesen en el inmueble, los que quisieran servirse de ella. Si el derecho concedido fuera una facultad personal al adquirente, los demás no podrán adquirirla.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 759. Demolombe, XII, 761.—Véanse arts. 2680 á 2683, 2983 á 2986 y 3014.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

hubiese sido aceptado por el propietario de la heredad dominante, ó por una sentencia ejecutoriada (**art. 2993**).

Hay casos en que las servidumbres constituidas por el destino del padre de familia se consideran como si fueran establecidas por título, porque la ley ha querido darles su sanción legal, cuando la voluntad del constituyente resulta clara y evidente; así, *cuando el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado la una respecto á la otra con servidumbres continuas y aparentes, y haga des-*

(**Art. 2993.**) La prueba de la constitución de la servidumbre debe darse por título; es decir, por escritura pública, cuando se constituyó por contrato; por instrumento público si lo fué por testamento, y también por instrumento privado, pero sólo tendrá efecto contra el constituyente y sus herederos. Cuando se pruebe por el reconocimiento que el propietario del fundo sirviente ha hecho de los derechos del fundo dominante, no se necesita aceptación, porque es un acto unilateral que se refiere á un contrato anterior cuyo título se ha extraviado. Se reconoce un derecho que otro se atribuye. Ese reconocimiento puede encerrar la verdadera constitución, porque la servidumbre pudo no haber existido, y en ese caso, como á nadie perjudica, se ha aceptado como título; pero se ha olvidado que se perjudican los derechos fiscales suprimiendo un contrato. Así, la servidumbre que debía tener siempre por origen un contrato ó un testamento, puede constituirse por excepción, por un simple reconocimiento, lo que no me parece justo.

El art. 1337, Cód. Francés, dice: los actos de reconocimiento no dispensan de la presentación del título primordial, á menos que su tenor sea especialmente relatado en él; lo que me parece justo, y en ese sentido debería reformarse nuestro artículo. Pero debemos decir, que el acto del reconocimiento no puede perjudicar á los terceros que hubieran adquirido derechos anteriores sobre el inmueble. Algunos han sacado la consecuencia de que no siendo necesaria la aceptación del dueño del predio sirviente, en el acto del reconocimiento, tampoco debía serlo cuando se hubiere constituido por donación; lo que es un error, como lo demostré en el artículo anterior.—Comp. AUBRY y RAU, § 250, nº 5. GOYENA, art. 539. DEMOLOMBE, XII, 757 y 757, *bis*. MARCADÉ, al art. 1356.—Véanse arts. 946, 2798, 2994, 2995 y 3047.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2993.— Marcadé, sobre el art. 1356, nº 2. —Demolombe, tom. 12, nº 757 bis.—Aubry y Rau, § 250.—Cód. Francés, art. 695. —Napolitano, 616—De Luisiana, 766.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pués una desmembración de ellas, sin cambiar el estado de los lugares, y sin que el contrato tenga convención alguna respecto á la servidumbre; se juzgará á ésta constituida como si fuese por título (**art. 2994**), porque la continuación y la apariencia, así como la

---

(**Art. 2994.**) Para la constitución de la servidumbre por el *destino del padre de familia*, es necesario: 1°, que las heredades pertenezcan á una misma persona; 2°, que las servidumbres sean aparentes y continuas, porque las discontinuas no pueden ser establecidas por este solo medio; 3°, que no se haya cambiado el estado de los lugares; 4°, que en el contrato nada se diga respecto á la servidumbre. Respecto de lo primero, es condición esencial, según la definición del art. 2978, que las heredades pertenezcan en propiedad á la misma persona, porque si las tuviera en usufructo, no pudiendo disponer de la propiedad, sino de los frutos, no habría podido crearlas; si fuera propietario de una y usufructuario de la otra, aunque puede constituir servidumbre sobre su propiedad, no se reputaría tal la constituida para su comodidad, porque necesitaría el consentimiento del nudo propietario. La 2ª es de ley, debe ser *aparente y continua* porque el art. 2997 dice expresamente, que no pueden constituirse por este medio las discontinuas. La 3ª es también esencial, porque si ha cambiado el estado de los lugares al hacer la separación de las propiedades, de modo que la servidumbre no pudiera continuar, no habría tal servidumbre. Finalmente, la 4ª condición es también esencial, porque si hubiere un pacto cualquiera respecto á la servidumbre, ésta no se habría constituido por el destino del padre de familia, sino por título. Hemos marcado especialmente los caracteres constitutivos de esta servidumbre, para que no se confundan con la de que habla el artículo siguiente que ha dado lugar á críticas infundadas, en mi opinión, y á defensas poco satisfactorias.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2994.—Cód. Francés, art. 692 y 693.—Italiano, 632.—Marcadé, sobre dichos artículos.—Aubry y Rau, § 252.—Pardessus, *Servidumbres*, n° 288.—Este modo de constituir una servidumbre se llama *destino del padre de familia*, que es la disposición ó el arreglo que el propietario de varios fundos ha hecho, ó cuando las causas son muy antiguas, ha dejado subsistir por un uso respectivo. L. 33, Tít. 3, Lib. 8, Dig. Este arreglo debe ser el resultado de signos permanentes; sin ser así no se podría inducir la voluntad de crear una verdadera servidumbre de un fundo respecto del otro. Si después estos fundos vienen á pertenecer á dueños diferentes, sea por enajenación, sea por partición entre los herederos, el servicio que el uno obtenía del otro por simple destino del padre de familia, cuando ellas le pertenecían, se convierte en una servidumbre. Se comprende bien que el estado de los lugares no

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

no alteración de los lugares, viene á formar un verdadero título que confirma el silencio del nuevo contrato.

Pero cuando la servidumbre existía proveniente de un título, y el propietario del fundo sirviente ha adquirido el dominante ó viceversa, dice el **art. 2995**; *si el propietario de dos heredades*

(**Art. 2995.**) ¿Existe alguna diferencia entre este artículo y el anterior? Creo que sí, porque en caso contrario resultaría inútil, conclusión á la que no le es permitido llegar al comentador. La filiación del artículo se encuentra en el art. 694 del Cód. Francés, que ha sido motivo de largas controversias para armonizarlos con los 692 y 693 del mismo Código. Nuestro Código, siguiendo al francés, no admite la constitución de las servidumbres por el destino del padre de familia, sino cuando son *continuas y aparentes*. ¿Por qué exige entonces en el presente, que sea sólo *aparente?* Porque no es el mismo caso, se trata de servidumbres que han sido constituidas por título, y que por la reunión de las propiedades en una sola persona han dejado de ser consideradas como tales, porque nadie puede tener servidumbre sobre sus propias cosas; pero que una vez separadas las propiedades vuelven á *continuar* las servidumbres, cuando hubiere signo aparente y nada se hubiera dicho en contrario en el contrato; y esta interpretación está confirmada por la última parte del art. 3057. Las palabras esta *continúa* existiendo, se refieren á una servidumbre que ha existido y se ha extinguido por la confusión, y vuelve á renacer, porque en realidad no hubo extinción, sino suspensión. Si no hubiere signo *aparente* de la servidumbre, como nada se dice en el contrato, ninguno de los adquirentes tendría derechos para hacer revivir las servidumbres que hubieran existido.

Cinco sistemas se han propuesto en derecho francés para conciliar los arts. 692 y 693 con el 694, y nuestro Código ha aceptado indudablemente el enseñado por Zachariæ, Troplong, Pardessus, Marcadé, Fremonville, etc., y otros. Demolombe explica, á mi juicio, la teoría, aunque separándose del común sentir de los autores, pero está dentro de la aceptada por el Código. Conviene transcribir las palabras de Mr. Albisson, pronunciadas ante el Tribunado al presentar y explicar los arts. 693 y 694: «El propietario de dos heredades, dice, de las que la una antes de

---

debe ser una distribución pasajera y sólo al objeto de una comodidad momentánea, para valer como título á fin de considerar ese estado de los lugares como una servidumbre, debida por un fundo al otro.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2994.—Véase el fallo al art. 2975. —XXVII, 461.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre de la una á la otra, dispone de una de ellas, sin que el contrato contenga ninguna convención relativa á la servidumbre, ésta continúa existiendo activa ó pasivamente en favor del fundo enajenado, ó sobre

---

reunirse en sus manos debía un servicio á la otra, viene á disponer de la una ó de la otra, sin que se haga mención de las servidumbres en el acto de la enajenación. La servidumbre activa ó pasiva continúa existiendo. Se podría oponer y se oponía en efecto, que extinguiéndose la servidumbre, cuando el fundo que la debe y aquel á quien se la debe, se han reunido en la misma mano, era indispensable para la conservación de ellas que hubiera sido reservada expresamente en el acto de la enajenación; pero no se preveía el caso en que la cosa *hablando por sí misma,* no fuera necesaria la reserva, y á este caso el proyecto prevé sabiamente. Así, en la especie puesta, si la cosa habla por sí misma, es decir, como lo dice el proyecto: si existe entre las dos propiedades un signo aparente de servidumbre, el silencio de los contratantes no impedirá que ella continúe existiendo activa ó pasivamente en favor del fundo enajenado ó en contra de él.» LOCRÉ, VIII, pág. 395.

Demolombe, XII, 281, no está conforme con esta conclusión y piensa que se debe raciocinar de esta manera: «si el estado respectivo de las heredades era tal, que en el momento de su separación constituyera una servidumbre continua y aparente, esto bastaria; pero si al contrario, no hubiera entre ellas sino un signo *aparente* de servidumbre, este destino no bastaría, sería necesario además que el contrato por el que se ha operado la separación, *no contenga convención alguna relativa* á la servidumbre». Esta manera de raciocinar no contraría la doctrina del artículo, y por el contrario la explica, considerándola bajo otra faz, que no se opone á la exposición de Albisson. Esta expresión ha sido consignada exactamente en este artículo y el art. 2994 la contiene, condición que faltaba al art. 692 del francés. Así, el caso del presente artículo se refiere á la servidumbre constituida por contrato y que viene á extinguirse por la confusión, volviendo á renacer (cuando hay signo aparente) por la división de las propiedades, si nada se dijo en el contrato; mientras el artículo anterior se refiere al caso en que no hubiera título alguno (siendo constituida por el destino del padre de familia) y es necesario que sea aparente y continua para que pueda subsistir, cuando nada se dijo en el contrato.

En cuanto á la interpretación que distingue los diferentes modos como se puede operar la separación, aplicando el art. 692 del Francés,

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

el fundo enajenado, porque en ese caso la apariencia y el título anterior bastan para darle la existencia primitiva, ante el silencio del nuevo contrato.

Las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes ó no aparentes no pueden establecerse sino

---

cuando ésta ha tenido lugar por enajenación ó disposición, y el art. 694 cuando se hace por partición, enseñada por Pardessus y Sacaze, no puede aceptarse entre nosotros, porque el art. 2996 dice expresamente, que el destino dado por el propietario á los dos inmuebles es independiente de la causa que haya motivado la separación, sea ésta el resultado de una *partición* ó de una *enajenación*, de modo que no podemos referirnos á ella, desde que es lo mismo en uno y otro caso.

Y me he detenido en este artículo, porque el Dr. Segovia ha sostenido en sus dos obras, que no había diferencia entre el art. 2994 y el presente; el Dr. Llerena, sosteniendo lo contrario, da al artículo una interpretación inaceptable. Sostienen la interpretación que damos, ZACHARIÆ, § 337. DUVERGIER, II, 614. MARCADÉ al art. 694. MASSÉ y VERGER sobre ZACHARIÆ, § 337, nota 10. MERLIN, *Rep. V° Servidumbre*, § 19.

En resumen: el artículo habla de las servidumbres establecidas antes que el propietario viniera á ser dueño del predio sirviente y dominante; no son servidumbres constituídas por el destino del padre de familia, y por esa razón basta que exista un signo *aparente*, aunque la servidumbre no sea continua para que reaparezca, cuando se separen las dos propiedades; porque la extinción ha sido momentánea; pero cuando es constituída por el destino del padre de familia, es necesario para que subsistan que sean *aparentes y continuas*, porque la continuidad y la apariencia vienen á servir de único título; mientras en la otra hipótesis como habían sido establecidas de antemano, bastaba la apariencia.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2995.—Cód. Francés, art. 694.—Por Derecho Romano y de las Partidas, la conjunción ó reunión de dos predios en una misma persona, extinguía de tal modo la servidumbre, que enajenándose después uno de ellos, no revivía á menos de pactarse especialmente. — L. 17, Tít. 31, Part. 3ª.—L. 30, Tít. 2, Lib. 8, Dig., y L. 10, Dig., *Com. Pred.*—Sacaze ha escrito una excelente memoria sobre el establecimiento tácito de las servidumbres, que se halla en la *Revista de Legislación*, Wolowski, año 1851, tom. 3, pág. 247, en la que expone los fundamentos de los artículos que ponemos sobre la materia.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2995.—Véase el fallo al art. 2975. —XXVII, 461.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

por títulos. La posesión aunque sea inmemorial, no basta para establecerlas (**art. 3017**, 2ª parte), porque falta el principal ele-

---

(**Art. 3017.**) La primera parte es exactamente el art. 690 del Código Francés, y á los que dicen, que las servidumbres como cosas incorporales no pueden poseerse, les contestaríamos con Demolombe; que las cosas incorporales pueden ser objeto de una especie de posesión, que consiste en el goce del derecho; por eso es que la ley las hace susceptibles de prescripción, de otro modo no habría prescripción adquisitiva, art. 2977.

La servidumbre se adquiere por título como el dominio de que forma parte, pues es una desmembración de él, y por la posesión de 30 años, sólo cuando la servidumbre es continua y aparente; estas dos condiciones son esenciales para adquirir por la posesión.

La posesión de la servidumbre aparente y continua que consiste en el goce del derecho, debe tener todos los caracteres de la prescripción; es decir, continua y no interrumpida, tranquila, pública, no equívoca y á título de propietario.

Es necesario que la posición se pueda oponer al propietario, porque contra él hubieran tenido lugar los hechos, pues en caso contrario, no podría adquirirse, desde que la tolerancia del poseedor precario no puede autorizarla; pero el usufructuario que la consintió la hace adquirir, respondiendo al propietario, art. 2893.

La prescripción comenzada contra el propietario corre contra sus herederos, pero como es indivisible, la interrupción de uno de ellos aprovecha á los otros, y la suspensión en favor de uno aprovechará á los demás; esto mismo sucederá cuando sean varios los que poseen la cosa pro-indiviso. En caso la prescripción hubiera estado suspendida, porque uno de los condóminos fuera menor de edad, si por el resultado de la partición la cosa fuera adquirida por uno de los mayores, este podría prevalerse de la suspensión, art. 3062.

La prescripción adquisitiva comienza desde que la servidumbre continua viene á ser aparente, y es indiferente que las obras necesarias para hacer la aparente sean practicadas en el fundo sirviente ó en el dominante, así como lo será la de las personas que la hubiesen hecho, sean los propietarios ú otros; porque no se trata de un contrato sino de un hecho, y el objeto no es imponer la servidumbre sino adquirirla. La intención que se ha tenido al ejecutar las obras, tampoco se debe tomar en cuenta, porque se examina el hecho que la establece, sin averiguar si se quiso ó no favorecer al fundo sirviente.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

mento para adquirirlas, que es la posesión constante que no se puede tener en las discontinuas, y la posesión pública en las continuas no aparentes.

§ 828.—De las servidumbres constituidas por el destino del padre de familia

El propietario de una heredad puede hacer servir una parte de ella en beneficio de la otra, ó si posee dos heredades puede ha-

---

La posesión de la servidumbre no debe ser á título de simple tolerancia; es decir, de un permiso concedido, porque en ese caso no se ha gozado de ella á título de dominio, sino por mera complacencia; pero si acordado el permiso, el dueño del predio dominante lo negare al mismo propietario, cambiarían el origen de su posesión y desde ese instante principiaría á prescribir. Los herederos del que usaba de la servidumbre por simple tolerancia, ó aquel que compró el inmueble dominante, ¿pueden alegar la prescripción? Los primeros no, porque son el mismo causante, pero sí los segundos, alegando la propia posesión, sin que puedan unirla con la de su antecesor, que es precaria.

Si el usufructuario ha adquirido la servidumbre durante el ejercicio de su derecho, ella no desaparece por la cesación del usufructo, porque aquí no se trata de un contrato resoluble, sino de la adquisición perfecta de un derecho en favor de un inmueble, en virtud de actos sucesivos, y devuelve la propiedad al dueño en las condiciones en que se encuentra. Hay una diferencia fundamental entre el que enajena una servidumbre al usufructuario, sabiendo que el usufructo tiene un término, con el caso del propietario que la soporta durante 30 años, sabiendo que el fundo dominante la adquiere pasado ese término.

Marcadé, II, 653, opina que las reglas generales de la prescripción de los inmuebles no deben aplicarse en este caso; es decir, que no hay prescripción con título por diez ó veinte años, pues, dice claramente que las servidumbres se adquieren por el título ó por la posesión de 30 años y no por la prescripción; así es que deben aplicarse las reglas de la posesión. Así, agrega: aquel que por títulos se haya hecho constituir una servidumbre por una persona, que creía ser, pero que no era el propietario del fundo sirviente, y que la hubiera ejercido durante 10 ó 20 años no habría adquirido esa servidumbre á pesar de su título y de su buena fe. Duranton, V, 593, sostiene la negativa, y hace decir al artículo que

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cer que la una sirva á la otra; ese servicio no puede ser considerado como una servidumbre, porque nadie tiene servidumbre sobre sus propias cosas; pero cuando la propiedad ó propiedades vienen á dividirse, el servicio que la una prestaba á la otra se constituye en servidumbre, cuando así se hubieran enajenado, ó cuando siendo aparentes y continuas no se haya cambiado el estado de los lugares.

En la servidumbre, *el efecto del destino dado por el propietario á los dos inmuebles, es independiente de la causa que haya motivado la separación, sea ésta el resultado de una partición ó de una*

---

las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por título ó por prescripción, cuando expresamente dice por la posesión de 30 años. Demolombe, XII, 781, demuestra con claridad lo enseñado por Marcadé, que antes lo había sido por Toullier, Massé y Verger sobre Zachariæ y la jurisprudencia francesa. Todo esto no quiere decir que la servidumbre no se adquiera por la prescripción de 30 años, sino que no hay otra prescripción, pues el Dr. Velez-Sarsfield así lo dice en la nota 2975. — Véanse arts. 2975, 2976, 2978, 2997, 4015, 4019, nº 4 y 4051.

Las prescripciones adquiridas antes de la vigencia del Código no pueden ser alteradas por esta disposición.

Se adquieren por título, dice el artículo. ¿Importa esto decir que sólo por instrumento se deben adquirir? No lo creo; porque el título en su sentido técnico y científico no es el instrumento, sino el principio generador del derecho; aunque en general se entienda por título un acto escrito. La servidumbre, como desmembración de la propiedad, se encuentra en el mismo caso que ésta, y es claro que se puede adquirir sin acto escrito, por un convenio verbal; pero si pasa del valor de 200 $ deben hacerse por escrito y no pueden ser probadas por testigos, art. 1193. Esto se refiere á la prueba del acto que puede ser más ó menos difícil, no al acto mismo.—Comp. DEMOLOMBE, XII, 730.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3017.—Cód. Francés, arts. 690 y 691.—Italiano, 630—Napolitano, 612—De Luisiana, 761. — Véase Marcadé, sobre los artículos citados del Código Francés.—Troplong, *Prescripción,* desde el nº 856. —Véase L. 10, Tit. 5, Lib. 8, Dig.—LL. 15 y 16, Tit. 31, Part. 3ª.—La L. 15 de Partida, dice: «que las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas se adquieren por una posesión de tiempo inmemorial».

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3017.—Véase el fallo al art, 2975. XXVII, 461.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

enajenación voluntaria ó forzosa, ó por haber perdido por la prescripción la propiedad de uno de ellos (**art. 2996**); teniendo presente que, *las servidumbres discontinuas aunque sean aparentes, no pueden establecerse por el solo destino que hubiere dado á los inmuebles el propietario de ellos* (**art. 2997**).

(**Art. 2996.**) El presente artículo es una prueba de la verdadera interpretación dada al anterior; porque ha venido á resolver lo contrario de lo alegado por Sacaze, á que el Dr. Velez-Sarsfield se refiere en la nota 2995. No hay diferencia entre la *desmembración,* cuando se trata de una sola propiedad, ó la *separación* de las dos propiedades que se habían unido, esta puede hacerse, sea por división ó por venta; y produce el mismo efecto. Así, cuando eran dos las propiedades, y la servidumbre establecida por el destino del padre de familia es *continua y aparente,* sea que se vendan ó dividan, sea que una permanezca en poder del propietario y enajene la otra, ó de cualquier modo que se separen, la servidumbre queda establecida; pero si ha adquirido la propiedad que debía la servidumbre, extinguiéndose esta por haberse reunido en una misma persona, si vinieran á dividirse, sea por contrato ó por partición ó por haber perdido una de ellas por prescripción, bastará que la servidumbre sea *aparente* para que renazca. ¿Qué importa la manera como han venido á separarse los dos inmuebles? Si antes reconocían una servidumbre, que se hubiera extinguido, volvería á renacer si era aparente; si por el contrario, era el mismo dueño que las creó para su comodidad; como no hay título, es necesario que la apariencia y la continuidad le sirvan de tal. Es indiferente que la enajenación sea por título oneroso ó gratuito. Los principios expuestos en el art. 2994 se aplicarán á los casos en que siendo una sola propiedad se divida en dos. — Comp. AUBRY y RAU, § 252 texto, notas 3 á 5. DEMOLOMBE, XII, 814 y 827. FREITAS, art. 4744, nº 1 y 2.

(**Art. 2997.**) La servidumbre constituída por el destino del padre de familia no tiene título y lo forman la *apariencia y la continuidad,* por eso la ley exige necesariamente esas dos condiciones. Así, cuando la servidumbre fuera continua, pero no aparente, no se consideraría como tal; si fuera aparente, pero discontinua, tampoco lo sería. Lo que prueba que cuando se ha constituído antes de la reunión de las dos propiedades, como ha existido un título, bastará que sea aparente y que nada se hu-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 2996. — Demolombe, tom. 12, nº 814. — Aubry y Rau, § 252.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Para que exista la servidumbre constituida por el destino del padre de familia, es de absoluta necesidad que sea continua y aparente, porque si es discontinua no se puede saber si ha quedado extinguida ó si continúa; la apariencia en este caso sólo puede demostrar que ella existía, pero no que continúa.

§ 829. — Cuándo se presumen reales ó personales las servidumbres

Se dijo que las servidumbres suponían siempre dos inmuebles, uno dominante, que recibe el beneficio, y otro que lo presta y se llama sirviente; pero que se podía considerar respecto á la duración del servicio como personal, cuando la persona lo recibe directamente. Así, la servidumbre de paso ó de tránsito que una propiedad adquiere sobre otra puede ser personal ó real según las circunstancias; como la de sacar agua para las necesidades de la propiedad dominante.

Pero es muy difícil encontrar una servidumbre personal sin un fundo á quien aproveche, porque no se comprende, por ejem-

---

biera dicho en el contrato para que se considerase constituída, porque renacería ó volvería á continuar. Por ejemplo, la servidumbre de tránsito aparente y discontinua no puede constituirse por el destino del padre de familia; pero si hubiere estado constituída al reunirse las dos propiedades en una sola persona, bastaría que fuera aparente en el momento en que las propiedades se separaron y nada se hubiera dicho en el contrato, para que continuara. Hay pues un error en creer que la razón de la diferencia entre el art. 2994 y 2995 y el presente se encuentra en que los herederos no pueden interpelar á su causante para conocer su intención; porque no hay intención que averiguar, sino los títulos, que en unos son los signos exteriores de la servidumbre y la continuidad de esta, y en otros los verdaderos títulos constitutivos que quedaron extinguidos momentáneamente y los signos aparentes.—Comp. Aubry y Rau, § 252, texto, después de la nota 6. Demolombe, XII, 72, 815 y 816. Laurent, VIII, 182. — Véanse arts. 2975, 2978, 2994 y 2995.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 2997.—Véase el fallo al art. 2975. —XXVII, 461.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

plo, la servidumbre de tránsito ó la de sacar agua, ejerciéndose por una persona que no tenga inmueble alguno. La servidumbre personal, que no ha sido restablecida por el Código, es la que presta el servicio á la persona; como si el dueño del inmueble adquiere la servidumbre de pasear sobre el inmueble vecino, aunque en realidad no es una servidumbre sino un uso limitado.

El Código llama servidumbre personal á la que presta el servicio directamente á la persona, y puede existir con independencia del fundo, aunque en realidad sea éste el beneficiado, porque todas esas facilidades dan mayor importancia, y cuando hay duda sobre si la servidumbre es real ó personal, deben seguirse las reglas siguientes:

1ª La servidumbre de tránsito que no sea constituida en favor de una heredad cerrada, se juzgará personal en caso de duda, pues la naturaleza de esa servidumbre exige que la persona misma la ejerza.

2ª *Si el acto constitutivo de la servidumbre procura una utilidad real á la heredad, se presume que el derecho concedido es una servidumbre real* (**art. 3003**, 1ª parte).

3ª *Si la concesión del derecho no parece proporcionar sino un placer ó comodidad personal al individuo, se considera como establecido en favor de la persona, y sólo será real cuando haya una enunciación expresa de ser tal* (**art. 3003**, 2ª parte).

(**Art. 3003.**) Si se establece una servidumbre sin decir si es real ó personal, para decidir se atenderá á la naturaleza del acto, averiguando la utilidad que produce; si esa utilidad es en favor del inmueble, se presume que la servidumbre es real, ó más bien dicho, es real por su naturaleza, porque un servicio impuesto á una propiedad en beneficio de otra propiedad lo es, y no necesita de enunciación. Si el acto por el contrario, dijera que se concede la servidumbre en favor de tal persona, que es propietaria del inmueble contiguo, no bastaría esta enunciación para que se considerase personal, sería necesario averiguar si el derecho concedido presta una utilidad real al fundo vecino, será real; si sólo la presta al dueño, será personal; por ejemplo, si he adquirido la servidumbre de tránsito por el fundo vecino, será real, si es en beneficio de mi propiedad; será personal, si no tengo propiedad alguna. La voluntad del individuo no puede hacer en ciertos casos que la servidumbre personal sea

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

4ª Será personal, *cuando el derecho concedido no es más que una facultad personal al individuo, se extingue por la muerte de ese individuo; y sólo dura 20 años si el titular fuere persona jurídica. Es prohibida toda estipulación en contrario* (**art. 3004**), y se tendrá por no puesta, sin que la cláusula anule el contrato ó la disposición.

---

real, porque para esto se necesita una heredad á la que se beneficie; pero en cambio puede convertir una servidumbre real en personal, si limita su uso á la vida de la persona. Así, la servidumbre de vistas sobre el fundo vecino que es real, puede convertirse en personal, si se estipula expresamente que sólo podrá gozarla la persona que la ha adquirido, y la servidumbre de sacar agua sin que el adquirente tenga fundo, no puede convertirse en real, porque no hay fundo dominante, á quien se deba la servidumbre.

Téngase presente que nuestro Código no ha creado las servidumbres personales que el francés abolió, y la definicion del art. 2972 no importa restablecerlas como muy claramente lo expresa el Dr. Velez-Sarsfield en la nota á este artículo.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 752. Toullier, III, 588. Demolombe, XII, 684. — Véanse arts. 2971, 2972, 3004, 3005, 3083, 3093 y 3104.

(**Art. 3004.**) Considero que este artículo se encuentra fuera de lugar, porque tratándose en este título de las servidumbres, y habiendo dicho que no obstante la definición del art. 2972, no se creaban las servidumbres personales, no tiene una colocación apropiada. Que una persona tenga un derecho real sobre la propiedad de otro, no autoriza para considerar ese derecho como una servidumbre, cuando esta palabra se debe aplicar sólo al servicio que una propiedad presta á otra. Una facultad personal, como la de pasearse en el fundo ajeno ó de tomar flores ó frutas, no es una servidumbre por más que sea un derecho real, y si se le considera como un simple derecho, la ley puede ponerle un término en mira de un interés superior, no permitiendo que ese derecho se transmita á los herederos, como el usufructo, el uso, etc., que no pueden durar sino lo que la vida de la persona. Eso es lo que sucede con el presente artículo, que no excluye se ponga un término cualquiera para la duración de la facultad dentro del límite concedido; es decir, para que concluya antes de la muerte, pero no después.—Comp. Toullier, III, 588, al fin. —Véanse arts. 2825, 2822, 2828, 2920, 2921, 2929 y 2972.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3003.—Cód. de Luisiana, arts. 750 á 754

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 830. — Caracteres de las servidumbres reales

Las servidumbres, que en su verdadera naturaleza no debían extenderse más allá del beneficio que una propiedad presta á otra, han sido consideradas por nuestro Código bajo otro aspecto, por más que el Dr. Velez-Sarsfield anuncie que no quiere restablecer las servidumbres personales.

Las servidumbres personales no son tales, porque si la persona tiene un derecho real, sobre el inmueble de otro, y si ese inmueble debe ese derecho independiente de la persona, estando facultado para reclamarlo de cualquier poseedor, eso no importa una servidumbre, pues el que lo constituyó está siempre obligado subsidiariamente, y porque todo derecho real sería una servidumbre, desnaturalizando la noción jurídica del derecho real de hipoteca y de anticresis.

Pero ya que el Código las admite, debemos considerarlas únicamente en cuanto á su duración, quitándoles el carácter de permanencia y perpetuidad que deben tener, y sometiéndolas al término estipulado ó á la vida del poseedor del derecho.

Júzganse establecidas como perpetuas las servidumbres reales, si no hay convención que las limite á tiempo cierto (**art. 3009**), porque participan de la naturaleza de la propiedad, de la que viene á formar una parte integrante. Y es de su esencia que *la carga de las servidumbres reales debe, actual ó eventualmente asegurar una ventaja real á la heredad dominante, y la situación de*

(**Art. 3009.**) La servidumbre real es por su naturaleza perpetua, como el dominio, pero como éste puede ser revocable y sujeto á tiempo, no repugna que la servidumbre pueda ser limitada á plazo, sin que por esto pierda su carácter de real, desde que el servicio lo presta á otro fundo.

Cuando el servicio se presta á la persona, hemos dicho que sin dejar de ser un derecho real que grava la propiedad, independientemente del propietario, no lo consideramos como una servidumbre, como no lo es el usufructo, ni el uso; es un derecho real que desaparece con la persona. —Comp. Aubry y Rau, § 247, texto nº 3, letra *b*. Demolombe, XII, 703 y 1053 á 1055. —Véanse arts. 2510, 2972, 2984, 3004, 3008 y 3016.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

los predios debe permitir el ejercicio de ella sin ser indispensable que se toquen (**art. 3005**), porque no hay servidumbres cuando la carga no proporciona ventaja alguna á aquel en cuyo favor se establece, ó cuando por la situación de los fundos no fuera posible el ejercicio de la servidumbre.

Las servidumbres reales, una vez constituidas vienen á formar una parte integrante del fundo, de modo que *las servidumbres reales consideradas activas y pasivamente son inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y siguen con ellos á cualquier poder que pasen; y no pueden ser separadas del fundo, ni formar el objeto de una convención, ni ser sometidas á gravamen alguno* (**art. 3006**).

(**Art. 3005.**) Las servidumbres prediales ó reales deben tener las condiciones siguientes: 1ª, asegurar una ventaja real al inmueble, sea actual ó eventual; 2ª, estar vecinas las propiedades, aunque no se toquen; 3ª, que tenga una causa perpetua; es decir, que pueda tener lugar en todo tiempo, sin necesidad del concurso del hombre; 4ª, que no se establezcan bajo condición ó á término. En el 1er caso, aunque la ventaja no sea actual, bastará que ella pueda tener lugar eventualmente. En el 2º es de absoluta necesidad que haya una heredad que reciba el beneficio, porque si no existiera, sería una facultad personal concedida al individuo, que se extinguiría con la persona. El 3º no es una condición esencial sino para la prescripción, porque hay servidumbres discontinuas, aunque en general las reales son continuas. El 4º puede no existir mediante pacto expreso, porque el art. 2988 autoriza establecerlas bajo condición; en ese caso participan de la *personal* en cuanto á su duración, y de la *real* en cuanto al servicio. L. 28, tít. 2, lib. 8, Dig.

El presente artículo fué corregido siguiendo á Maynz, § 218, nº 1, cambiándose la palabra *posesión* por la de *situación*.—Comp. DEMOLOMBE, XII, 691.—Véanse arts. 2971, 3000, 3001, 3003, 3051 y 3081.

(**Art. 3006.**) Es como todo derecho real que va escrito en la cosa, y es independientemente de la persona que posea el inmueble; sin embargo, al enajenarlo puede pactarse que no adquirirá la servidumbre, en cuyo caso el sirviente quedará libre, ó el dueño de éste puede adquirir la li-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3005. — Maynz, § 218. — Aubry y Rau, § 247.—La L. 6, Tít. 4, Lib. 8, Dig., dice: *parvique refert vicinæ sint ambæ, ædes aut non.*

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

No pueden considerse separadas, porque siendo una carga ó un beneficio, corresponde al inmueble soportarla en favor del fundo beneficiado, y por esa razón, dice el **art. 3007**: *las servi-*

---

bertad. Cuando se dice, no pueden ser separadas ni formar el objeto de una convención, no es porque se prohiba enajenarlas al dueño del predio sirviente, que puede adquirir la libertad de su inmueble, es que no es posible considerarlas como separadas de este y con existencia propia, en ese sentido no podrá adquirir la servidumbre de vistas, por ejemplo, el que no tenga inmuebles vecinos, pero sí podrá hacerlo para tal inmueble que piensa adquirir, art. 3001. No hay servidumbre real sin dos inmuebles, uno que preste el servicio y otro que lo reciba, ni puedan existir servidumbres sin inmuebles. Por eso se dice que separadas de dos fundos no pueden ser el objeto de una convención; pues siendo una *carga*, viene á estar en la condición de una calidad, de un atributo, sin tener existencia propia.—Comp. AUBRY y RAU, § 247, nº 3 letra *a*.—Véanse arts. 2842, 3120, 3270 y 3272.

(**Art. 3007.**) Se dijo que la servidumbre real era una carga ó un atributo que no puede existir sin la propiedad sirviente y la dominante. Se debe por la propiedad y no por las personas, y en general el servicio se presta á la propiedad y no á las personas, de donde se sigue que no se puede dividir. Por esa razón dice el Dr. Velez-Sarsfield en la nota 3007: «la regla de la individualidad de la servidumbre es *inflexible*», y no se considera derogada por los arts. 3028, 3029 y 3033, porque no establecen lo contrario, sino determinan la manera de ejercer la servidumbre cuando el predio dominante pasara á varios. En la servidumbre de tránsito, por ejemplo, todos los propietarios estarán obligados á ejercer su derecho por el mismo lugar en que lo hacía el único propietario que la estableció; del mismo modo sucedería, si la servidumbre fuera de vistas.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3006. — LL. 8 y 12, Tít. 31, Part. 3ª.—L. 36, Tít. 3, Lib. 8, Dig.—Pardessus, nº 33.

Decimos que una servidumbre no puede ser gravada con otra servidumbre porque ella no es un fundo. Sin embargo, si alguien recibiese activa ó pasivamente las aguas de una heredad superior, podria válidamente obligarse á transmitir esas mismas aguas á otra heredad: por cualquier título que este uso hubiese sido adquirido, no hay derechos contra la heredad gravada á beneficio del que hubiese obtenido esa concesión. Si por un medio cualquiera el primero se libra respecto de aquel á cuyo fundo está sujeto el suyo, el que secundariamente aprovechaba, no puede continuar ejerciéndolo por decir que la liberación no ha sido adquirida directamente contra él.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dumbres reales son indivisibles como cargas y como derechos, y no pueden adquirirse ó perderse por partes alícuotas ideales, y los pro-

---

Cuando se trata de la pérdida de la servidumbre contínua y aparente por la prescripción, no puede hacerse por partes alícuotas ó ideales, porque no se concibe que se pierda una parte ideal. ¿Cómo dividir la servidumbre de luces ó de vistas? Sin embargo, pueden limitarse en el modo de ejercerlas, pero eso sólo podrá hacerse en el título constitutivo sin que pueda alegarse prescripción para restringirlos. Por esa razón no se admite la prescripción en las servidumbres discontínuas, como la de paso, por ejemplo, en que no se podrá alegar limitación, porque no se usara sino por una sola persona. La servidumbre, sea que el inmueble preste el servicio á otro inmueble directamente, sea que lo preste á una persona, esta sirve de intermediaria para que reciba el beneficio el inmueble dominante, pero no puede dividirse, permanece una é inalterable, cada parte de la heredad presta el servicio á cada una de las partes de la heredad dominante.

Dice el Dr. Velez-Sarsfield: la servidumbre es como todo derecho divisible ó indivisible segun que el hecho que la constituya sea susceptible ó no de división, citando en apoyo de esta doctrina la l. 2, tít. 1, lib. 45, Dig. que se refiere á las obligaciones personales, lo que considero una confusión de principios; es partiendo de esta confusión que el art. 3029 declara divisible la servidumbre de sacar piedras ó tierra de un fundo en determinada cantidad, cuando en realidad cada hecho ejecutado no es una parte de la servidumbre, sino la servidumbre misma en su totalidad, que se ejerce con independencia de la cantidad de piedra extraída. Si muchas personas pueden gozar de ese derecho, no es porque sea divisible, porque cada uno al sacar las piedras ejerce la servidumbre completa, como sucedería en la servidumbre de vistas ó de ventanas, que no sería divisible, porque cada uno de los propietarios del fundo dominante ejerciera su derecho con independencia. En este sentido no habría servidumbre indivisible. El ejemplo que trae en la nota de tomar del fundo sirviente un número de fanegas de tierra, ó de hacer pasar un número determinado de animales, no demuestra que esa servidumbre sea divisible, porque cada acto, por separado que se le suponga, importa el ejercicio pleno de una servidumbre que puede ejercerse por muchas personas; sin que importe una división, la limitación con que lo haga cada uno.

Se deben distinguir las servidumbres reales, que son las únicas existentes por nuestro derecho, de las personales, que no ha creado el mismo

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pietarios de las diferentes partes pueden ejercerla, pero sin agravar la condición de la heredad sirviente. Pero si son indivisibles

---

Código, pero de las que habla con frecuencia y á que se refieren algunos artículos.

Del principio de la indivisibilidad nace esta consecuencia importante: si la heredad, sobre la que se pretende adquirir una servidumbre, pertenece á varios pro-indiviso, la interrupción de uno de ellos aprovechará á los demás, y si hay alguno contra quien la prescripción no ha podido correr, esta suspensión aprovechará á los otros.—Comp. AUBRY y RAU, § 247, texto nº 3, letra *C.* MOLITOR, *Serv.*, nºs 17 á 19.—Véanse arts. 683, 687, 2689, 2799, 3028 á 3050 y 3061.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3007.—L. 8, Tít. 1, Lib. 8, Dig.—Aubry Rau, § 247, letra C.—Duranton, tom. 5, nos 466 y siguientes. — Demolombe, tom. 12, nos 701, 775, y 775 bis. La regla de la indivisibilidad de la servidumbre es inflexible. Nada importa que el predio dominante ó sirviente mude de dueño, que se reparta en varias manos en lugar de estar en las de un solo dueño, porque cada uno de los que lo sean del predio dominante, se aprovechará de todas las servidumbres como cada uno de los del predio sirviente tendrá que tolerarla, aunque por la división que hubiesen hecho de la finca no haya condominio. Cada una de las fincas nuevas, salida de la finca gravada, quedará también gravada con la servidumbre á que estaba afectada la antigua. Pero entiéndase esto en el caso que la servidumbre gravara por igual á toda la finca antigua; porque si no fuera así, y estuviese circunscrita á una parte determinada de ella, entonces sólo continuaría en la finca nueva sobre cuyo terreno gravitaba, y en los términos á que antes estaba limitada. Lo mismo debe decirse, en el caso en que se unan dos fincas de las cuales una tenga contra sí servidumbre y otra no, ó que ambas tengan servidumbres diferentes, porque, como queda dicho, pudiendo la servidumbre gravar una parte determinada de la propiedad, es claro que cada parte de la nueva finca estará en las mismas condiciones de libertad ó de servidumbre en que se hallaba antes de la reunión, y que ni los derechos del predio dominante, ni los del sirviente cambiaban de condición.

Por lo demás, una servidumbre es como todo otro derecho, divisible ó indivible, según que el hecho que la constituye es susceptible ó no de división. Si este hecho es tal que pueda ser ejercido en parte por una persona y en parte por otra; si consiste en tomar, por ejemplo, un número de fanegas de tierra de un fundo, ó de hacer pasar un número determinado de animales, siendo ambas cosas divisibles, la servidumbre lo es igualmente (L. 2, Tít. 1, Lib. 45, Dig.).

Es al contrario indivisible, si este hecho es tal que no pueda ser ejercido en parte por uno y en parte por otro, tal sería el derecho de paso para ir á un punto determinado. Las servidumbres son obligaciones de un fundo hacia otros fundos, y debe aplicárseles los principios que rigen las obligaciones convencionales. La indivisibilidad de las obligaciones no consiste simplemente en

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

como cargas ó derechos, *la indivisibilidad de las servidumbres no impide que en su ejercicio puedan ser limitadas respecto al lugar, tiempo y modo de ejercerla* (**art. 3008**); porque eso en nada ataca á la regla inalterable de la indivisibilidad.

Uno de los principales caracteres de las servidumbres reales es que siempre consisten en no hacer, privándose de un derecho que se habría podido ejercer, ó en consentir que otro haga sobre su propio fundo, algo que habríamos podido dejar sin efecto ejecutando un acto sobre el nuestro; por eso, *no pueden establecerse servidumbres que consistan en cualquier obligación de hacer, aunque sea temporaria, y para utilidad de un inmueble. La que así se constituya, valdrá como simple obligacion para el deudor y sus herederos, sin*

(**Art. 3008.**) El artículo se refiere á las limitaciones que pueden ponerse en el título, no á las que se pierden ó se adquieren por prescripción de que hablan los arts. 3063 y 3065. Así, no se ataca la indivisibilidad de la servidumbre porque ésta se limite en el modo de ejercerla; la de tránsito, por ejemplo, puede establecerse para que se haga en determinadas horas y sólo á pie ó á caballo; la de vista, que sólo podrá tenerse desde un balcón, etc. Cualquier restricción convenida no atacará la indivisibilidad, y eso justifica la tesis sostenida en la última parte del artículo anterior. La servidumbre, de cualquier modo que se ejerza, será una é indivisible, sean muchos ó uno solo el que la use, sea que se limite ó se extienda su ejercicio. Así dicen Aubry y Rau, § 247, letra C., de donde fué tomado nuestro artículo, en la nota 21: «el error de los autores que niegan la indivisibilidad de las servidumbres proviene de que han considerado equivocadamente las proposiciones enunciadas en el texto como incompatibles con este carácter», y es lo que ha sucedido al Dr. Velez-Sarsfield, que á pesar de admitir la indivisibilidad en la nota, reconoce la divisibilidad por la manera de ejercerlas, cuando ese modo no ataca la naturaleza indivisible de la servidumbre real.—Comp. DEMOLOMBE, XII, 701.—Véanse arts. 2998, 3009, 3029, 3063 á 3066.

---

que el hecho que es el objeto no sea susceptible de división, sino principalmente, en que este hecho, aun cuando fuese susceptible de división, hubiese sido estipulado para ser ejecutado íntegramente.—Véase Pardessus, nos 23 y siguientes, y Molitor, desde el nº 17.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3008. — Demolombe, tom. 12, nº 701. — Aubry y Rau, § 447, letra C.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

afectar á las heredades ni pasar con ellas á los poseedores de los inmuebles (**art. 3010**), lo que sucedería, *si el poseedor de la heredad sirviente se hubiese obligado á hacer obras ó gastos para el ejercicio ó conservación de la servidumbre, tal obligación sólo afectará á él y á sus herederos y no al que sea poseedor de la heredad sirviente* (**art. 3042**), pero *se puede sin embargo estipular que los gastos para la conservación de la servidumbre sean á cargo de*

(**Art. 3010.**) Es de la esencia de la servidumbre la existencia de la heredad que presta el servicio; sin heredad sirviente no se concibe el derecho real. Cuando la persona es la que se obliga á ejecutar una cosa en beneficio de un inmueble, no se puede concebir un derecho real, es una obligación de hacer como cualquier otra, que se rige por las disposiciones de los arts. 625 á 634. Se ha dicho que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley, art. 2502, y los particulares no podían establecerlos por su propia voluntad, aunque así lo manifestaren. Véase lo que decimos en los arts. 3023 y 3042.—Comp. FREITAS, art. 4766, nº 2 y 4767.—Véanse arts. 2502, 3023, 3042 y 3266.

(**Art. 3042.**) El artículo se refiere á una obligación que sólo pesa sobre la persona que la ha contraído y sus herederos, á diferencia del art. 3023 cuando la obligación es real y pesa sobre el inmueble, en que no es de hacer, como algunos han creído, sino de sufrir los trabajos que se hicieren, teniendo un derecho real el dueño del predio. En el presente artículo el predio no está obligado si su dominio pasare á terceros, la obligación de hacer no pesaría sobre el adquirente; mientras si se ha estipulado que los gastos de conservación serán á cargo del predio sirviente, como sería un gravamen del fundo mismo, cualquiera que lo tomara tendría la obligación de soportarlos. Por eso el artículo dice: *hacer obras,* para distinguir de la obligación de pagar los gastos que se hicieren en la conservación. Manifesté mi opinión en el artículo 3023, y cuando se reforme el Código debería suprimirse ese artículo dejando el presente, por ser más conforme con los principios enseñados por el mismo, de que las servidumbres deben consistir siempre en sufrir ó soportar que otro haga, renunciando al derecho de impedirle, ó á no hacer lo que se habría tenido derecho de ejecutar.—Comp. FREITAS, art. 4801. —Véanse arts. 3010, 3023 y 3028.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3010. — Pardessus, desde el nº 11, trata largamente la materia del artículo.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

la heredad sirviente. En tal caso el propietario del muro sirviente puede libertarse de ellos, abandonando el fundo al propietario del edificio dominante (**art. 3023**).

(**Art. 3023.**) Se ha controvertido vivamente sobre la interpretación de este artículo, que se quiere armonizar con los arts. 3010 y 3042, estableciendo que la obligación es personal y no real. Para mí las dificultades se solucionan y los artículos se explican atendiendo á estos principios.

Es un principio general, que las servidumbres reales consisten para el fundo sirviente, en sufrir ó soportar el servicio y no pueden convertirse en obligaciones de hacer; pero también lo es que los propietarios pueden imponer las más onerosas para sus inmuebles, ó las menos gravosas; en una palabra, determinar á voluntad el límite de la servidumbre. Partiendo de estos principios, se puede establecer una servidumbre más gravosa para el inmueble, como por ejemplo, si se dijera: será á cargo de éste los gastos de conservación, para que la servidumbre pueda ejercerse; entonces es más gravosa únicamente; pero no se cambia de real en personal; este caso es el que legisla el presente artículo; pero si el poseedor de la heredad sirviente se hubiera obligado á hacer los gastos, será una obligación personal suya y de sus herederos, art. 3042, en una palabra, no habrá en esa parte derecho real.

¿Y cómo se explicaría entonces el presente artículo en presencia del 3010? Allí se dice, no pueden constituirse servidumbres que consistan en una obligación de hacer, y la de cargar con los gastos de conservación parece que importa una de esas obligaciones. Pero no es exacto, el fundo no está obligado á hacer, porque eso no se ha pactado; lo convenido es que sean á su cargo los gastos de conservación, lo que es diferente.

El dueño del fundo dominante se hará autorizar para hacerlos, cobrándolos del fundo sirviente que está obligado á soportarlos, pues es una carga real. Esta es la explicación que puede mantener en armonía los arts. 3010 y 3042 con el presente, porque no es admisible identificarlo con el art. 3042, pues importaría dejarlo sin efecto.

Que el presente artículo se refiere á un derecho real no puede dudarse, desde que se pone como ejemplo el muro sirviente (que se debe reparar) y se autoriza á abandonarlo cuando no quisiera el poseedor hacer los gastos. Del mismo modo, no se puede dudar que el artículo 3042 se refiere á una obligación personal, que no puede recaer sobre el inmueble. ¿Cómo confundir entonces obligaciones tan diversas? En mi opinión,

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Es una regla de derecho que, *toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sea personal ó real, sobre su extensión, ó sobre el*

---

nuestro Código ha adoptado la doctrina enseñada por los jurisconsultos franceses al interpretar el art. 699, haciendo una variante al seguir la contraria opinión de Aubry y Rau 2ª edición.

En el presente artículo ha seguido la común opinión de los comentadores franceses declarando que hay una servidumbre, ó por lo menos un derecho real que pesa sobre el inmueble; pero como Aubry y Rau, II, pág. 81, sostenían en su 2ª edición que esa obligación no era *in rem scripta*, porque no consiste ni en un servicio que se haga á la cosa, ni en el uso al que estuviera afectada, sino una obligación personal, de esta opinión se ha formado el art. 3042.

Creo sería conveniente cuando se corrija el Código eliminar el presente artículo, pero mientras exista no se le puede confundir con el art. 3042 que habla claramente de una obligación personal. El intérprete no puede dejar sin efecto una disposición legal, porque su misión es de conciliación y de armonía, no de corrección.—Comp. Dr. SEGOVIA, *Exp. y Crít.* y CÓD. CIVIL, *Anot.* que apoya esta opinión.

La última parte del artículo debe tomarse como un ejemplo, y cuando habla del muro sirviente estableciendo que sólo se liberta abandonando el fundo y no el muro; adopta la teoría de Pardessus y Demolombe. Sin embargo, si al concederse la servidumbre de acueducto por ejemplo, se hubiere estipulado que los gastos de conservación sean á cargo del fundo, el dueño del predio sirviente se libertará abandonando el terreno en que está el acueducto, y lo mismo sucederá en la servidumbre de paso y otras semejantes.—Comp. CÓD. FRANCÉS, art. 699. MARCADÉ, II, al art. 699 y AUBRY y RAU, § 253, nota 10. DEMOLOMBE, XII, 883. PARDESSUS, I, 67. FREITAS, art. 4800 y 4801. — Véanse arts. 2411, 2723, 2727, 2882, 3010 y 3042.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3023.—Pardessus, tom. 1, nº 67.—Demolombe, tom. 12, nº 883. Este último autor sostiene, que el propietario de la heredad sirviente, no puede exonerarse de la obligación de conservarla en estado de sufrir la servidumbre, porque, dice: «la obligación que se ha impuesto forma una consecuencia inseparable de su derecho de propiedad, consecuencia que el abandono de ese derecho no puede hacer desaparecer respecto al tiempo pasado». Pero en verdad, la obligación creada por el contrato no deriva del derecho de propiedad del dueño del predio sirviente, sino de la convención en que se impuso. Ella le crea sólo una obligación que supone el dominio del predio, acabado el cual acaba también la obligación en que lo tenía por antecedente necesario.—Véase Aubry y Rau, § 273, nota 9, y Marcadé, que en el

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

modo de ejercerla, se interpreta á favor del propietario del fundo sirviente (**art. 3011**), como se interpreta en favor de la libertad de la persona en casos análogos; porque el hecho ordinario es la libertad del inmueble, y la restricción es una excepción que debe justificarse.

§ 831.—De la adquisición de la servidumbre por prescripción

La prescripción es uno de los títulos perfectos para adquirir el dominio, y puede tener lugar respecto á las desmembraciones de la propiedad; así como servir para perder el derecho adquirido.

Como la prescripción adquisitiva se funda en la posesión tranquila, pública, continua y no interrumpida del derecho que se adquiere, resulta que sólo podrán adquirirse ciertas clases de servidumbres.

Desde luego es necesario separar la prescripción ordinaria de

---

(**Art. 3011.**) Cuando la duda versare sobre la existencia de la servidumbre, y el que la alega afirma que le corresponde un derecho real sobre la propiedad de otro, debe demostrarlo. Este es uno de los principios generales de legislación que han pasado á la categoría de verdades incontrovertibles. Sea la restricción sobre la libertad de las personas (obligaciones), sea sobre las cosas (derechos reales), el que afirma debe probarlos, y la duda se traduce en libertad, ó más bien dicho, no habiéndose probado el derecho, se debe absolver al demandado. Si la duda es sobre la extensión de la servidumbre ó sobre el modo de ejercerla, la interpretación será en favor del inmueble, no para libertarlo, sino para decidir que la servidumbre será la menos gravosa al inmueble sirviente. Esta parte se repite en el art. 3044.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 749. Pardessus, nº 62.—Véanse arts. 2519, 2528, 2798, 2805, 2979 y 3044.

---

largo comentario al art. 697, sostiene la resolución del artículo contra Zachariæ.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3011.—Cód de Luisiana, art. 749.—Pardessus, nº 62.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3011.—Véase el fallo al art. 2977. —XXX, 342.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

diez y veinte años en las servidumbres para adquirirlas, no así para perderlas por el no uso.

Para la adquisición de una servidumbre sin título se necesita la posesión de treinta años, así, dice el **art. 3017**, 1ª parte: *las servidumbres continuas y aparentes, se adquieren por título ó por la posesión de treinta años,* porque si fuera no aparente le faltaría la calidad de ser pública, que es necesaria para toda prescripción, y si fuera aparente y discontinua, le faltaría la otra condición también esencial, de que la posesión debe ser continua, pues, no se puede poseer con continuidad un derecho discontinuo por su naturaleza. Por eso es que se dice con razón: la posesión de una servidumbre discontinua y aparente, ó continua y no aparente, no puede adquirirse por prescripción, y con más razón la discontinua y no aparente, aunque sea por tiempo inmemorial, desde que no existirían todas las condiciones necesarias para la prescripción.

(**Art. 3017.**) Véase pág. 478.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO II

DE LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO DEL PREDIO DOMINANTE

§ 832. — Cómo debe ejercerse la servidumbre, y su extensión

La servidumbre real que es inherente al fundo dominante, extiende, por decirlo así, el radio de acción del propietario, y no la podría ejercer en ciertos casos, sin los medios previos que sirven para usarla en su plenitud, así, dice el **art. 3018**: *por el estable-*

(**Art. 3018.**) La regla general que rige este punto se puede condensar en esta forma: el que ha concedido una servidumbre, se entiende que ha permitido todo lo que es necesario para usar de ella. Se reducirá á una cuestión de hechos que se resolverá según los casos.

Nuestro artículo considera esos medios necesarios para usarlas, como servidumbres accesorias, cuando en realidad no son servidumbres, sino modos de ejecución que pueden variar en el mismo é idéntico caso, según los adelantos y progresos de la civilización. Así, la servidumbre de sacar agua por ejemplo, no llevará necesariamente el derecho de paso, si se pudiera fácilmente establecer una bomba para tomar el agua, y aunque el paso fuera necesario no sería sino un medio de ejercer la servidumbre; porque la de paso ó de tránsito es diferente.

De este modo de considerar la cuestión nace un principio que no tiene su explicación en la teoría contraria: el dueño del predio dominante no adquiere lo que se llama servidumbre accesoria, por el uso de 30 años, sea que haya usado la servidumbre principal, sea que no usándola haya usado sólo la accesoria; por ejemplo: el que tiene el derecho para sacar agua, y no lo hace pierde la servidumbre, y no la conserva aunque pase para otras cosas durante 30 años por el fundo vecino. Es cierto que la servidumbre de paso es aparente y discontinua y por con-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cimiento de una servidumbre, se entiende concedida al propietario de la heredad dominante, la facultad de ejercer las servidumbres

---

siguiente no se puede prescribir; pero la verdad es que no es una servidumbre sino un medio de ejecución, y por eso no se puede adquirir.

El medio (servidumbre, según la expresión del artículo) para usar de la servidumbre constituída, debe ser absolutamente necesario, pues, de otro modo el dueño del predio sirviente tiene derecho para rechazarlo. No se debe confundir este medio, sin el cual no se podría ejercer la servidumbre, con los deberes de vecindad de que habla el art. 3077, en que debe pagar los perjuicios que causare; en el presente artículo nada se deberá, aunque será siempre conveniente avisar al propietario para que evite en lo posible los perjuicios. Se puede decir, pues, el propietario á quien se le debe una servidumbre, tiene el derecho de hacer en el fundo sirviente todas las obras necesarias para la conservación y uso de la servidumbre, como si fuera en su propio fundo, y no está obligado á perjuicio alguno, aunque lo contrario enseñe, TAULIER, II, pág. 455.

Cuando se tratare de servidumbres adquiridas por la posesión de 30 años, se regirán como si hubieran sido tenidas por título, sin que tengan derecho á limitarlas á los medios empleados hasta entonces, porque el principio de derecho, *tantum præscriptum quantum possessium,* sólo se aplica á la servidumbre misma y no á los medios de servirse de ella. En efecto, si una servidumbre se considera adquirida definitivamente, ¿porqué se limitarán los medios de servirse de ella? Los arts. 3063, 3064 y 3066 se refieren al modo de usar la servidumbre no á los medios de conservarla. Si el dueño del predio dominante ha hecho por ejemplo un acueducto descubierto por el fundo vecino, y lo ha mantenido durante 30 años sin hacerlo correr, ni limpiar, ni reparar. ¿Por qué habiendo prescrito la servidumbre de acueducto, se le negarían los derechos que le son anexos? Porque no los ha usado, se dice, y la servidumbre debe adquirirse *quantum possessum;* pero no es la servidumbre misma en este caso, sino los derechos que nacen de ella, y sin los que no podría conservarse; la ha adquirido y debe tener los medios de servirse de ella.

Los medios que hagan más cómodo el ejercicio de la servidumbre, no podrá emplearlos, porque ya se dijo que sólo tenía derecho á los que eran de absoluta necesidad; así, la servidumbre de acueducto no comprende necesariamente el derecho de pasaje ó de tránsito, y las servidumbres de goteras no llevan la de poner una escala para componer los techos.— Comp. AUBRY y RAU, § 253 texto nº 2. DEMOLOMBE, XII, 830 á 835.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

(actos) *accesorias que son indispensables para el uso de la servidumbre principal; pero la concesión de una servidumbre, no lleva virtualmente la concesión de otras servidumbres, para sólo hacer más cómodo el ejercicio del derecho, si no son indispensables para su uso;* porque el dueño del fundo dominante no tiene derecho para exigir comodidades, sino el ejercicio completo de la servidumbre.

La extensión de las servidumbres establecidas por voluntad del propietario, se arreglará por los términos del título de su origen, y en su defecto, por las disposiciones siguientes (**art. 3019**):

Cód. Francés, art. 696. Goyena, art. 542. Cód de Chile, art. 828 y Freitas, art. 4776 y 4777.—Véanse arts. 1198, 3022, 3025, 3036, 3086, 3089, 3104 á 3107.

(**Art. 3019.**) Se dijo que las servidumbres se establecían por contrato, por testamento, ó por el destino del padre de familia, porque la ley no las establece. El artículo se refiere á los dos primeros modos, en que sólo existe título escrito, porque si bien se reconoce como establecida por título la constituída por el destino del padre de familia, no hay títulos que puedan estudiarse. Se trata pues, de la interpretación de los términos usados en el título y de la extensión de los derechos concedidos por él. Pueden servir de elementos para completar la parte dudosa, los hechos ejecutados al usar de la servidumbre, teniendo presente que se puede modificar, extendiéndose ó restringiéndose, por el uso de 30 años en la servidumbre continua y aparente. No es una prescripción de los medios de servirse de ella, que como lo sostuve en el artículo anterior no puede hacerse, sino de la servidumbre misma que quedará modificada, art. 3063. Así, la posesión de una servidumbre continua y aparente durante 30 años, se determinará por la posesión en la extensión que se tuviera ó se hubiese poseído.

En la interpretación del título y tratándose de términos dudosos,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3018.—L. 6, Tit. 31, Part. 3ª.—L. 3, § 3, tit. 3, Lib. 8, Dig.—L. 20, Tit. 2, Lib. 8, Dig.—Cód. Francés, art. 696—Napolitano, 617—de Luisiana, 770—Demolombe, tom. 12, nº 832.—Toullier, tom 3, nº 646.—Pardessus, nº 54. Así, el propietario de una heredad á la cual la servidumbre es debida, tiene el derecho de ir sobre la heredad que la debe con sus obreros al lugar donde tenga necesidad de construir ó de reparar las obras que le son necesarias para el ejercicio de la servidumbre, y poner allí los materiales que deba emplear en esas obras.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

1ª *El propietario de la heredad dominante puede ejercer su derecho en toda la extensión que soporten, según el uso local, las servidumbres de igual género de la que se encuentra establecida á beneficio de su heredad* (**art. 3020**);

2ª *Si la manera de ejercer la servidumbre es incierta, como si el lugar necesario para el ejercicio de un derecho de paso, no es reglado por título; corresponde al deudor de la servidumbre designar el lugar por donde él quiera que se ejerza* (**art. 3021**);

---

empleados en él, se debe tener presente la regla de que debe ser favorable á la libertad de fundo; porque así como se reputa libre cuando hay duda sobre la existencia de la servidumbre, porque la libertad es el estado normal, así debe juzgarse en caso de duda sobre la extensión de la servidumbre, dicidiéndose por la menos extensa. — Comp. Cód. Francés, art. 686. Cód. de Chile, art. 884. Freitas, art. 4804. — Véanse arts. 1197, 1198, 3011, 3027, 3044, 3063 á 3065.

(**Art. 3020.**) Cuando hubiere duda en el título sobre la extensión que debe darse á la servidumbre, se atenderá al uso local, no sólo respecto á la extensión que tengan las otras servidumbres adquiridas, en favor del mismo fundo, porque puede no tenerlas, sino con relación á las que soporte el fundo sirviente; si no reconociere otras servidumbres, se atenderá al uso local, tratándose de la misma clase de servidumbres. Se debe pues, dar preferencia al uso local, atendiéndose á la siguiente escala: 1º la extensión que tenga el fundo dominante en servidumbres de igual género, sobre otras heredades: 2º á la extensión que tengan las servidumbres de igual género establecidas por otras sobre el mismo fundo sirviente; 3º al uso local en caso faltaren los medios indicados. — Comp. Aubry y Rau, § 253 nº 1.—Véanse arts. 3018, 3025 y 3033.

(**Art. 3021.**) El presente artículo trata del caso en que hay incertidumbre y sobre la manera de usarla, y en armonía con el art. 3037 que le concede el derecho de cambiar el lugar por donde se ejerce, cuando le fuere perjudicial.

Siendo deudor en el presente caso, debe elegir el lugar, porque se reputa que su obligación es alternativa. ¿Por qué ocurrir al juez? Qué controversia habría que decidir? La de que les sería menos cómodo al dueño del predio dominante? Pero si no tiene un lugar determinado para ejercer la servidumbre, ¿por qué el juez lo determinaría? Se comprende y explica su intervención, cuando habiendo lugar determinado, el dueño del sirviente quisiera cambiarlo. Cuando una persona debe entregar tal

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

3ª *El ejercicio de la servidumbre no puede exceder las necesidades del predio dominante en la extensión que tenía cuando fué constituida* (**art. 3025**);

ó cual cosa, él elige la que quiere dar; aquí se debe una servidumbre de paso, por ejemplo, sin determinar por dónde debe ejercitarse. ¿Por qué intervendría el juez? Cuando la servidumbre es forzosa y se establece contra la voluntad del propietario, art. 3074, se comprende que los jueces intervengan, porque se trata de determinar el lugar por dónde debe establecerse, pero no cuando está establecida. Y la regla de que se debe juzgar siempre en caso de duda, en favor del inmueble sirviente se aplica en este caso, dejando al deudor establecer el lugar por donde debe prestarse. Toullier, III, 655, dice: «el deudor debe indicar el lugar que le sea menos incómodo, y no se debe recurrir á la justicia y á los expertos, sino cuando el deudor hubiera obrado de mala fe en su indicación, y por deseo de incomodar á aquel á quien se debe la servidumbre». Y creo que por nuestro derecho no se debería admitir la excepción, por que el artículo no distingue, y sería peligroso autorizar pleitos que la ley ha querido cortar. Es cierto que la mala fe no debe ser protegida, pero sería entrar en discusiones que no están autorizadas. Es un derecho del deudor el indicar el lugar por donde debe ejercerse la servidumbre, y nadie debe investigar si su elección la ha hecho con tal ó cual intención. No estoy, pues, conforme con los que sostienen que el dueño del predio dominante pueda obligar al sirviente á que designe otro lugar, cuando el determinado le fuera muy incómodo. — Comp. Cód. de Luisiana, art. 775 y Pardessus, nº 54. — Véanse arts. 3011, 3037, 3041 y 3074.

(**Brt. 3025.**) La regla es que la servidumbre no puede ser ejercida sino en el interés del fundo dominante, ó de la parte del fundo que tuviere derecho para gozar de ella; por esa razón no podrá extenderlas á otro fundo. La ley 5, § 1, tít. 3, lib. 5, Dig. dice: «Proculus y Alticimus piensan, que cuando el derecho es de sacar cal, el que tiene esta servidumbre no puede servirse de ella sino hasta la concurrencia de lo que necesita para su fundo»; en su consecuencia no podrá emplearla en otras necesidades, pero que si se hubiere establecido, que podría extraer tantas fanegas mensualmente, no tendrá derecho para reclamar el dueño del predio sirviente, si las empleara en otras necesidades que las de su fundo,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3021. — Cód. de Luisiana, art. 775. — Pardessus, nº 54.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA BIBLIOTECA CENTRAL

4ª *Cuando la servidumbre ha sido constituida para un uso determinado, no puede ejercerse para otros usos* (**art. 3026**);

---

porque no tiene interés en averiguar en qué las emplea, pues usa de un derecho propio.

Cuando las necesidades del fundo se han determinado, como por ejemplo, en la servidumbre de tomar agua, constituída para regar el campo, no podría emplearla en dar de beber á los animales; ó en la servidumbre de paso concedida para la explotación de un campo, podría ser ejercida en servicio de una posada establecida posteriormente en el mismo campo. Pero en nada variaría, si las necesidades del fundo dominante hubieran aumentado á consecuencia de una explotación más activa.

Nuestro artículo no es bien claro, porque parece dar á entender, que la servidumbre se reglaría por las necesidades que tenía el fundo dominante en el momento de constituirla, sin que pudiera aumentarse, lo que no es exacto, porque la *extensión* se refiere á la servidumbre no á *las necesidades*, ni tampoco al *tamaño* del fundo como algunos han creído. El fundo debe ser el mismo, es cierto, sin que se le pueda aumentar en extensión; pero el artículo se refiere al ejercicio de la servidumbre que no puede extenderse.

En la jurisprudencia francesa se ha decidido; 1° que una servidumbre de pasaje establecida en provecho de un fundo, puede ser ejercida por todo los medianeros de ese fundo, aunque sean más numerosos que á la época de la constitución de ella, por efecto de las mejoras hechas en las praderas; 2° que un derecho de pasaje constituído en términos *indefinidos* debe ser mantenido, aunque el fundo dominante que era un convento en la época de la constitución de la servidumbre, se haya transformado en una posada. Y creo que estos principios pueden aplicarse en nuestra jurisprudencia.—Comp. AUBRY y RAU, § 253, n° 5 y DEMOLOMBE, XII, 846 á 853. FREITAS, art. 4805, n° 4.—Véanse arts. 3005, 3011, 3018, 3020, 3029, 3079, 3094 y 3971.

(**Art. 3026.**) Se debe respetar la voluntad de las partes que forman la ley del contrato. No hay derecho para derogar la convención ocurriendo al argumento de que no se causa perjuicio alguno al dueño del predio sirviente, con cambiar el uso convenido. Cuando se ha concedido la toma de agua, expresando que se empleará en la irrigación del campo, no se puede emplear esa agua como fuerza motriz para establecer un molino, aunque después de ese uso se emplee en la irrigación; pues se puede violar el contrato. No sería lo mismo, si esa agua no hubiera sido

Infojus SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

5ª *Si la servidumbre ha sido adquirida por posesión del tiempo fijado por la ley para la prescripción* (30 años), *sólo podrá ejercerse en los límites que hubiese tenido la posesión* (**art. 3027**);

---

afectada á un destino especial, en ese caso se podría darle un uso ilimitado; así se ha juzgado por los tribunales franceses. El fundamento es no sólo por el perjuicio que pudiera sobrevenir al fundo sirviente, sino porque no puede emplearse en otro uso que el determinado en el contrato, sin violarlo.

Si la servidumbre es de acueducto, determinándose el uso en que debe emplearse el agua, ¿tiene derecho el dueño para emplearla en lo que mejor le pareciere? Es necesario hacer una distinción: si la servidumbre comprende la de sacar agua del fundo vecino, haciéndola correr por un acueducto, habría dos servidumbres, y no creo que en este caso se pueda sostener que siendo concedida para tales usos se pueda emplear en otros. Si la servidumbre es sólo de acueducto, y se ha determinado el uso para que se concedía, creo podría emplearse en otros usos que el convenido siempre que no perjudicare al fundo sirviente; porque sin interés no hay acción; pero si se demostrase lo contrario, no podría hacerlo.

Téngase presente que el artículo se refiere á la servidumbre voluntaria, porque las forzadas ó legales deben regirse por la extensión que la ley les determinare. Así, la servidumbre forzosa de acueducto, por ejemplo, para las necesidades del cultivo de sementeras, plantaciones ó pastos, ó en favor de un pueblo, no podría establecerse para otras cosas contra la voluntad del propietario del fundo sirviente.—Comp. AUBRY y RAU, § 253, nº 6. DEMOLOMBE, XII, 849. FREITAS, art. 4805—Véanse arts. 3018, 3020 y 3025.

(**Art. 3027.**) Se dijo que no era la servidumbre la que se poseía, porque como derecho inmaterial no se puede poseer en sí mismo, sino por el goce; así es que la extensión que se le hubiera dado al goce, es la que tendrá la servidumbre adquirida por la posesión de 30 años.

No se confunda, como lo hacen algunos, la servidumbre de acueducto con la de sacar agua, porque ésta no se puede adquirir por la prescripción, pues es discontinua, mientras la otra puede serlo. Lo mismo sucede con la servidumbre de tránsito que es discontinua, y no puede adquirirse por prescripción, aunque fuere aparente por algún signo exte-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3026. — Demolombe, tom. 12, nº 849.— Aubry y Rau, § 253, nº 6.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

6ª *La servidumbre existente no puede ser separada bajo ninguna forma de la heredad dominante, para ser transportada sobre otro fundo de la propiedad del dueño de la heredad dominante ó de tercero* (**art. 3024**);

---

rior. Pero la servidumbre de tránsito constituida por título, como cualquier otra discontinua, puede cambiarse en la forma del goce, y este cambio será el que se puede adquirir por la prescripción, art. 3063, no la servidumbre en sí misma. Así, la concedida para pasar de tal lugar, puede cambiarse pasando por tal otro durante 30 años. Lo mismo debe decirse de la servidumbre de sacar agua, que es discontinua y generalmente no aparente, no debe confundirse la servidumbre misma, en su existencia de tal, con el modo de usarla de que habla el art. 3063, cuando está constituída por título, pero si se trata de adquirirla por prescripción, como el goce es el que sirve de título, por decirlo así, entonces se confunde con la servidumbre misma, y quedará adquirida en la medida de lo que se ha gozado.—Comp. AUBRY y RAU, § 253, letra *B*, nº 2. DEMOLOMBE, XII, 867.—Véanse arts. 3017, 3063 y 3065.

(**Art. 3024.**) La regla general es que una servidumbre no debe ser empleada sino en beneficio del fundo en favor del que se ha establecido; y por consiguiente no puede ser vendida ni alquilada para otra heredad aunque pertenezca al mismo dueño del predio dominante; pero esta regla no debe tomarse de un modo absoluto, pues no se aplicará cuando fuera el ejercicio de un derecho perfecto; así, en la servidumbre de acueducto por ejemplo, establecida para el riego del fundo, nadie podría obligar al dueño del agua á que la deje estancada en su terreno y no la comunique á los otros; pero si fuera de acueducto y de toma de agua de una fuente del predio sirviente, podría impedir que se tomara más agua de la que necesita para su fundo. Lo mismo sucederá en la servidumbre de paso; si suponemos los fundos A, B, C, D, y que A, ha adquirido una servidumbre para pasar por B, á C, no le puede impedir que pase á D, y si lo hubiera adquirido y este tuviera salida á la vía pública, no le podría obligar á que desde D pasara á la vía pública para llegar á A. En la generalidad de los casos serán cuestiones de hecho.—Comp. AUBRY y RAU, § 253, texto, nota 13. DEMOLOMBE, XII, 848. — Véanse arts. 3006, 3079 y 3094.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3027.—Demolombe, tom. 12, nº 867.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3024. — Demolombe, tom. 12, nº 847.—Aubry y Rau, § 253, nº 4.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

7ª *El propietario de la heredad dominante, tiene derecho de ejecutar en la heredad sirviente, todos los trabajos necesarios para el ejercicio y conservación de la servidumbre; mas los gastos son de su cuenta, aun en el caso de que la necesidad de reparación hubiese sido causada por un vicio inherente á la naturaleza del predio sirviente. Esta disposición comprende la servidumbre de sufrir la carga de un muro ó edificio, como todas las demás* (**art. 3022**).

(**Art. 3022**). Uno de los caracteres de las servidumbres reales es que debiéndose por un inmueble á otro inmueble, consisten en sufrir la carga, en soportar la servidumbre, jamás en hacer cosa alguna, porque el hecho sólo obligaría á la persona con un derecho personal y no á la cosa; la palabra servidumbre misma, indica que el inmueble sólo presta el servicio, lo sufre, dejando al que tiene derecho de gozarlo, de ejecutar todo lo necesario para su goce. Cuando saliendo de esta regla general, el dueño del predio sirviente se obligare á hacer alguna cosa para el uso de la servidumbre, esa obligación no pesaría sobre el fundo sino sobre la persona. El propietario del fundo dominante no sólo tiene el derecho de ejecutar las obras necesarias para el uso de la servidumbre, sino que tiene la obligación de responder por los daños y perjuicios que causare, porque las obras ejecutadas no lo hubieran sido con arreglo á las reglas del arte, ó por no atender á la conservación de esas obras. Su derecho de ejecutar las obras se limita á aquellas que sean necesarias para el ejercicio de la servidumbre; así, dice Demolombe: «si se trata de un acueducto por ejemplo, puede cavar el suelo para formar el lecho ó canal; si se trata de un camino, desmontar el terreno; si el terreno es una pendiente, construir gradas ó peldaños en forma de escalera, cortar las ramas de los árboles que estorban el camino y aun cortar los árboles». ¿Podría empedrar el camino? Sería una cuestión de hecho y de interpretación; todo dependerá de la naturaleza del camino y de los servicios que esté destinado á prestar. Tiene el derecho de hacer (también la obligación) lo necesario para la conservación de la servidumbre, y se ha juzgado con razón que en la de acueducto, tiene derecho no sólo á limpiar el canal, sino á depositar sobre los bordes de él la tierra, arena y piedras provenientes de la limpieza. Como las obras deben ser ejecutadas de la manera menos perjudicial ó incómoda, el propietario del fundo dominante no debe emprenderlas sino en el tiempo oportuno, en la época del año en que causen menos perjuicios y después de haber advertido previamente al propietario del fundo sirviente.

Este artículo fué corregido siguiendo el original de Aubry y Rau,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las reglas que acabamos de exponer, son para los casos en que el título constitutivo de la servidumbre no determinase la extensión ó manera de ejercerla, y siempre que haya necesidad, en caso de duda, de interpretar la voluntad de las partes.

Corresponde á los dueños de las heredades dominantes, las acciones y excepciones reales, los remedios posesorios extrajudiciales, las acciones y excepciones posesorias (**art. 3034**).

---

§ 253 nº 3, cambiando las palabras «á su cuenta», por «de su cuenta», y al final «como todos» por, «como todas».—Comp. DEMOLOMBE, XII, 832 á 840. MOLITOR, *Sérv.* nº 9. PARDESSUS, nºs 54 y 77. FREITAS, art. 4777.—Véanse arts. 3010, 3018, 3023, 3086, 3089, 3096, 3105.

(**Art. 3034.**) Son los dueños de las heredades dominantes los únicos que pueden ejercer acciones reales ó posesorias y el artículo ha hecho bien en expresarlo así, pues los que tienen servidumbres personales sólo por excepción pueden ejercerlas, en los casos en que siendo las servidumbres reales por su naturaleza se hubieran concedido á las personas y no al fundo. Se entiende que no consideramos servidumbres personales al usufructo, uso y habitación, y aunque lo fueran, no correspondería

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3022. — Molitor, *Servidumbres,* nº 9.— Pardessus, nº 57.—Aubry y Rau, § 253.—Véase Cód. Francés, arts. 697 y 698. La servidumbre no puede consistir *in faciendo,* lo que quiere decir que la servidumbre no es sino una restricción impuesta á la propiedad y no á la libertad del propietario; en otros términos, que ella obliga al fundo y no á la persona del propietario ó poseedor. Cuando se hace la concesión de servidumbre, es decir, cuando un derecho se ha establecido á cargo de un fundo y á favor de otro fundo, las partes pueden derogar la regla general que prescribe que el que goce del derecho de servidumbre debe hacer todo lo que es necesario para que la servidumbre se ejerza. Aun esa derogación no sería sino una cláusula accesoria de la convención de la servidumbre, y no obligaría absolutamente al poseedor del fundo sirviente, el cual podrá libertarse de la carga de conservación abandonando el fundo.

En Derecho Romano el propietario de un muro gravado con la servidumbre *oneris ferendi* estaba obligado á mantener el fundo en estado de soportar la carga del edificio dominante. L. 6, Tit. 5, Lib. 8. Dig.—Véase la nota al artículo 2971 de este Título. En cuanto á la primera parte del artículo debemos decir, que de su resolución no se puede sacar la consecuencia de que aquel á quien se debe la servidumbre, esté obligado á hacer las obras propias para impedir que ellas no sean para el fundo gravado un origen de perjuicios. Así, cuando se ha constituído el derecho de hacer pasar animales en una parte del fundo, y es necesario abrir fosos, ó hacer cercos para que los animales no pasen del terreno que reconoce la servidumbre, tales medidas de precaución son á cargo del fundo gravado.—Pardessus, nº 54.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 833. — Cuándo son varios los propietarios del fundo dominante. — Divisibilidad é indivisibilidad de la servidumbre

La servidumbre no cambia en su naturaleza por la cantidad de personas á quienes pertenezca el fundo dominante ó el sir-

---

al usufructuario las acciones reivindicatorias, porque teniendo por objeto la propiedad de la cosa no pueden deducirla los que no son propietarios; en cambio pueden usar de las acciones posesorias porque la posesión les pertenece. Para defender su derecho de usufructo, uso y habitación tienen la acción confesoria, y para la posesión las acciones posesorias. Así lo enseñan todos los autores y lo consagra el Código.

Tratándose de servidumbres, ¿cuáles son las acciones reales que corresponden al dueño del predio dominante? La acción confesoria del art. 2795 que se deduciría contra la negatoria del propietario que sostiene la libertad del inmueble. El que afirma la existencia de la servidumbre debe probarla; corresponde pues, demostrarla al dueño del predio dominante. Las acciones posesorias son las que competen á todo poseedor para no ser turbado en la posesión de la servidumbre; es decir, en el goce; porque la servidumbre no se posee de otro modo.

Nuestro artículo ha sido tomado de Freitas, arts. 4778 y 4779, y no se ha separado de su modelo, porque dice éste: sólo compete al dominante las acciones y excepciones reales, los remedios posesorios extrajudiciales, las acciones posesorias y *la acción confesoria*; esta última es la única suprimida por nuestro artículo; porque se encuentra comprendida en la expresión genérica de acciones reales. En efecto, las acciones reales son: la reivindicatoria, confesoria y negatoria. La reivindicatoria que reclama la propiedad, no puede deducirse porque no existe propiedad que reclamar; la negatoria, que defiende la libertad del inmueble, no puede alegarse por el que sostiene que el inmueble se encuentra gravado; no queda sino la confesoria destinada á defender las servidumbres activas de que se trata en este caso.

Los remedios posesorios extra-judiciales son los que competen á todo poseedor para defender su posesión por sí mismo en caso de ataque de un tercero.

Las acciones posesorias puede deducirlas el dueño del predio dominante tratándose de cualquier servidumbre, sea continua y aparente, sea discontinua ó no aparente, con la diferencia que las primeras pueden obtenerse por la posesión de 30 años y las segundas sólo por título.—Comp.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

viente, porque siendo éstos los que deben ó reciben el beneficio, las personas en nada lo alteran; por consiguiente, *si la heredad dominante pasa de un propietario único á muchos propietarios en común ó separados, cada uno de éstos tiene derecho de ejercer la servidumbre, sea divisible ó indivisible, con el cargo de usar de ella de manera que no agrave la condición del fundo sirviente. Así, si se trata del derecho de paso, todos los co-propietarios estarán obligados á ejercer su derecho por el mismo lugar. Recíprocamente, la división del fundo sirviente, no modificará los derechos y deberes de los dos inmuebles* (**art. 3028**).

AUBRY y RAU, § 253, texto notas 30 y 31. — Véanse arts. 2469, 2470, 2490, 2495, 2799 y 3035.

(**Art. 3028.**) Esto viene á demostrar en cierto modo que las servidumbres reales son indivisibles como lo sustuve en el art. 3007, aunque se hable en el presente de las divisibles é indivisibles. Si una propiedad debe á otra una servidumbre, ¿qué importa quienes son los dueños? Las propiedades permanecen las mismas, y por consiguiente es indiferente que el fundo dominante se divida en tres ó cuatro propietarios. La única limitación es que no se grave el fundo sirviente, pero cuando esto tuviera lugar, no dejarían de usar del mismo derecho, porque la servidumbre es una y va unida en cada hecho que representa, y que es el signo visible de la servidumbre. Así, en la servidumbre de paso, por ejemplo, no se entenderá por agravación, aunque en realidad lo sea, el mayor número de personas que pasen á consecuencia de la división de la propiedad dominante ó de su adquisición por varios. Cuando la servidumbre la debiere parte del inmueble, continuará debiéndola exclusivamente la parte de ese inmueble, quedando libre lo demás de la propiedad, y si se debiera á una parte del inmueble dominante, sólo corresponderá á esa parte dividida, sin que los demás puedan ejercerla. En la servidumbre de paso por un lugar determinado, por ejemplo, una vez dividido el fundo sirviente, la deberá la parte donde se encuentre el paso; en una palabra, la división del inmueble sirviente ó del dominante en nada alterará la servidumbre.

Cuando por el resultado de la división del fundo dominante, no se pudiera ejercer la servidumbre por el lugar en que fué constituida, no

---

Fallos de la S. C. N. — Aplicación del art. 3034. — Véase fallo al art. 2975. —XXVII, 461 y LXI, 212 y 443.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Se dijo en el art. 3007 que las servidumbres reales eran indivisibles como cargas y como derechos, y se agregó que esta regla era inflexible; pero cuando se trata del modo de ejercerla, sin que ataque en su esencia á la regla establecida, *la servidumbre se considerará divisible cuando consistiere en hechos que sean susceptibles de división, como sacar piedras, tierra, etc., y en tal caso, cada uno de los dueños del predio dominante, puede ejercerla en todo ó en parte, con tal que no exceda la cantidad señalada á las necesidades del inmueble dominante* (**art. 3029**); porque sólo se con-

---

tendría derecho para usarla por otro lugar; ese derecho sólo puede ejercerlo el dueño del predio sirviente en el caso del art. 3037.

No hay que distinguir entre la división forzada ó voluntaria, que se haga del fundo dominante.—Comp. AUBRY y RAU, § 253, letra *C*, y DEMOLOMBE, XII, 858 y 859.

Este artículo fué corregido siguiendo al original de Aubry y Rau, cambiando la palabra *grave* por la de *agrave*, como lo indica el sentido.

(**Art. 3029.**) Se ha dicho que la servidumbre real era indivisible como carga y como derecho, y el Dr. Velez-Sarsfield en la nota 3007 ha consagrado esta doctrina diciendo: la regla de «la indivisibilidad de la servidumbre es *inflexible*». ¿Cómo es que en este artículo se dice que es divisible, cuando consistiere en hechos susceptibles de división? Demolombe, XII, 701, siguiendo la teoría del derecho romano, demuestra que uno de los caracteres esenciales de la servidumbre es la indivisibilidad, y que los arts. 700, 709 y 710 del Cód. Francés la han consagrado, siendo un error el afirmar, como lo hacen Toullier y Pardessus, que la servidumbre, como todo derecho, es divisible ó indivisible, si el hecho que la constituye es susceptible ó no de división. Pero lo que ha inducido á algunos en el error de creer que Demolombe apoya la divisibilidad en el nº 863, es que sosteniendo la indivisibilidad enseña, que ésta no se altera, porque la servidumbre en su ejercicio sea limitada bajo la relación del lugar, del tiempo ó del modo de ejercerla, y que en caso de división del fundo, la servidumbre puede ser conservada ó perdida separadamente por una ú otra de las porciones, sin que pierda el carácter de indivisible. Es la doctrina del derecho romano, que consagrando el principio de la indivisibilidad admitía, que cuando el fundo fuera divi-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3028. — Cód. Francés, art. 700.—L. 23, Tít. 3, Lib. 8, Dig.; y véase el comentario de Marcadé, sobre el mismo artículo.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sidera divisible para su ejecución, permaneciendo la servidumbre como única, desde que cada acto es el ejercicio completo de ella.

Pero cuando el ejercicio de la servidumbre no consistiere en hechos divisibles; es decir, *cuando la servidumbre sea indivisible, cada uno de los propietarios de la heredad dominante puede ejer-*

---

dido, se consideraba como si la servidumbre fuera debida á dos fundos separados y Celso decía: «cada propietario conserva su derecho ó lo pierde por el no uso», l. 6, § 1, tít. 6, lib. 8, Dig.

Cuando la servidumbre era debida á una parte del fundo ó por una parte del fundo, la división de uno ó de otro en nada la alteraría, pues continuaría prestándose en las mismas condiciones.

El principio consagrado por el artículo no altera la indivisibilidad que es inflexible, porque sólo toca al modo de ejercerla, y cada uno de los condóminos, que saca piedras ó tierra ejerce la servidumbre en su plenitud, y cuando la propiedad dominante se divide, no se fracciona la servidumbre porque cada uno la ejerza en su lote, es en el modo de usarla que consiste la división, y si la ley romana permitía considerarla como dividida, á pesar de la regla contraria, autorizando para perderla ó conservarla por cada uno de los propietarios en que se había dividido la propiedad, era porque reputaba que cada uno tenía una servidumbre separada, sin que esto importara la división. Como cada parte del inmueble y el todo de él debe la servidumbre á cada parte y al todo del inmueble dominante, resulta de ahí que no se considera dividida, porque una parte de él la deba á la parte correspondiente. Sobre todo es más cuestión de palabras que de hechos, pues aceptando la indivisibilidad, se considera como que no ataca al principio consagrado, la conservación ó pérdida de la servidumbre, por los lotes en que se hubieren dividido los inmuebles.

En el caso del artículo, cada uno de los propietarios del inmueble dominante ejercerán la servidumbre en su totalidad, con tal que no exceda la cantidad señalada. Así, cuando se hubiere determinado que el inmueble dominante tomaría cien toneladas de piedra del sirviente, cada uno de los dos co-propietarios tomará la mitad, y si uno de ellos sacare el todo, el otro no podrá extraer más, y reglaría sus relaciones de derecho con el otro co-propietario. Cuando no se hubiera designado cantidad no se podrá extraer más piedra ó tierra que las necesarias para el fundo dominante. — Comp. FREITAS, arts. 4783 y 4784. DEMOLOMBE, l. c. Dr. LLERENA, *Concordancias*.—Véanse arts. 3007, y 3025.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cerla sin ninguna restricción si los otros no se oponen, aunque aumente el gravamen de la heredad sirviente, si por la naturaleza de la servidumbre el mayor gravamen fuese inevitable. El poseedor del inmueble sirviente no tendrá derecho á indemnización alguna por el aumento del gravamen (**art. 3030**).

Si el inmueble dominante pasare á ser de dos ó más dominantes por separado, y la servidumbre aprovechare sólo á una parte del predio, el derecho de ejercerla corresponderá exclusivamente al que fuese poseedor de esa parte, sin que los poseedores de las otras partes tengan en adelante ningún derecho (**art. 3032**), porque se con-

---

Art. 3030.) Los co-propietarios tienen entre sí sus relaciones de derecho de las que son responsables, pero eso en nada atañe al fundo sirviente para quien cada uno de ellos es considerado como dueño. La heredad puede resultar gravada no en mayor extensión de la servidumbre porque es la misma, pero sí en el modo de ejercerla; así, el propietario que tiene la servidumbre de paso y enajena á tres más su derecho, cada uno de ellos ejercerá la servidumbre que resultará ser más gravosa, pero como es la misma servidumbre el dueño del predio sirviente no tendrá derecho alguno.

Nuestro artículo ha decidido la cuestión que se suscitaba en el antiguo derecho francés, cuando por la división del fundo dominante se agravaba la condición del sirviente. La servidumbre de paso, por ejemplo, para una casa habitación, vendría á agravarse si esta que pertenecía á uno viniera á ser adquirida por cuatro, y Dumoulin dice, se debe ocurrir al juez para que regle el pasaje de modo que no sea más gravoso; nuestro artículo, siguiendo á los comentadores franceses, ha dispuesto lo contrario, porque sería impracticable tal limitación. — Comp. FREITAS, art. 4785 y DEMOLOMBE, XII, 858 y 859.

(**Art. 3032.**) El presente artículo se refiere á la servidumbre real que debe un fundo á otro, y que pesa sobre una parte del fundo sirviente, ó que sólo aprovecha á una parte del dominante. Cuando se divide el fundo sirviente, como la servidumbre no sufre alteración, si la parte que se dividió queda con la servidumbre, la otra estará libre; por ejemplo, la servidumbre de sacar agua de una fuente ó pozo de la heredad que se divide, la deberá la parte del fundo á quien le ha correspondido la fuente ó pozo. Si el fundo dominante se hubiera dividido y tuviera servidumbre de luces ó de vistas, sólo corresponderán á la porción lindera con el sirviente. Hemos dicho que las servi-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sidera como si las otras jamás hubieran tenido servidumbre á su favor.

No pierde su carácter de indivisible que le hemos reconocido, si consistiere en hechos divisibles y por esa razón, *si la servidumbre fuere divisible y aprovechase á todas las partes del inmueble dominante, ó á una región que haya llegado á ser de dos ó más dominantes por separado cada uno de ellos sólo tendrá derecho á ejercerla en la cantidad que le hubiese correspondido, y en caso de duda, cada uno de los poseedores tendrá derecho á ejercerla en una cantidad proporcional á su parte en el inmueble dominante* (**art. 3033**, 1ª parte), sin que esto altere la indivisibilidad. La servidumbre en este caso es debida por razón de la situación del inmueble á aquellas partes que aprovecharen de ella, no á las otras que por su colocación no pueden sacar provecho alguno.

Si por el contrario, la servidumbre aprovechara á todo el inmueble indiviso; es decir, *si fuera indivisible, se procederá como se ha dispuesto cuando el fundo dominante pertenece á varios, habiendo entonces tantas servidumbres distintas, cuantos sean los poseedores del inmueble dominante; pero no entre esos propietarios uno respecto de los otros, evitándose si fuera posible el mayor gravamen al predio sirviente* (**art. 3033**, 2ª parte).

---

dumbres reales son indivisibles, aunque se trate de hechos que sean susceptibles de división, porque entonces no es la servidumbre la que se divide sino su ejercicio; así, cuando el fundo dominante tiene la servidumbre de sacar tanta cantidad de arena ó de piedra del sirviente, si aquel se llega á dividir ó pertenece á varios, cada fundo ó cada persona ejercerá la servidumbre de sacar la piedra ó arena, aunque la cantidad sea restringida con arreglo á la parte que les corresponda, porque esto sólo será con relación á los condueños entre sí; pero la servidumbre no se ha dividido. — Comp. FREITAS, art. 4786. DEMOLOMBE, XII, 862.— Véanse arts. 2998, 3005, 3028, 3033, 3043 y 3050.

(**Art. 3033.**) La primera parte de este artículo viene á ser la primera del anterior variando una de las hipótesis: la de que aprovechase á todo el inmueble y fuera divisible, creando entonces el derecho para cada uno de los dueños, cuando se hubiere dividido el fundo dominante, y en que cada uno la ejercerá en la proporción que les corresponda; pero no habrá tantas servidumbres como dueños, porque se trata del ejercicio

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Se dijo que la servidumbre personal era aquella que prestaba beneficio más á la persona que á la cosa. Esta servidumbre, que en mi opinión no es tal, y debería comprenderse entre los derechos de usufructo, uso ó habitación más ó menos limitado, puede ser divisible ó indivisible según el Código. Divisible cuando se tratare de hechos ó actos que admitan división, é indivisible, en caso contrario. *Si la servidumbre personal pasare á ser por separado de dos ó más dominantes, y fuere divisible, cada uno de los*

---

de una sola servidumbre que se divide entre varios. En el ejemplo de los artículos anteriores de una servidumbre de sacar piedras ó arena, que es divisible según el Código, y que yo creo debía considerarse como indivisible, cada uno de los condóminos del fundo dominante ó de los dueños de los lotes en que se hubiere dividido ejercen la servidumbre. El dueño del predio sirviente no tiene que reglar las relaciones de derecho que los dominantes tienen entre sí, y cualquiera de ellos puede hacer la extracción de la totalidad, respondiendo á los otros por lo que hubiesen tomado de más.

Cuando la servidumbre es indivisible y el predio dominante fuere dividido entre varios, se dice que habrá tantas servidumbres como *poseedores* haya del inmueble, no porque la servidumbre se divida en realidad, lo que es imposible, sino porque cada dueño la ejerce por completo en la parte que le haya correspondido, como si desde un principio hubiera estado constituída de ese modo; lo que abona la verdad de nuestra tesis de que las servidumbres reales siempre son indivisibles.

La expresión de que no se considerará lo mismo entre los diversos propietarios del inmueble dominante, importa decir, que las varias porciones de este no se encuentran gravadas entre sí, para el ejercicio de la servidumbre que le es debida. Si suponemos las propiedades A, fundo sirviente con la servidumbre de no edificar más alto y D, fundo dominante; que se ha dividido en B, y C; B, puede edificar aunque le prive á C, de la vista del fundo de A, que constituía la servidumbre en favor del fundo D, porque de otra manera sería crear una servidumbre sobre una de las porciones del fundo dominante, por eso el artículo dice: «pero no entre esos propietarios, uno respecto de los otros.»

D
A | B | C

El aumento de gravamen por la división del inmueble dominante deberá soportarlo el predio sirviente, aunque tendrá derecho para exigir que la servidumbre se ejerza de modo que no se altere el servicio, si es que fuera posible. — Comp. FREITAS, arts. 4788 y 4789 y DEMOLOMBE, XII, 865.—Véanse arts. 3028 á 3030, 3032.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dominantes sólo tendrá derecho á ejercerla en la cantidad que le hubiese pertenecido. Si fuere indivisible, cada uno de ellos tendrá derecho á ejercerla, sin que los otros puedan oponerse (**art. 3031**).

Sea la servidumbre divisible ó indivisible, cada uno de los dominantes, (ó) *en común, puede ejercer las acciones del artículo anterior, y la sentencia aprovecha á los otros condóminos* (**art. 3035**),

---

(**Art. 3031.**) Aquí el Código parece crear la servidumbre *personal* definida en el art. 2972, mientras en la nota del mismo artículo el Dr. Velez-Sarsfield expresa que su intención no es de restablecerlas. ¿De qué servidumbres personales habla entonces? Serán de las que importan una mera facultad de que habla el art. 3009? Hemos sostenido, siguiendo al mismo Dr. Velez-Sarsfield, que el usufructo, uso y habitación no son servidumbres, y por consiguiente debemos referirnos á las constituídas como un beneficio ó servicio á la persona y no al fundo. Así, la servidumbre real de sacar agua en beneficio de un fundo, se convertirá en personal, cuando se ha acordado expresamente al dueño del fundo, ó cuando se ha concedido á una persona el derecho de pasearse en un jardín, en que es una mera facultad. La servidumbre de tránsito, por ejemplo, concedida á un fundo que no se encuentra encerrado, se reputa personal en caso de duda, dice el art. 3078, porque si bien presta un servicio al fundo, es más bien la persona la que lo goza; por eso es necesario expresar cuando se constituye, si es personal ó real.

¿En qué casos la servidumbre personal podrá ser divisible? Sólo cuando consista en hechos que sean susceptibles de división; por ejemplo, en la servidumbre real de sacar piedras ó tierra del fundo vecino para las necesidades de este; si se ha constituído como personal, será divisible, si el fundo viniere á pertenecer á varios, y cada uno sacará hasta la cantidad correspondiente ó en su totalidad, respondiendo á sus condóminos. Pero repugna á la naturaleza de la servidumbre el servicio á una persona cuando debe ser siempre á la cosa; porque el beneficio ó carga es de fundo á fundo. De otro modo podría clasificársele entre los derechos reales de uso más ó menos restringido ó de usufructo. Concluiremos, pues, que la servidumbre personal es divisible, cuando consistiere en hechos susceptibles de división.—Comp. FREITAS, art. 4786.

(**Art. 3035.**) ¿Qué alcance debe darse á la expresión de *cada uno de los dominantes en común?* Si cada uno de los dominantes tiene derecho para ejercer las acciones del artículo anterior, no es necesario que se

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

y les perjudica igualmente si la servidumbre hubiera permanecido en común, no así cuando se hubiera dividido en tantas servidumbres distintas como poseedores, pues entonces cada uno de ellos debe intervenir en el juicio.

---

reunan y lo hagan en común, y desde que la sentencia les aprovecha á los demás, quiere decir que es lo mismo que hayan intervenido uno ó varios. La expresión *en común* es tomada de Freitas, art. 4790: ¿es necesario referirlo al art. 2799, que trata de las acciones confesorias? Así lo creo; porque en esa parte se habla de las servidumbres activas para cuya defensa se ha instituido la acción confesoria, y cada uno de los poseedores puede deducirla y á cualquiera de ellos puede serles negada. Debe entenderse, que pueden ejercer la acción *cada uno de los dominantes*, condóminos ó co-propietarios. El artículo ha suprimido la última parte de Freitas que dice: y la sentencia aprovechará á los otros condóminos *ó los perjudicará*, y así debe entenderse, pues el art. 2799 lo establece claramente; pero Freitas agrega: «si no hubo colusión», lo que no desvirtúa el pensamiento; porque no le perjudicará cuando la hubiera, pues la confabulación entre demandante y demandado no debe dañarles, sería proteger la mala fe. — Comp. FREITAS, l. c. PARDESSUS, nº 334.—Véanse arts. 2489, 2796, 2799, 2801 y 2877.

Falta la partícula disyuntiva *ó,* porque pueden hacerlo en común, ó cada uno de ellos separadamente.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO III

DE LAS OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL PROPIETARIO DE LA HEREDAD SIRVIENTE

§ 834. — De lo que debe abstenerse el propietario de una heredad sirviente

Una de las divisiones más importantes, que nuestro Código ha suprimido por considerarla sin valor jurídico, es la que considera á las servidumbres como afirmativas ó negativas, y esa división se ha impuesto como una necesidad en el desenvolvimiento lógico de los principios; así, después de haberla desechado el Dr. Velez-Sarsfield en una nota, el Código nos habla de ellas en seguida.

Comprende las servidumbres negativas, toda abstención de disposición ó de goce por parte del que pudo ejecutar el acto, siempre que esa abstención beneficie al fundo vecino; la servidumbre afirmativa comprende la obligación de soportar al dueño del predio dominante, que ejecute en el predio sirviente, ciertos actos que benefician aquel. La servidumbre pasiva consiste pues, en no hacer ó en permitir que se ejecuten ciertos actos, jamás en hacer.

Por eso dice el **art. 3036**, 1ª parte: *el propietario de la he-*

(**Art. 3036.**) El desmembramiento de la propiedad con relación á la servidumbre, puede hacerse de dos modos: 1°, obligándonos á no hacer en nuestra propiedad lo que tenemos derecho de hacer, *non faciendo;* 2°, obligándonos á permitir que otro haga alguna cosa limitando nuestro derecho de propiedad y que nosotros podíamos impedir se hiciera, *patiendo*. Las primeras pueden consistir en obligarnos á no edificar más alto en nuestra propiedad, á no estorbar las luces ó vistas del predio ve-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

redad sirviente debe, si la servidumbre es negativa, abstenerse de actos de disposición ó de goce, que puedan impedir el uso de ellas; porque su derecho de propiedad ha sido limitado por la ley, el contrato ó el testamento, é importa una perturbación del derecho concedido, cualquier acto en contrario.

Si (la servidumbre) *es afirmativa está obligado á sufrir de parte del propietario de la heredad dominante, todo lo que la servidumbre le autorice á hacer* (**art. 3036**, 2.ª parte), así como todos los actos accesorios necesarios para el ejercicio de la servidumbre principal.

Es un principio general de que, *el dueño del predio sirviente no puede menoscabar en modo alguno el uso de la servidumbre constituida* (**art. 3037**, 1ª parte), y cualquier acto en contrario daría lugar á una acción posesoria, ó á la confesoria correspondiente; *sin embargo, si el lugar asignado primitivamente por el dueño de ella* (de la servidumbre) *llegase á serle muy incómodo, ó le privase hacer en él reparaciones importantes, podrá ofrecer otro lugar, al dueño del predio dominante, y éste no podrá rehusarlo* (**art. 3037**,

---

cino y todas las que tiendan á impedirnos hacer uso de un derecho, estas se llaman negativas. Las afirmativas, por el contrario, tienden á autorizar al dueño del predio dominante para hacer cosas que no habría podido ejecutar en caso contrario, como el derecho de pasaje, el de sacar agua, el de establecer un acueducto, ó todo acto restringiendo el uso del fundo sirviente, pero siempre en provecho de nuestra heredad.

Nuestro Código ha rechazado con razón el nombre de servidumbre á la obligación de hacer que el propietario tomare sobre sí, porque esa es verdadera obligación personal. El propietario de la heredad sirviente debe hacer en su heredad lo que se ha obligado, ó sufrir se practique en ella aquello que prometió. — Comp. AUBRY y RAU, § 254, nº 1. PARDESSUS, nº 57 y FREITAS, art. 4791.—Véanse arts. 632 á 634, 2790. 3018, 3038 y 3039.

(**Art. 3037.**) El principio general es que el contrato es la ley de los contratantes, y ninguno de ellos puede alterar lo convenido contra la voluntad del otro; pero tratándose de servidumbres se hace una excepción, porque en esta materia se sigue el principio de equidad, que no per-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3036.—Pardessus, nº 57.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

2ª parte), siendo cuestión que los jueces decidirán en caso contrario.

---

judicando los derechos del fundo dominante, el dueño del sirviente puede cambiar el lugar de la servidumbre mediante estas condiciones: 1ª, que el lugar asignado le fuera muy incómodo; 2ª, que le privase de hacer reparaciones importantes; 3ª, que ofrezca al dueño del fundo dominante un lugar tan cómodo para el ejercicio de sus derechos, como el que tenía constituído. Es, pues, bajo esta triple condición que puede alterar el contrato.

No es cierto que pueda cambiar el lugar de la servidumbre siempre que no menoscabe los derechos del fundo dominante, porque este principio, puesto como regla general, se encuentra sometido al del art. 1197, de que el contrato es la ley de las partes, y aunque no perjudique el cambio, nadie puede alterar las condiciones establecidas; por esta misma razón, el dueño del predio dominante no puede cambiar el lugar de la servidumbre aunque no perjudique con el cambio al sirviente. Así, dice Demolombe, XII, 898: «no se acogería la demanda de cambio de lugar que hiciera el propietario del fundo sirviente, si no estuviera justificada por un interés cualquiera». En la práctica serán cuestiones de hecho.

Cualquier dificultad que ocurriera para el cambio de lugar de la servidumbre, será resuelta por los jueces, teniendo en cuenta que en caso de duda, se debe decidir en favor del fundo sirviente.

En materia de servidumbre todo es de derecho estricto.

Algunos sostienen que el dueño del predio sirviente puede menoscabar los derechos del dominante, en los dos casos indicados en la segunda parte del artículo, lo que sería una novedad en derecho. El principio es: el dueño del predio sirviente no puede menoscabar *en modo alguno* el uso de la servidumbre constituida. Constituyen una excepción los dos casos siguientes. El modo adversativo *sin embargo*, ha hecho pensar lo contrario, sin fijarse que el derecho del sirviente está limitado por la condición de: «podrá ofrecer otro lugar cómodo»; es decir, el lugar ofrecido no debe alterar las ventajas del fundo dominante; y esta parte se encuentra más clara en el art. 3041, cuando dice: «sin privar al propietario de la heredad dominante de las ventajas á que tenga derecho», de modo que nunca podrá ser perjudicado.

El derecho de cambiar de lugar es una excepción al principio general de que el contrato es la ley de los contratantes, excepción fundada en la equidad, que no debe permitir un perjuicio del cual no recibe be-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 835. — Obligaciones del dueño del predio sirviente que ejecuta actos contrarios á la servidumbre

Sea que las servidumbres provengan de la ley, como en el caso de una propiedad encerrada, sea que se funden en un contrato ó testamento, el principio general es que el propietario del fundo sirviente no puede ejecutar acto alguno que impida el ejercicio de la servidumbre constituída. Cuando contraviniendo á esta prohibición, *el propietario de la heredad sirviente que ha hecho ejecutar trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre, está obligado á restablecer, á su costa, las cosas á su antiguo estado, y en su caso á ser condenado á satisfacer daños y perjuicios* (**art. 3038**, 1ª parte), que hubiese causado, en virtud del principio de derecho de que todo el que ocasiona voluntariamente ó por su culpa un daño á otro debe resarcirlo.

Si la heredad sirviente hubiese pasado á manos de un sucesor particular, éste está obligado á sufrir el restablecimiento del antiguo estado de cosas (**art. 3038**, 2ª parte), *pero* como no se trata

---

neficio la otra parte; pero si no hay perjuicio para el fundo sirviente esa excepción no debe aplicarse, del mismo modo que cuando el dominante recibe perjuicio; lo contrario sería autorizar una injusticia.—Comp. Goyena, art. 544. Freitas, art. 4793 y Demolombe, l. c. — Véanse artículos 2631, 2741, 2914, 3038, 3041 y 3092.

El derecho del dueño del predio sirviente como facultad inherente á la propiedad es imprescriptible, no se pierde por el no uso; pero no es irrenunciable, porque no tiene el carácter de las leyes de orden público, y todo lo que no está prohibido puede renunciarse; son limitaciones al derecho de propiedad que se pueden pactar. Aubry y Rau, § 254; texto y nota 7 apoya esta opinión, admitiendo convención en contrario. — Comp. Demolombe, XII, 905.

(**Art. 3038.**) La acción que corresponde al dueño del predio dominante es la *confesoria* que tiene por objeto el no ser impedido en el ejercicio de las servidumbres activas; pero jamás la *negatoria*, cuyo objeto es

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3037.—Cód. Francés, art. 701.—Italiano, 645. — Holandés, 739. — Napolitano, 622. — de Luisiana, 773.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

de un hecho personal suyo *no podrá ser condenado á hacerlo á su costa, salvo el derecho del propietario de la heredad dominante, para recuperar los gastos y los daños y perjuicios del autor de los trabajos que forman obstáculo al ejercicio de la servidumbre* (**art. 3038**, última parte).

Cuando se habla del autor de los trabajos, se comprende al propietario de la heredad sirviente, ó al usufructuario que hubiere constituído la servidumbre por el tiempo que dura su dere-

---

defender la libertad del fundo y correspondería al dueño del sirviente. El dueño del predio dominante puede hacerse autorizar por la justicia para restablecer (á costa del sirviente) las cosas en el estado anterior, ú obligar á que éste las restablezca, ó un tercero lo haga autorizado por el juez; pero nunca podrá hacerlo por su propia autoridad sin el consentimiento del dueño del sirviente. Lo ejecutado por el dueño del predio sirviente es un hecho personal suyo que no grava al predio, y de este principio nace la consecuencia de que el adquirente de buena fe por título singular, no está obligado á pagar los gastos causados por el restablecimiento de la servidumbre; pero como ésta pesa sobre el inmueble, está obligado á sufrir el restablecimiento. En este caso el dueño del predio dominante que hubiere pagado los gastos de restablecimiento, tendrá derecho para pedir los del anterior propietario que interrumpió el ejercicio de la servidumbre, ó de sus herederos.—Comp. AUBRY y RAU, § 254, texto nota 4. FREITAS, art. 4794, l. 6, § 5 y 7 y l. 12 y 13, tít. 3, lib. 39, Dig.—Véanse arts. 1109, 2419, 2631, 3036 y 3042.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3038. — L. 6, §§ 5 y 7, y LL. 12 y 13, Tít. 3, Lib. 39, Dig.—La solución contraria es defendida por Demolombe, tom. 12. n° 895, fundándose en que la obligación de no hacer nada contrario al derecho de servidumbre, afecta á la cosa como el derecho de donde deriva, y se transmite con todas sus consecuencias aun á los sucesores particulares. Este argumento se apoya en una confusión de principios. La obligación de no hacer nada que sea contrario á la servidumbre, afecta sin duda á la cosa en el sentido de que el sucesor particular no debe contravenir á ella, y que él mismo está obligado á sufrir la destrucción de los obstáculos que su autor ha puesto al ejercicio de la servidumbre. Pero otra cosa es la obligación de reparar el perjuicio causado por un hecho ilicito de este último. El cumplimiento de la obligación meramente personal que de él nace, no puede perseguirse sino contra el que ha causado el perjuicio; y seria contrario á los principios generales del derecho hacer al sucesor particular, responsable de un hecho que él no ha cometido, y someterlo á la obligación positiva de hacer desaparecer sus resultados. Véase Aubry y Rau, § 254, nota 3.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cho, que los hubiera mandado ejecutar. Cuando fuese un tercero extraño quien los ejecutare contra la voluntad del propietario ó ignorándolo, la acción del dueño del predio dominante puede dirigirse contra ese tercero para que restablezca las cosas en el primitivo estado, ó contra el propietario, pero éste no responderá de los perjuicios, pues no se trata de hechos personales.

§ 836. — De los derechos del propietario del fundo sirviente

La servidumbre es una mera limitación al dominio; pero no lo altera ni desnaturaliza en sus bases fundamentales, por eso dice el **art. 3039**, 1ª parte: *cumpliendo con la obligación de tolerar ó abstenerse, que se deriva de la servidumbre, el propietario de la heredad sirviente conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes á la propiedad,* sin que pueda exigirle que ejecute acto alguno, pues la servidumbre, *numquam in faciendo consistit. Así, puede hacer construcciones sobre el suelo que debe la servidumbre de paso, con condición de dejar la altura, el ancho, la luz y el aire necesario á su ejercicio* (**art. 3039**, 2ª parte), de donde se sigue, que el propietario de una heredad gravada con la servidumbre de tránsito conserva el derecho de encerrarla, siempre que no impida el ejercicio de la servidumbre.

(**Art. 3039**.) Se dijo que las servidumbres consistían en no hacer, ó en tolerar que otro hiciera lo que habría podido impedir, jamás en hacer, con las salvedades del art. 3023; por eso cumplirá con no hacer lo que se obligó; pero esto en nada impedirá los demás derechos de propiedad; así, el propietario podrá establecer otros derechos de servidumbre y aun los mismos si no perjudicare los constituídos; por ejemplo, establecer servidumbres de vistas sobre el mismo inmueble, aunque ya las hubiere concedido á otros. En la servidumbre de paso, ¿podrá constituir una nueva por el mismo lugar? Será una cuestión de hechos, y se resolverá según las circunstancias, teniendo en cuenta que no debe disminuir ó dificultar la servidumbre concedida, pero el dueño podrá pasar por el mismo lugar.—Comp. Aubry y Rau, § 254, texto y notas 5 y 6. Pardessus, nº 70.—Véanse arts. 2991, 3036, 3040, 3091 y 3166.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3039.—Aubry y Rau, § 254.—Pardessus, nº 70.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando se ha establecido una servidumbre *el propietario del predio sirviente no pierde el derecho de hacer servir el predio á los mismos usos que formen el objeto de la servidumbre* (**art. 3040**, 1ª parte), siempre que no disminuya ni perjudique la servidumbre constituída. *Así, aquel cuyo fundo está gravado con una servidumbre de paso, ó cuya fuente ó pozo de agua en su heredad, está gravado con la servidumbre de sacar agua de él, conserva la facultad de pasar él mismo para sacar el agua que le sea necesaria, contribuyendo en la proporción de su goce á los gastos de las reparaciones que necesita esta comunidad de uso* **art. 3040**, 2ª parte), porque de otra manera lo que se habría enajenado no sería servidumbre, sino el uso exclusivo de la cosa; y como tiene derecho á usar de ella, pues es suya, siempre que no perjudique el derecho del dominante, es muy justo que contribuya á los gastos de reparación que fueran necesarios.

La determinación de la cantidad con que debe contribuir el propietario á las reparaciones, se deberá fijar por el juez en juicio

---

(**Art. 3040.**) Es una aplicación del artículo anterior. Así, cuando el propietario emplea su propiedad en el mismo uso señalado para la servidumbre que debe soportar, contribuirá á la reparación en la proporción de su goce. ¿Y si con su uso disminuyera los derechos del fundo dominante? Aunque el artículo no hace excepción, sin embargo, como ha concedido ese derecho á otro no puede menoscabarlo, no hay derecho contra derecho, y si su concesión viene á limitar el que tenía, no podrá hacerlo. Cuando la servidumbre absorba toda la utilidad del fundo sirviente, es claro que el dueño de este no podrá usar de ella, sin disminuir el derecho del dominante, y por consiguiente, no podrá hacerlo.

La proporción en que el dueño del fundo sirviente contribuirá á la conservación, se establecerá por el uso que hiciere, y será determinada por el juez. Aubry y Rau, § 254, texto, nota 7, de donde ha sido tomado el artículo, dicen: no pierde, *á menos de convención en contrario*, el derecho de hacer servir el predio á los mismos usos etc.», y así debe considerarse por nuestro derecho, porque no son leyes de orden público.—Arg. del art. 2106. El Dr. Llerena apoya esta opinión.—Véanse artículos 3039, 3103 y 3106.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3040.—Demolombe, tom. 12, nº 887.—Pardessus, nº 66.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

contradictorio, si los interesados no han podido convenir en ella.

El dueño del predio dominante tiene derecho á usar de la servidumbre de la manera que ha sido constituída, sin que el propietario del sirviente pueda menoscabar su derecho, pero éste á su vez *puede exigir que el ejercicio de la servidumbre se arregle de un modo menos perjudicial á sus intereses, sin privar al propietario de la heredad dominante, de las ventajas á que tenga derecho* (**art. 3041**). Cualquier ventaja de que fuera privado le bastaría para rechazar las pretensiones del dueño del predio sirviente.

§ 837.—Cuándo la servidumbre es personal.—Casos de duda.— *(Continuación)*

La servidumbre real consiste siempre en una abstención, ó en permitir que otro ejecute ciertos actos que se habrían podido impedir. Cualquier obligación de hacer que el propietario del fundo sirviente hubiere contraído se reputará personal, y sólo afectará al que la hizo y á sus herederos sin gravar al inmueble, salvo el caso especial del art. 3023.

Hay casos en que la servidumbre constituída pesará sobre todo el inmueble sirviente, sin cambiar de naturaleza, y sin que se entienda dividida, dejará de existir para las demás partes del mismo inmueble, como *si la heredad sirviente pasare á pertenecer á dos ó más poseedores separados, y la servidumbre se ejerciere*

(**Art. 3041.**) Este artículo sienta una regla que comprende el art. 3037 respecto al cambio de lugar de la servidumbre; y la regla general de aquel, rige igualmente para éste, pues no puede hacer cambio alguno por mero capricho, aunque no dañe al fundo dominante; su derecho excepcional se funda en esta regla de equidad: nadie está obligado á sufrir un perjuicio, que no beneficia á otro; por consiguiente, puede *mejorar* la condición del fundo sirviente, sino *perjudica* al dominante. Cuando no hubiere mejora, aunque no perjudique, debe dejar las cosas como se encontraren.—Comp. Aubry y Rau, § 254, texto, nota 10.—Véanse arts. 3021, 3037, 3038 y 3044.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3041.—Pardessus, nos 56 y 62.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sobre una parte de ella solamente, las otras partes quedan libres (**art. 3043**), no sólo porque esa parte le presta todo el servicio, sino porque en la situación de las otras no podría hacerlo.

Siendo la servidumbre una restricción del derecho de propiedad, es necesario que se encuentre bien justificada; por eso dice el **art. 3044**: *en caso de duda sobre las restricciones impuestas*

(**Art. 3043.**) Es la proposición inversa de la contenida en el artículo 3032, que se refiere á la división del fundo dominante, perteneciendo la servidumbre á aquel que únicamente pudiera ejercerla por las situaciones de los inmuebles, cuando se debiera sólo en parte; en el presente, es el fundo sirviente el que se divide, y la servidumbre va con la parte dividida que la soportare. Así, en la servidumbre de paso ó en la de acueducto por un lugar determinado, el fundo sirviente dividido perpendicularmente al paso, cada una de las porciones soportará la servidumbre como si no hubiera división; pero si esta fuera paralela al paso ó acueducto, sólo la deberá aquella porción á la que corresponda la servidumbre, quedando por consiguiente libres las demás partes.

En la primera hipótesis, aunque sólo hay una servidumbre en realidad, como la deben diversos fundos que pertenecen á diferentes dueños, cada uno de ellos puede libertarse separadamente por la prescripción de 10 ó 20 años de no uso; por ejemplo, sean los fundos O [A | B | C | D] H que forman el fundo P, que debía la servidumbre de paso al fundo H, si este no usó durante 10 años entre presentes sino del paso por los fundos D y C que dan á un camino público para ir hasta O, los fundos A y B habrán prescripto la servidumbre. Como cada uno de los propietarios del fundo sirviente puede usar del derecho concedido por el art. 3037, cambiando el lugar asignado á la servidumbre, cuando le fuera incómodo ó le privase de hacer reparaciones importantes, sin menoscabar el derecho del predio dominante, es claro que siendo una la servidumbre constituida deberán todos unirse para ofrecer el cambio, porque el uno no podrá ofrecerlo por un extremo y el otro por otra parte. Si la servidumbre de paso se ejercía por el fundo D, es claro que los otros quedarán completamente libres por la división.—Comp. FREITAS, art. 4796. DEMOLOMBE, XII, 909, y MARCADÉ, II, 667. — Véanse arts. 2998, 3032 y 3033.

(**Art. 3044.**) Hemos dejado para este artículo el estudio de la cuestión relativa á la aplicación de las reglas contenidas en este capítulo, sobre si rigen igualmente á las servidumbres personales. He sostenido

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

por las servidumbres á la heredad sirviente, debe resolverse á favor de la libertad de la heredad, porque ese el estado ordinario.

---

que segun el sistema de nuestro Código no hay verdadera servidumbre personal, si no cuando la real se transforma por su duración y se extingue con la persona, en cuyo caso vendría á ser un derecho de uso ó de usufructo restringido, pero no una servidumbre que supone siempre la relación entre dos fundos. Aunque se habla de servidumbres personales en los arts. 2972, 3031, y 3078, no las hay determinadas en ninguna parte del Código, y aun la servidumbre de tránsito que se considera personal en caso de duda, demuestra que es real de fundo á fundo, y que la convención ó el silencio la transforma en personal. El fundo dominante recibe el servicio por medio de las personas que gozan del derecho concedido, y si mirásemos la cuestión bajo esta faz no habría verdadera servidumbre real; así, la servidumbre de vistas, la de luces, la de no edificar más alto, etc., no benefician al fundo mismo, sino á los dueños; pero no es bajo este aspecto que se debe considerar, sino por la mayor importancia y valor que dan al fundo dominante. Una servidumbre sin fundo á quien aproveche, no es tal en si misma, y el Código ha debido considerarla como un derecho real que grava al inmueble en favor de una persona y termina con ella, como el usufructo, el uso y la habitación, en ese caso no son servidumbres verdaderas.

¿Qué es en efecto el derecho concedido á una persona para cazar, pescar ó sacar arena, ó madera de un fundo? Es un derecho real de uso ó de usufructo restringido y que termina con la persona que lo goza; esto ha debido comprenderse más bien en esos títulos y no en el presente.

Considerada la servidumbre personal bajo este punto de vista, ¿cómo debe aplicarse cuando el fundo que la debe se divide entre varias personas? ¿Cada una de las propiedades la debe por entero ó en la proporción de lo que se posee? Serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán teniendo en vista que la división en nada debe perjudicar á la servidumbre establecida. Y las disposiciones de este capítulo deben aplicarse en cuanto sean conciliables con la naturaleza del derecho real concedido.

El artículo fué corregido siguiendo al original de Aubry y Rau, § 254, al fin, cambiando la conjunción *ó* por la preposición *á* en la expresión «ó la heredad sirviente», por la de «á la heredad sirviente».— Comp. Cód. Luisiana, art. 749.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3044.—Cód. de Luisiana, art. 749.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO IV

DE LA EXTINCIÓN DE LA SERVIDUMBRE

§ 838. — De la extinción por resolución ó vencimiento del plazo

Las servidumbres (como un derecho real cualquiera) *se extinguen por la resolución del derecho del que las había constituído, sea por la rescisión, ó por ser anulado el título por algún defecto inherente al acto* (**art. 3045**), ó por cualquier otra causa que viniera á anonadar el derecho del constituyente.

Cuando hubiera sido vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa, si la posesión de 30 años de la servidumbre no favoreciese al dominante, la propiedad pasaría al vencido, libre de ese gravamen.

Aunque las servidumbres reales participan de la naturaleza de la propiedad en cuanto á su duración, siendo perpetuas como ésta; sin embargo, como puede estipularse que sólo durarán un

---

(**Art. 3045.**) La resolución del derecho del que acordó la servidumbre para que la deje sin efecto, es necesario que la revocación del dominio haya tenido lugar con efecto retroactivo; porque en el caso del art. 124 la servidumbre subsiste á pesar de la revocación. En cuanto á la anulación que trae la revocación, es indiferente que se produzca porque el título fuera nulo ó anulable.

La servidumbre, como derecho real, se extingue por las mismas causas que éstos, con las diferencias que deben hacerse entre las servidumbres reales y las personales. — Comp. Cód. de Luisiana, art. 818. Cód. de Chile, art. 885 nº 1.—Véanse arts. 1847, 2507, 2672, 2682 y 3004.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3045. — Cód. de Luisiana, art. 818. — L. 11, Dig., *Quemat. servit.* Véase Pardessus desde el nº 317.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tiempo prefijado de antemano, ó mientras exista el derecho del constituyente, como sucede en la establecida por el usufructuario en su propio nombre, en estos casos *se extinguen también por el vencimiento del plazo acordado para la servidumbre, y por el cumplimiento de la condición resolutoria á que ese derecho estuviere subordinado* (**art. 3046**).

El cumplimiento del plazo por el que fué impuesta, la extingue *ipso jure* sin necesidad de interpelación alguna, mientras si se tratase de la condición resolutoria es necesario demandar judicialmente la resolución, como se dijo en el artículo 2927 respecto del usufructo, pues no hay otro medio de conocer si la condición se ha cumplido. El dueño del predio dominante que ha continuado haciendo uso de la servidumbre, no deberá indemnización hasta la demanda de la resolución.

§ 839. — De la extinción por la renuncia del derecho

La renuncia del derecho á la servidumbre puede ser expresa ó tácita.

La renuncia expresa debe ser hecha en la forma prescripta para la enajenación de los inmuebles. No tiene necesidad de ser aceptada para producir su efecto entre las partes (**art. 3047**, 2ª parte);

(**Art. 3046.**) Cuando la servidumbre es de las llamadas personales se extinguirá antes del plazo, por la muerte de la persona en favor de la cual se hubiere constituido. La condición resolutoria, sea que revoque el dominio, como se estableció en el artículo anterior, sea que se hubiere puesto á la duración de la servidumbre, una vez realizada, la extingue por completo. Se deben distinguir siempre las servidumbres personales de las reales á las que no puede aplicarse lo dispuesto especialmente para ellas, ni puede regir en absoluto las disposiciones establecidas para estas que necesitan de dos fundos.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 779, nº 7, y Toullier, III, 666, *bis*, VI.—Véanse arts. 2670, 2921, 2988 y 3004.

(**Art. 3047.**) La renuncia será *expresa* sólo cuando se hubiere hecho en escritura pública, y en ese caso no necesitará de ser aceptada, siendo

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3046.—L. 8, Tit. 31, Part. 3ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

porque supone que acepta todo lo que beneficia, y aunque en las donaciones se exige la aceptación, es porque son contratos donde se necesita la concurrencia de las dos voluntades claramente expresadas, mientras en este caso hay un acto unilateral que no las necesita.

La renuncia tácita sucederá cuando el poseedor del inmueble sirviente haya hecho, con autorización escrita del dominante, obras permanentes que estorben el ejercicio de la servidumbre (**art. 3047**, 3ª parte), y se exige la autorización escrita para ejecutarlas, por-

---

una excepción á lo enseñado en el art. 875 y no podrá ser retractada; pero se aceptará cuando fuera el resultado de un contrato previo. Para ser eficaz contra terceros debe tomarse razón en el registro de la propiedad. El art. 879 no contradice esta proposición, pues no exige la aceptación expresa, sino la prueba de que ha tenido lugar, porque el acto de poseer el deudor la copia del documento protocolado, no es bastante para suponer la renuncia.

La renuncia *tácita* necesita de autorización *escrita* para estorbar el uso de la servidumbre, pues sin ella, aunque hubiera tolerado las obras que impidan su ejercicio, no importarán una renuncia, como lo expresan claramente los arts. 3048 y 3049 y se armoniza con lo dicho en el art. 2651, pues como dice Demolombe, XII, 1043: «el dueño del predio sirviente debe imputarse á sí mismo el no haber pedido autorización antes de hacer los trabajos». Todo esto se entiende que es para cuando no se hubiere cumplido el término de la prescripción. Creo, pues, que cualquier acto que ejecutare el dueño del predio sirviente impidiendo la servidumbre á vista y paciencia del dominante, no importaría una renuncia si no hubiere autorización escrita; sin que obste el art. 2651 que se refiere á los límites impuestos al dominio, que son leyes de orden público, ni á la servidumbre forzosa de tránsito, que no es prescriptible ni renunciable.

En el art. 3080 se debe entender, que el consentimiento á las obras debe ser dado por escrito para que exista renuncia, la palabra *consista* indica que no se refiere á la tolerancia ó al silencio.

El presente artículo habla de la renuncia tácita y de la manera de hacerla, el art. 3080 sólo se refiere á esa renuncia, indicando uno de los elementos: el consentimiento; sin hablar de la forma, que ha quedado determinada. Apoyan esta interpretación los arts. 3048 y 3049, que para no dejar duda sobre la manera como debe hacerse la renuncia, dicen: no importan una renuncia las obras hechas por el dueño del predio

InfoJus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

que *la tolerancia de obras contrarias al ejercicio de la servidumbre no importa una renuncia del derecho, aunque sean hechas á vista del dominante, á no ser que duren el tiempo necesario para la prescripción* (**art. 3048**); y debe tomarse como una condición abso-

---

sirviente á *vista* del dominante, aunque impidan la servidumbre, ni tampoco las ejecutadas por el dueño del dominante.

Cuando la servidumbre constituyere á ambos fundos en sirvientes y dominantes á la vez, ninguno de ellos podría renunciarla perjudicando al otro; por ejemplo, en la servidumbre de acueducto concedida por el fundo B para hacer pasar las aguas del fundo A y recibirlas en D, si el dueño del fundo A y D han concedido á su vez al de B el derecho de tomar esa agua para el riego de su fundo ó de represarla usándola como fuerza motriz, y dejándola pasar á su destino, no podrían hacer obras en el fundo A, que impidieran el paso del agua; porque el fundo B, tiene servidumbre sobre el fundo A, y se considera como dominante, mientras es sirviente con relación á D. En este caso no hay renuncia, porque si es dueño de renunciar al acueducto, no lo es para privar á B, del derecho de tomar agua. Nuestro artículo habla de la renuncia del propietario de la heredad dominante, y en la hipótesis ambos lo son.

Freitas, art. 4820, apoya la tesis sostenida, de que no hay renuncia tácita sin la autorización escrita, para hacer las obras que impidan el ejercicio de la servidumbre.—Comp. AUBRY y RAU, § 255, texto, nota 30, y DEMOLOMBE, l. c.

¿Por qué se exige que la renuncia expresa se haga en escritura pública, y la tácita sólo por escrito? Porque en aquella importa una especie de enajenación sin acto alguno; mientras en ésta se encuentra el hecho material de la privación de la servidumbre con la autorización; en aquélla la libertad del inmueble debe registrarse, en ésta no necesita, desde que está á la vista. ¿Cómo podrá perjudicar á los terceros adquirentes á quienes no se les hizo conocer el permiso para impedir la servidumbre, y que compraron por el título? Porque los hechos han estado visibles y deben culparse á sí mismos, si antes del contrato no hicieron la investigación necesaria. El adquirente en este caso tendrá derecho contra el enajenante.—Véanse arts. 868, 872 á 875, 1184, nº 9, 2993, 3014, 3048, 3049 y 3080.

(**Art. 3048.**) El presente artículo es una confirmación de la tesis sostenida en el anterior, de que no hay renuncia tácita sin autorización

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3047.—L. 17, Tít. 31, Part. 3ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

luta la autorización escrita para que se entienda renunciada la servidumbre.

De los principios expuestos se deduce, que *las servidumbres se extinguen por la renuncia expresa ó tácita del propietario de la heredad al cual es debida, ó de la persona á favor de la cual se ha constituído el derecho* (**art. 3047**, 1ª parte), cuando éste sin ser propietario pudo ofrecerla en favor de la heredad de que está en posesión.

Si la renuncia tácita debe ir precedida de una autorización escrita para hacer las obras que estorben el ejercicio de la servidumbre; si la tolerancia de obras contrarias no autoriza á suponerla, *tampoco importa una renuncia tácita del derecho, la construcción de obras contrarias al ejercicio de la servidumbre, hecha*

---

escrita para hacer las obras que impidan el ejercicio de la servidumbre. Se ha seguido un criterio contrario al del artículo anterior, porque se aceptó como irrevocable la renuncia hecha en escritura pública, tratándose de favorecer la libertad del inmueble, y en vez de seguir el mismo pensamiento decidiéndose por la libertad, cuando á la vista del dominante se ejecutaren obras que impidieran la servidumbre, no considera esos actos de tolerancia como renuncia, y exige la voluntad expresa manifestada por escrito; quiere decir claramente: no hay renuncia tácita, desde que el consentimiento debe darse por escrito. La diferencia está sólo en la forma como se manifiesta la voluntad. En el presente artículo se sigue la teoría del art. 875 que admite la retractación de la renuncia, mientras en el anterior se hace una excepción declarándose irrevocable el acto, cuando es hecho en escritura pública, aunque no sea aceptado.

Si las obras permanecieren 10 años estando presente el dueño del predio dominante y 20 estando ausente, la servidumbre quedaría prescripta y libre el inmueble.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 816. Freitas, art. 4821.

Este artículo y el siguiente han podido refundirse en el anterior con una pequeña reforma; pero no creo que se encuentren comprendidos en los arts. 3052 y 3059, ni que haya podido suprimirse.—Véanse arts. 875, 2651, 3047, 3049, 3052 y 3059.

(**Art. 3047.**) Véase pág. 526.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3048.—Toullier, tom. 3, nº 674.—Demolombe, tom. 12, nº 1043.—Aubry y Rau, § 255.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

por el dominante en su heredad, aunque sean permanentes, á no ser que duren el tiempo necesario para la prescripción (**art. 3049**).

§ 840. — De la extinción por imposibilidad ó por falta de utilidad

La imposibilidad para el ejercicio de una servidumbre, puede ser momentánea ó permanente: en el primer caso, suspende el derecho que continuará una vez que hubiera cesado la imposibilidad, si la prescripción no se hubiera cumplido; en el segundo, *la servidumbre se extingue también cuando su ejercicio llega á ser absolutamente imposible por razón de ruina de alguno de los predios, ó por cambio sobrevenido á la heredad dominante, ó á la heredad sirviente, ya provengan de un acontecimiento de la naturaleza, ó de un hecho lícito de parte de un tercero* (**art. 3051**); pero *la servi-*

(**Art. 3049.**) El presente artículo va más allá de lo conveniente y justo, porque no es lógico dar mayor valor á una autorización escrita, que á una obra permanente ejecutada por el mismo dominante impidiendo el uso de la servidumbre. Es una manifestación evidente de la voluntad de renunciar á su derecho. ¿Por qué se admite que pueda retractarla deshaciendo las obras, y se tiene por irrevocable la renuncia en escritura pública, sin aceptación?

No se tendrá, pues, como renuncia tácita, el hecho de consentir al dueño del predio dominante en la enajenación del sirviente, sin la servidumbre, ni cuando la renuncia de una servidumbre importara la de la otra.

Pero cuando la enajenación del predio sirviente se hiciera como libre, porque el dominante hubiera hecho obras que impidieran el ejercicio de la servidumbre, el consentimiento dado á la enajenación por el dominante, se tendrá por renuncia á su derecho.—Comp. Freitas, art. 4821, nº 2. Demolombe, XII, 1044.

(**Art. 3051.**) Es necesario que el ejercicio de la servidumbre sea absolutamente imposible, porque si sólo estuviera interrumpida en una parte, se conservaría en la libre; pero si lo demás viniera á ser posible, después de cumplida la prescripción por el no uso, no volvería á renacer en esa parte; sería el caso del art. 3066. Así, cuando la heredad que debe la servidumbre de paso fuera ocupada permanentemente en parte

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dumbre no cesa cuando la imposibilidad de ejercerla provenga de cambios hechos por el propietario de la heredad dominante, ó por el propietario de la heredad sirviente, ó por un tercero, traspasando el límite de su derecho (**art. 3052**), porque si bien el primero

---

por las aguas, el dueño del dominante podrá servirse de la parte no ocupada; si lo fuera en su totalidad, la servidumbre no se extinguiría sólo se suspendería, desde que renace por el hecho de la desocupación de las aguas y el uso posible de la servidumbre; pero habría verdadera extinción cuando se pasare el tiempo necesario para ser prescripta. Lo mismo sucedería cuando el fundo dominante fuera ocupado por las aguas, ó la fuente donde se tuviera derecho de sacarla se secara, etc. Todo obstáculo que venga á interrumpir el uso de la servidumbre no la extingue en realidad, sólo suspende su ejercicio, pero queda extinguida por el no uso de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes. Si en los fundos [A | B | C] se tratase de la servidumbre de no edificar, adquirida por A, sobre C, y el dueño B, haciendo uso de su derecho, edificara, la servidumbre sobre C, no podría tener lugar y se extinguiría momentáneamente; pero si el edificio se destruyera ó fuera suprimido por el dueño, volvería á renacer, si no ha corrido el tiempo para la prescripción.

El hecho que imposibilita el ejercicio de la servidumbre debe ser lícito, porque si no lo fuera, el ejecutor restablecerá las cosas á su estado anterior.—Comp. AUBRY y RAU, § 255 texto, nota 2. DEMOLOMBE, XII, 965 y 966. TOULLIER, III, 684. CÓD. FRANCÉS, art. 703.—Véanse arts. 2934, 3005, 3053 y 3054.

(**Art. 3052.**) La imposibilidad que extingue la servidumbre debe provenir del hecho de la naturaleza ó del ejercicio de un derecho propio del tercero que con su ejecución la haga imposible; así, cualquier hecho proveniente del dueño del fundo dominante que impida el ejercicio de la servidumbre, no la hace cesar, sino cuando el no uso ha sido durante 10 ó 20 años. En el mismo caso se encuentran las obras ejecutadas por el dueño del predio sirviente ó por un tercero, sin derecho, el dominante puede obligarlos á que las destruyan á su costa restableciendo la servidumbre, ó hacerse autorizar judicialmente para ejecutarlo á costa

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3051.—L. 25, Tít. 31, Part. 3ª. Una servidumbre, por ejemplo, de sacar agua de un pozo, cesa cuando el pozo gravado con ella llega á secarse, sea por causas puramente naturales, sea por efecto de excavaciones que un tercero haya practicado en su fundo.—Toullier, tom. 3, nº 684.—Demolombe, tom. 12, nos 695 y 696.—Pardessus, nº 294.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

puede hacer imposible el goce de la servidumbre constituída en favor de su inmueble, no se le considera que renuncia á ella, hasta que no haya pasado el tiempo para perderla por el no uso; en cuanto al dueño del predio sirviente ó tercero que han creado la imposibilidad pueden ser condenados á restablecer las cosas como se encontraban, si no han perdido el derecho por el no uso.

Para que la servidumbre se extinga es necesario que la imposibilidad de ejercerla sea absoluta, de manera que no pudiera usarse ni en la más pequeña parte, y que además sea permanente, pues si es momentánea, *la servidumbre revive cuando las cosas cambiadas son restablecidas, y puede usarse de ella, si no se hubiese pasado el tiempo de la prescripción, sin que el dominante hubiera restablecido las cosas destruídas ó cambiadas por él, ó si teniendo derecho á demandar las reparaciones necesarias, no las demandó, ó lo hizo después de pasado el tiempo de la prescripción* (**art. 3053**);

---

de ellos; pero habrá perdido este derecho si la servidumbre se ha prescripto por el no uso.—Comp. AUBRY y RAU, § 255, texto y nota 4.—Véanse arts. 3048 y 3049.

(**Art. 3053.**) Cuando la servidumbre ha cesado por la imposibilidad de su ejercicio proveniente del hecho de la naturaleza ó del derecho de tercero, como si el predio sirviente fuera invadido permanentemente por las aguas, ó la casa que me priva de las vistas se hubiera edificado, la servidumbre revivirá si el terreno es desocupado por las aguas ó disecado ó desagotado por el dueño, ó cuando la casa se hubiera caído de tal modo que se pueda usar de la servidumbre. La aplicación de la regla es notable, dice Demolombe: «cuando se trata de las servidumbres que los Romanos llamaban rústica, es decir, *quæ in solo consistunt;* pero no respecto de las urbanas, es decir *quæ in superficie consistunt,* porque la substancia, el muro mismo ó la casa á que estaba unida, ha desaparecido». Nuestro Código ha usado de las mismas palabras del art. 703, cuando «las cosas son restablecidas y puede usarse de ellas»; por consi-

---

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 3052. — Pardessus, tom. 2, n° 294.—Demolombe, tom. 12, n° 974. Estos autores no hacen entrar en el caso del artículo, la hipótesis de que el ejercicio de la servidumbre hubiese venido á ser imposible por cambios hechos por el propietario de la heredad dominante. Este punto de vista no es exacto. El propietario del fundo dominante, es dueño de hacer desaparecer de un momento á otro el obstáculo que se opone al ejercicio de la servidumbre.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

así pues, *es aplicable lo dispuesto en el artículo anterior á las servidumbres activas ó pasivas, inherentes á cosas, paredes de un solo dueño ó medianeras, y á las construcciones en general. Si éstas se demoliesen ó destruyesen, y fuesen reconstruídas, la servidumbre continúa en la nueva casa, en la nueva pared, ó en la nueva construcción, si no hubiese pasado el tiempo de la prescripción* (**art. 3054**).

La servidumbre, á diferencia del usufructo, que puede existir

---

guiente no necesitan ser idénticas y absolutamente las mismas, bastan que sean análogas á las existentes anteriormente; si puede usarse de la servidumbre como antes, sin que haya agravación para el fundo sirviente.—Comp. AUBRY y RAU, § 255, texto, nota 5.—DEMOLOMBE, XII, 973 y 974. CÓD. FRANCÉS, art. 703.—Véanse arts. 3038, 3048 á 3052, 3054 y 3059.

(**Art. 3054.**) Este artículo y el anterior están sujetos á la restricción natural, de que cuando la servidumbre ha sido establecida en un edificio teniendo en consideración su estado presente, su forma ó su destino actual, ella no continuaría en el primer caso en el nuevo edificio, ó si no fuera de la misma forma el construído, ó si no estuviera destinado al mismo objeto. Cuando se hubiera establecido la servidumbre de no edificar más alto en favor de un convento de monjas, mientras subsistía como convento, dejará de existir si ha pasado á ser una refinería; si se hubiera concedido la servidumbre de luces en favor de un edificio, mientras exista en su estado actual, si viniera á destruirse, no renacería en el nuevo que se construyera, porque la voluntad de las partes ha sido no acordar las luces sino al edificio actual. Por lo demás, cuando no haya cláusula especial, se aplicará la regla del artículo anterior y continuará la servidumbre en la nueva construcción.—Comp. FREITAS, art. 4831. CÓD. FRANCÉS, art. 665 y PARDESSUS, nº 233. — Véanse arts. 2941 y 3053.

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 3053.— Cód. Francés, arts. 703 y 704. — Napolitano, 624 y 625.—De Luisiana, 780 y 781.—LL. 34 y 35, Tít. 3, Lib. 8. Dig. —Aubry y Rau, § 255.—Demolombe, tom. 12, nº 974.

Por las Leyes Romanas revivía la servidumbre, aun cuando hubiese pasado el tiempo necesario para la prescripción, porque no había culpa ó negligencia en el no uso. La libertad natural de las fincas reclamaría contra el efecto de la vuelta al primer estado, si pudiese tener lugar después de una duración indefinida.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3054.—Pardessus, nº 235.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

aun sin utilidad ó sobre cosas improductivas, no puede vivir sin la utilidad, asi es que, *la servidumbre concluye cuando no tiene ningún objeto* (objeto alguno) *de utilidad para la heredad dominante. Un cambio que no quitase á la servidumbre toda especie de utilidad, sería insuficiente para hacerla concluir* (**art. 3050**).

§ 841. — De la extinción por confusión

Es un principio de derecho que el propietario no puede tener servidumbres sobre sus propias cosas, porque al usar de ellas ejerce su derecho pleno sobre lo que le pertenece, y las desmembraciones que hiciera para su comodidad, son el resultado de ese ejercicio. Así, cuando una propiedad que debe una servidumbre á otra viene á ser adquirida por el dueño del predio dominante, se produce una especie de confusión, y *las servidumbres se extinguen* (entonces) *por la reunión en la misma persona, sea de los propietarios de las heredades ó de un tercero, del predio dominante y del predio sirviente, cualquiera que sea la causa que la haya motivado, ó cuando en las servidumbres á favor de una persona, ésta ha llegado á ser propietaria del fundo sirviente* (**art. 3055**), como si teniendo

---

(**Art. 3050.**) Será una cuestión de hecho y se decidirá según los casos. Así dice Demolombe: la servidumbre, *altius non tollendi*, establecida en favor de un convento de monjas, continuará subsistiendo, aunque viniera á quedar separado el fundo dominante por una calle pública, ó aunque se cambiara el destino y el convento se convirtiera en un cuartel. La utilidad puede no ser actual, sino futura, y esto bastará para mantener la servidumbre.—Comp. Aubry y Rau, § 255, letra A, y Demolombe, XII, 967 y 968.

(**Art. 3055.**) Y la razón es porque el propietario no puede tener servidumbre sobre sus propias cosas; pero en este caso de confusión como en muchos otros no hay verdadera extinción, sólo se ha suspendido, pues así que vuelven á separarse las propiedades renace la servidumbre, si hay un signo aparente y nada se dijo en el contrato. Pueden

---

Nota del Dr Velez-Sarsfield al art. 3050.—Así, la servidumbre *altius non tollendi vel non ædificandi*, dice Demolombe, no cesa porque una vía pública llegue á separar el fundo sirviente del dominante, pues puede serle conveniente al fundo dominante no tener á su frente un edificio muy alto, tom. 12, nº 967.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

una servidumbre personal de paso ó tránsito, viniera á adquirir el fundo que la debe.

Como la confusión en una misma persona de la calidad de dueño del predio dominante y del sirviente es lo que ha hecho

---

ocurrir las dos hipótesis de los arts. 2994 y 2995; la 1ª cuando se constituyó por el destino del padre de familia siendo *aparente y continua*, si al separarse las dos propiedades nada se dijo en el contrato; la 2ª cuando se constituyó por título, y hay solo un signo *aparente* y nada se dijo en el contrato. En el primer caso si las propiedades divididas ó enajenadas por el constituyente, vuelven á poder de un solo dueño, como no hay servidumbre sobre las cosas propias, se extingue por la confusión, pero si las vuelve á dividir, como no hay título debe estar representado por los signos exteriores que son la apariencia y la continuidad, si alguna de estas condiciones falta no renacerá la servidumbre; en el 2º bastará que haya un signo aparente para que renazca. En ambos casos la servidumbre está en suspenso.

La confusión puede operarse como lo enseña Demolombe, XII, 983, no solo cuando se llega á ser dueño de todo el fundo dominante, y del sirviente, sino cuando una parte del fundo dominante se reuniera al sirviente, y reciprocamente, si esta parte era sólo la dominante ó sirviente y formase por si sola todo el objeto activo ó pasivo de la servidumbre. Freitas, art. 4813, expresa con más claridad la idea cuando dice: «extínguese la servidumbre por la confusión definitiva en la misma persona de las dos calidades de dominante y de poseedor del inmueble sirviente» comprendiendo así las tres hipótesis que pueden ocurrir.

Para darnos cuenta de la aplicación de estos principios, supongamos tres fundos [A | B | C] el A, tiene la servidumbre de sacar agua de C, y adquiere la de hacer pasar el agua por B, el dueño de A, adquiere el fundo C. ¿Se habrá extinguido la servidumbre? Juliano en la ley 30, § 1, tít. 3, lib. 8. Dig. respondía que no, porque el fundo medio por el cual pasaba el agua siempre ha pertenecido á otro, y era necesario que el mismo propietario hubiera adquirido los tres fundos. No habrá pues, confusión en este caso, cuando el propietario del fundo dominante viene á ser propietario del fundo sirviente, ó cuando adquiere una parte determinada de él, que deje intacta la servidumbre, ó finalmente, cuando dos propietarios de dos heredades distintas que tienen servidumbre sobre una tercera heredad adquieren en común el fundo sirviente; pero se extinguirá cuando los co-propietarios del mismo fundo adquiriesen en común la propiedad del sirviente. En *contra* FREITAS, art. 4827, nº 3. Comp. TOULLIER,

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

extinguir la servidumbre, resultará que, *si la adquisición de la heredad que causó la reunión en una persona de los dos predios, llegare á ser anulada, rescindida ó resuelta con efecto retroactivo, se juzga que la servidumbre nunca ha sido extinguida. Lo mismo sucederá si la reunión de las dos heredades cesare por una evicción legal* (**art. 3056**). Se dice que en estos casos la servidumbre re-

---

II, 666, nota *a*, y DURANTON, V, 660 y 664. — Véanse arts. 862, 2198, 2931, 3032, 3043, 3056 á 3058, 3237 y 3373.

(**Art. 3056.**) Las causas porque la servidumbre extinguida aparentemente por confusión, viene á continuar son: 1°, si el título de adquisición fuera nulo; 2°, si fuera anulado por sentencia; 3°, si fuera rescindido por un pacto expreso del contrato; 4°, si se resuelve por el cumplimiento de la condición resolutoria; 5°, si la cosa viniera á ser objeto de una evicción, y el que constituyó la servidumbre hubiera tenido derecho para hacerla; lo que demuestra que la confusión no produce una extinción irrevocable. Estas causas son las que los autores llaman *antiguas*, en contraposición á las *nuevas*, que producen la división de los inmuebles después de operada la confusión, y que no destruyen *in præteritum* sus efectos, conservando los producidos; es decir, que la servidumbre no renace. Cuando un heredero poseyendo un fundo propio que tenía una servidumbre sobre uno de la sucesión que ha aceptado pura y simplemente, cede sus derechos á un tercero, la servidumbre extinguida no renace, porque no hay resolución del título de heredero, pero si hubiere un signo *aparente* se consideraría existente según el art. 2995, si nada se hubiera dicho en la convención.

Cuando la adquisición de la heredad que operó la confusión fuera anulada, rescindida ó resuelta, no tiene necesidad de un efecto retroactivo especial para hacer renacer la servidumbre, pues las cosas volverán á quedar en el estado que tenían antes de la enajenación, que se consi-

---

Nota del Dr. Velez-Sarfield al art. 3055.—L. 17, Tit. 31, Part. 3ª y L. 1, Tit. 6, Lib. 8, Dig.—Cód. Francés, art. 705.—Italiano, 664.—Napolitano, 626.—De Luisiana, 801 y 802.

Para causar la confusión es preciso que las dos heredades pertenezcan en su totalidad al mismo propietario. Así, si uno de los fundos estaba sujeto á los dominios separados de dos particulares que lo comprasen en común, no habría confusión. Diferente cosa sería, si todos los co-propietarios del objeto indiviso, al cual la servidumbre fuese debida, comprasen en común el fundo que la debe, y recíprocamente, porque no quedaba ninguna parte del fundo sirviente que no perteneciera á los mismos propietarios.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

vive, lo que no es exacto, porque no se ha extinguido en realidad, únicamente no puede continuar como servidumbre, por la calidad del propietario, aunque el servicio de las propiedades haya continuado prestándose en la misma forma.

Debemos hacer una distinción importante: la servidumbre se considerará extinguida, á menos que al dejar de pertenecer las propiedades al mismo dueño, hubiera un signo aparente de la servidumbre ó si se estipulare que continuaría.

Se ha supuesto que el inmueble dominante y el sirviente vinieran á pertenecer al mismo propietario; que la servidumbre constituída por título no se pudiera ejercer en la calidad de tal, pues la misma persona es dueña de los dos inmuebles, situación que es necesario diferenciar del art. 2994, en la servidumbre creada por el destino del padre de familia, pues el servicio que una propiedad presta á la otra es en virtud de la voluntad del propietario, y para que continúe como servidumbre después de la enajenación de una de las propiedades, es necesario que sea *continua y aparente*, pero si existe un título anterior, basta que sea *aparente*. Siguiendo este principio que nace del art. 2995 se ha establecido que, *extinguida la servidumbre por confusión definitiva de las dos calidades de dominante y poseedor del inmueble sirviente, no revivirá por el hecho de dejar de pertenecer al mismo poseedor del inmueble dominante ó el inmueble sirviente, á no ser que hubiese declaración expresa en el instrumento de enajenación de uno de esos inmuebles, ó que sin haber declaración en sentido contrario, existiesen entre aquellos signos aparentes de servidumbre al tiempo de la enajenación* (**art. 3057**), porque basta el título

---

dera como si no hubiera tenido lugar. — Comp. AUBRY y RAU, § 255, texto, nota 10, y DEMOLOMBE, XII, 984 á 987.—Véanse arts. 867, 2930, 3055, 3181 y 3308.

(**Art. 3057.**) Este artículo se debe armonizar con los arts. 2994 y 2995, dándoles la inteligencia que en su lugar le atribuímos. Supone los casos siguientes: 1°, que la servidumbre haya sido creada por el des-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3056. — Cód. de Luisiana, art. 802. — Duranton, tom. 5, n° 666.—Pardessus, n° 300.—Demolombe, tom. 12, n° 984. — Aubry y Rau, § 255.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

anterior y la apariencia de la servidumbre para que ésta continúe en los mismos términos en que fué establecida.

Para que haya confusión de las calidades de propietario de las dos heredades, es necesario que éstas hayan sido adquiridas en su

---

tino del padre de familia, y siendo *aparente y continua,* las propiedades se hubieran confundido y después se separasen los predios, art. 2994; 2°, que la servidumbre se hubiera constituído por título, sin haber signo *aparente,* y sin hacerse declaración expresa en el instrumento de enajenación; 3°, que siendo constituída por título y habiendo un signo *aparente* al tiempo de la enajenación, nada se hubiera expresado en el contrato, art. 2995. En el primer caso, como el título es la apariencia y la continuidad de la servidumbre, si nada se ha dicho en contrario al separarse las propiedades, se juzga que la servidumbre está constituída y continúa; en el 2° como nada se ha dicho en el contrario y no hay signo alguno que demuestre la existencia de la servidumbre, se considera como no existente, y la confusión ha producido sus efectos, quedando extinguida; en el 3°, como hay un signo exterior de la servidumbre y existe el título que la creó, basta el silencio y la separación de las dos propiedades para que renazca, ó más bien dicho, para que no se considere extinguida.

¿Qué sucederá cuando el dueño del predio dominante hereda el predio sirviente, y enajena en seguida sus derechos hereditarios? Demolombe (XII, 986) la resuelve por esta distinción: si apreciamos el efecto de la cesión entre cedente y cesionario, la servidumbre debe ser restablecida; si trata de apreciarla, al contrario, respecto de terceros que tendrían intereses de prevalerse de la confusión, la servidumbre no renacería por efecto de la cesión. Supongamos, por ejemplo, dice: «que el heredero después de su aceptación, y antes de la venta de sus derechos sucesorios haya enajenado el fundo propio, este fundo habiendo entrado en poder del adquirente después de cumplida la confusión, no era ni dominante ni sirviente, y no puede depender del heredero por su hecho personal de hacer renacer en seguida la servidumbre sea en el interés ó en perjuicio del adquirente». Esta doctrina no puede aceptarse ante los artículos 2994 y 2995 y el presente, porque la servidumbre constituída por título renace por la separación, si había un signo *aparente* y nada se dijo en la enajenación, y si no había título y sólo fué constituída por el destino del padre familia, bastará que sea *continua y aparente* para que se considere que ha continuado. Así, cuando el fundo A, de propiedad del heredero, tiene en su favor una servidumbre de acueducto sobre el fundo

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

totalidad por la misma persona, así, *no habrá confusión de las dos calidades de dominante y poseedor del fundo sirviente, cuando el poseedor de uno de los inmuebles llegase á ser simplemente condómino del otro inmueble, ó cuando la sociedad conyugal adquiriese un inmueble dominante ó sirviente de otro inmueble de uno de los cónyuges, ó de uno de los socios, á menos que disuelto el matrimonio, ó disuelta la sociedad, ambos inmuebles vengan á pertenecer á la misma persona* (**art. 3058**).

B, que acaba de adquirir por herencia, si vende el fundo A y enajena después sus derechos hereditarios, la servidumbre renace; pero si tenía la servidumbre de no edificar más alto, y nada se dijo en el título, esta ha quedado extinguida porque no hay signo aparente.

Este artículo fué corregido, agregándose la última parte: «ó que sin haber declaración en sentido contrario, existiesen en aquellos signos aparentes de servidumbre al tiempo de la enajenación», armonizándolo con el art. 2995, y siguiendo al original de Freitas, art. 4825. — Comp. AUBRY y RAU, § 225, letra B.

(**Art. 3058.**) Para que la confusión tenga lugar, ambos inmuebles deben pertenecer al mismo dueño, ó por lo menos confundirse en la parte que se tenga la servidumbre, cuando esta no aproveche ó no pese sobre todo él. Cuando el dueño del predio dominante adquiriese en condominio el fundo sirviente, no habrá confusión porque no es dueño exclusivo de ambos; sin embargo, si tuviera cada uno de ellos una parte determinada, podrá operarse la confusión, si esta parte fuera la que sufriese la servidumbre debida.

Como el matrimonio no confunde el capital introducido por los cónyuges, permaneciendo de cada uno lo que se hubiese llevado, así como lo adquirido por donación ó herencia, no hay confusión con el fundo que adquiriese la sociedad conyugal y el de uno de los cónyuges. Esto sucedería en cualquier otra sociedad. Tampoco habrá confusión, cuando dos poseedores de inmuebles distintos con una servidumbre sobre un tercer inmueble, vinieran á adquirirlo en común.—Comp. FREITAS, art. 4827, n. 1 y 4.—Véanse arts. 3055 y su nota al fin.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3057. — L. 17, Tit. 31, Part. 3ª.—Cód. de Luisiana, art. 808. En el caso del artículo la Ley Romana dice: *si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est.* L. 30, Tít. 2, Lib. 8, Dig. — Véase Aubry y Rau, § 255, letra B.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3058.—Pardessus, nº 300. La confusión

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 842. — De la extinción por el no uso

Las servidumbres no se adquieren en general sino por título, y por una excepción se ha permitido que las continuas y aparentes, se puedan adquirir por la posesión de treinta años. ¿Por qué se ha separado de la prescripción ordinaria de diez y veinte años? Porque siendo las servidumbres pequeñas desmembraciones de la propiedad, se prestan fácilmente á dejarlas olvidadas, ó á descuidos en los propietarios, que á cada momento se verían privados de ellas por la constitución de un título otorgado por el que no tuviera derecho.

Como interesa á la sociedad que la propiedad pueda transmitirse sin trabas ni gravámenes de ningún género, la ley ha exigido que el dueño de la servidumbre la ejerza constantemente, por eso dice: *las servidumbres se extinguen por el no uso durante diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, aunque sea causado por caso fortuito ó fuerza mayor* (**art. 3059**, 1ª parte), ha-

---

(**Art. 3059.**) Se trata de la prescripción liberatoria, y para que el inmueble recobre su libertad basta el no uso, sin hacer distinción entre la servidumbre continua ó discontinua, aparente ó no aparente. Pero, ¿cómo se juzgará en las servidumbres negativas que consisten en no hacer? La no ejecución de lo que el propietario tenía derecho de ejecutar equivale á la posesión en este caso, y por consiguiente no habrá prescripción por su parte hasta que el sirviente no haya ejecutado, y ésta se contará desde que hizo las obras.

Como la servidumbre se posee por el goce, que hace las veces de tradición, art. 2977, el no uso equivale en este caso á una especie de abandono, y la prescripción comienza desde el último acto ejecutado ó que tenía derecho de ejecutar. Cuando la servidumbre es discontinua se puede decir que después de cada acto comienza á correr la prescripción que se interrumpe por el que le sigue, y así se puede explicar la expresión de

---

supone la propiedad perfecta de las dos heredades en mano de uno solo. Así, cuando uno de los fundos no es poseído sino á un título resoluble, la confusión no tiene lugar. Un marido y una mujer, por ejemplo, no causan confusión de la servidumbre que la heredad del uno tiene sobre la del otro. (L. 7, Tít. 5, Lib. 23, Dig.)

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ciendo que la propiedad quede libre una vez transcurrido dicho término.

¿Cómo debe contarse el término para la prescripción por el no uso? Es necesario distinguir: si la servidumbre es discontinua, como su existencia sólo se revela por la ejecución eventual, una vez que ha dejado de ejecutar cada acto, se reputa que la prescripción continúa desde ese acto; en las continuas por el contrario, como la servidumbre se revela constantemente, es necesario que haya un acto que venga á impedir la continuación, y la prescripción se cuenta desde el acto que la ha interrumpido; esto es lo que significa el Código al decir, *el tiempo de la prescripción por el no uso continúa corriendo para las servidumbres discontinuas, desde el día en que se haya dejado de usar de ellas, y para las continuas, desde en que se ha hecho un acto contrario á su ejercicio* (**art. 3059,** 2ª parte).

---

continúa corriendo, de que usa el artículo, cuando en realidad *comienza* desde ese acto y se reputa que la ha abandonado.

El caso fortuito comprende los hechos de la naturaleza que impidan el ejercicio de la servidumbre, lo mismo que los de fuerza mayor, que se aplican á los hechos del hombre; pero estos en nada se refieren al ejercicio de la acción para impedir la prescripción, y se rigen por el art. 3980; cuando hubiere imposibilidad, los jueces están autorizados para librar de las consecuencias de la prescripción. Así, cuando el dueño del predio dominante no haya podido ejercer la servidumbre por una inundación de muchos años, ó el que tenía derecho de sacar agua, por haberse secado la fuente, ó por la ocupación militar en tiempo de guerra, todas estas causas se refieren al ejercicio de la misma servidumbre; pero cuando el dueño del predio sirviente ha hecho una obra que impide su ejercicio, y no ha podido demandar su demolición, porque fué tomado prisionero por los enemigos de la nación en guerra, el juez, teniendo en vista estas circunstancias, puede libertarlo de las consecuencias de la prescripción, si se presentó inmediatamente de recobrar la libertad. ¿A quién corresponde la prueba del tiempo que ha corrido? Al que afirma que el inmueble ha recobrado la libertad; pues se parte del principio de que la servidumbre existe, y quien sostiene su extinción debe demostrarla. Si se tratare de una servidumbre negativa y el dueño del inmueble sirviente alegare que está prescripta, deberá probar la existencia del hecho que la ha impedido y el tiempo transcurrido.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Para conservar la servidumbre é impedir la prescripción, basta que los representantes del propietario en los derechos de su predio, ó los extraños hayan hecho uso de la servidumbre por ocasión del

---

¿Qué sucederá cuando un tercero adquiere el predio sirviente? En la Capital, Territorios Federales y Provincias donde existe registro de la propiedad, no habrá duda alguna, porque estará registrado el título que limita la propiedad y no podrá enajenarse como libre; en las que no lo hubiere, será cuestión de hecho y de circunstancias. Si la servidumbre es negativa, por ejemplo, de no edificar ó de no edificar más alto, como la posesión ó el goce ha consistido en el no ejercicio del derecho, el adquirente no puede alegar que no ha existido tradición; si es positiva y existía signo aparente, sólo podrá alegar el no uso; si no había signo aparente ni el dueño del predio sirviente hubiere ejecutado acto alguno, el inmueble se consideraría adquirido como libre, si el adquirente tiene buena fe, art. 577 y 594.

El acto contrario al ejercicio de la servidumbre debe ser ejecutado por el propietario ó su representante, ó por el que se atribuye la propiedad, aunque no tenga derecho á ella, ó por los extraños que hagan uso de la servidumbre por ocasión del fundo.

La última parte del artículo dice, que en las servidumbres continuas, el tiempo debe correr desde el acto contrario al ejercicio de la servidumbre, lo que no excluye que el mismo principio se aplique á las discontinuas, y con mayor razón, porque comienza á correr desde que se dejó de usar de ellas, sea cualquiera la causa. En las servidumbres negativas tiene su aplicación absoluta el principio, porque el acto ejecutado es la negación de la servidumbre; así, en la de no edificar más alto, el tiempo se contará desde que la construcción se hizo.

Téngase presente que este artículo se aplica á la pérdida de toda la servidumbre por la prescripción, mientras el art. 3066 rige para la extinción parcial ó modificación por la imposibilidad ú oposición del propietario de la heredad sirviente.

El acto *contrario al ejercicio* de la servidumbre en esta hipótesis, puede consistir en la oposición del propietario, ó en la ejecución de una obra que la impida, y en ambos se aplicará á la servidumbre discontinua. Son los únicos modos de limitar la servidumbre discontinua, mientras la continua se restringe sólo por el no uso en la extensión concedida en el título. Hay pues, una diferencia esencial en el modo de limitarlas mientras se aplican las mismas reglas para perderlas por prescripción. — Véase la nota 3066. Maynz, § 231 y Goyena, art. 545, nº 2. Cód.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

fundo. Así, la servidumbre se conserva por el uso que de ella hiciera el poseedor de mala fe que goce de la heredad á la cual es de-

---

Francés, arts. 706 y 707. Molitor, nº 125.—Véanse arts. 2651, 2921, 2924, 2975, 3053, 3060 á 3064, 4016 y 4026.

Nota del Dr. Velez-Sarsfiel al art. 3059.—L. 16, Tít. 31, Part. 3ª. — Cód. de Luisiana, art. 786.

El Cód. Francés señala treinta años para la prescripción de toda clase de servidumbres. Por el Derecho Romano las servidumbres se perdían por el no uso de diez y veinte años. L. 13, Tít. 34, Lib. 3, Cód. Si la servidumbre no era de uso cuotidiano se doblaba el tiempo del no uso. L. 7, Tít. 6, Lib. 8. Dig. Pero la Ley 13 citada lo fijó para la servidumbre en veinte años sin distinción de presentes y ausentes. En las servidumbres urbanas no bastaba el simple no uso para perderse, era necesario además que el dueño del predio sirviente prescribiese la libertad de éste, haciendo lo que á virud de la servidumbre no podía hacer; por ejemplo, alzando el edificio, si la servidumbre era de no alzarlo. Nosotros hemos establecido que los derechos no se pierden tan sólo porque no se ejerzan; sin embargo, está dispuesto en otra parte de este Código que la pérdida del derecho de propiedad puede resultar indirectamente por falta del ejercicio de ella, cuando otro ha adquirido por prescripción la cosa que nos había pertenecido. El mismo resultado podría producirse segun la Legislación Romana respecto de las servidumbres, si durante el tiempo requerido para la prescripción, la persona á quien una servidumbre compete no la ejerce, y durante ese mismo tiempo, el dueño de la heredad sirviente ejerce el derecho de propiedad en toda su extensión bajo las condiciones requeridas para la prescripción; es evidente que habría adquirido la propiedad libre é ilimitada de su heredad. *Usucapio libertatis.* Esta prescripción tendrá necesariamente el efecto de extinguir la servidumbre que coartaba la libertad, como la prescripción de una cosa corporal tiene el efecto de aniquilar el derecho del antiguo propietario. Mas en estos casos la prescripción es la que produce este resultado y no el no uso accidental del que pierde su derecho.

Mas la práctica demostró que comúnmente era más fácil distinguir la posesión de la libertad del no uso en las servidumbres discontinuas, porque las manifestaciones exteriores de estas ideas no presentan ninguna diferencia sensible. En efecto, desde que el acto positivo necesario para el ejercicio dela servidumbre no tiene lugar, la heredad sirviente se encuentra en libertad, sin que el propietario tenga necesidad de ejecutar un acto cualquiera que compruebe que toma posesión de esta libertad. En otros términos, el simple no uso de la servidumbre, tiene necesariamente el efecto de dar al propietario de la heredad el ejercicio ó la posesión de la libertad. Desde entonces ha debido abandonarse la idea de la prescripción de la libertad, que en sí misma es muy abstracta, y que ofrece menos interés práctico que la extinción de la servidumbre discontinua por el no uso de ella, sin que el dueño del predio dominante pueda hacer algo para alcanzar esa libertad. Véase Maynz, § 231.

Decimos que la servidumbre se extingue por el no uso, aunque sea causado por caso fortuito ó fuerza mayor. El principio antiguo *contra non valentem agere non currit prescriptio*, está formalmente abolido por la teoría mo-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

bida (**art. 3060**), porque la pérdida del derecho se funda en el no uso, y si cualquiera la hubiere usado en beneficio del dominante, faltaría la condición esencial de liberación.

Habiendo establecido que uno de los caracteres de las servidumbres reales es la indivisibilidad, resultará que, *si la heredad en favor de la cual la servidumbre está establecida, pertenece á mu-*

(**Art. 3060.**) Se trata de los actos de conservación que cualquiera puede ejecutar para impedir que el derecho se pierda; así, no sólo el propietario ó el que lo represente, sea arrendatario ó simple tenedor puede ejecutarlos, sino aun los extraños; pero éstos deben realizarlos haciendo uso de la servidumbre por *ocasión del fundo*; es decir, en beneficio de éste, como si los obreros que trabajasen en el fundo dominante hicieran uso de la servidumbre de paso para ir á trabajar en él. Los que fueran de visita al fundo dominante ¿conservarán la servidumbre por el hecho de pasar por el sirviente? Será una cuestión de hecho, porque si han pasado por otro lugar que el determinado, no la conservarían; lo mismo se debe decir con relación á los demás extraños al fundo. Es necesario que hayan tenido la intención de usar de la servidumbre y lo hayan hecho en beneficio del fundo dominante. No la conservarían los simples pasantes que fueran á otro fundo, recorriendo el sirviente y el dominante.

El poseedor de mala fe del fundo dominante, que lo hubiera tomado por despojo, conservaría la servidumbre por el uso de ella, porque es un simple poseedor, y su buena ó mala fe sólo tiene relación con el dueño de la cosa y en nada toca al fundo sirviente.—Comp. DEMOLOMBE, XII, 995 y PARDESSUS, 302.—Véanse arts. 2446, 2448, 3013 y 3090.

---

derna de la prescripción. Hoy puede decirse que la prescripción corre contra todas las personas, á no ser que se hallen en el caso de alguna excepción establecida por la ley. Por otra parte, el artículo dispone sobre una prescripción de la libertad de los fundos. Si se ha secado una fuente en la que se habia constituído el derecho de sacar agua, la servidumbre no revive porque el agua vuelva á brotar después de diez años: pasado este tiempo, el predio prescribió su libertad. Además, los fundos en los que una servidumbre ha cesado durante diez ó veinte años, pueden pasar á terceros poseedores sin ese gravamen que no existe al tiempo de la enajenación, y se hallaria con una servidumbre que puede decirse que recién nacía, y de la cual podía ser responsable el que hubiera cedido el predio. El sabio jurisconsulto Demante ha tratado extensamente la materia en una memoria que se halla en la Revista de Fœlix, año 1850, pág. 559.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3060.—LL. 11 y 24, Tít. 6, Lib. 8, Dig. —Pardessus, n° 302.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

chos, pro-indiviso, el goce del uno impide la prescripción respecto de todos (**art. 3061**), y como una consecuencia necesaria de estos principios, *si entre los propietarios se encuentra alguno contra el cual el tiempo de la prescripción no ha podido correr, habrá éste conservado el derecho de los otros* (**art. 3062**), desde que la servidumbre no ha podido dividirse.

(**Art. 3061.**) Esto se funda en el principio de la indivisibilidad de la servidumbre; cualquiera de los condóminos que la hubiere gozado, la conserva para los demás; y no podría ser de otro modo, pues no se comprendería como algunos pudieran perder lo que otros han conservado, siendo una é indivisible. Y el mismo principio rige para la adquisición de la servidumbre contra el inmueble perteneciente á varios pro-indiviso; la interrupción de cualquiera de los co-propietarios aprovecharía á los demás.—Comp. Cód. Francés, art. 709. Demolombe, XII, 775.—Véanse arts. 688, 2679, 2684, 3007, 3062, 3992 y 3996.

(**Art. 3062.**) Se trata de la suspensión, que es un privilegio acordado á ciertas personas, y no de hechos de interrupción, que necesariamente deben aplicarse á todos los co-propietarios. Como las servidumbres reales son indivisibles, contra cualquiera de los propietarios que no hubiera podido correr la prescripción, no habría corrido para los otros. Pero, ¿qué dice el artículo sobre la debatida cuestión de la división de la heredad? Si licitada la adquiriese uno de los herederos mayores, ¿podrá éste prevalerse de que la prescripción no ha corrido contra su co-propietario menor? La Corte de Casación Francesa ha decidido que no, y Demolombe combate esta opinión con muy buenas razones. Nuestro artículo no la resuelve.

Si la prescripción no ha corrido, porque entre los co-propietarios había un menor, ¿por qué habría de correr cuando la propiedad viniera por la licitación á ser de uno de los mayores? Se podría contestar, los arts. 2695, 2696 y 3503 resuelven la cuestión en el sentido de que los mayores no pueden alegar un privilegio acordado á los menores, y si por la naturaleza de la indivisibilidad de la servidumbre, gozaban de él

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3061. — L. 18, Tít. 31, Part. 3ª. — L. 10, Tít. 6, Lib. 8, Dig. — Cód. Francés, art. 710. — Napolitano, 631. — De Luisiana, 897. Los derechos á una servidumbre no son personales, sino una consecuencia de la propiedad del fundo para el cual se han establecido. El co-propietario que usa de ella no puede hacerlo únicamente por su parte que aun no está determinada, y por consiguiente usa por el todo. Véase Pardessus, nº 303.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 843. — De las modificaciones de la servidumbre

La modificación de la servidumbre es una especie de extinción parcial que se opera teniendo por base la misma servidumbre cons-

---

durante la comunidad, no habría razón para extenderlo cuando hubiese cesado. Según esos artículos la cosa ha pertenecido desde un principio al propietario licitador, ó al heredero á quien le correspondió por la partición. ¿Cómo haría valer entonces los privilegios que corresponden á otros? Por mi parte, rechazando como doctrina la teoría enseñada por los arts. 2695 y 2696 por lo que respecta á su justicia y equidad, con relación á los terceros, creo que debe ser admitida desde que se ha convertido en ley, y por eso opino que en nuestro derecho no se puede sostener la teoría de Demolombe, que no se armoniza seguramente con los principios enseñados en el tomo 17, nº 288, respecto al efecto de la partición ó licitación, con relación á los terceros.

Si Demolombe sostiene que por el hecho de la división de los bienes hereditarios, aun en el caso de cesión de uno de los co-herederos, los terceros hipotecarios han perdido la garantía dada sobre su parte indivisa, porque la partición ó licitación hace considerar al heredero como propietario desde un principio y lo reputa como si él únicamente hubiera sido el dueño. ¿Por qué se violaría este principio cuando se trata de la suspensión de la prescripción? Confunde, en mi opinión, los actos ó hechos producidos por los condóminos para conservar la servidumbre, ó para interrumpir la prescripción, que pueden ser ejecutados aun por terceros, con el privilegio concedido á los incapaces, que no depende de acto alguno y que es un derecho personalísimo. Así, un co-propietario ó un extraño pueden ejecutar actos que conserven la servidumbre y de que gozarán los demás co-propietarios, y cuando la cosa se hubiere adjudicado al que no realizó el acto, la adjudicación no puede borrar y dejar sin efecto el acto producido, porque eso sería ir en contra de la naturaleza de las cosas; pero sí puede impedir que un privilegio concedido á uno de los condóminos pueda extenderse á los demás, cuando ha cesado la indivisión. Que el goce de uno de los condóminos impida la prescripción respecto de los demás, se comprende por la indivisibilidad de la servidumbre, así como se comprende por la misma razón la suspensión durante la indivisión, cuando hay un incapaz; pero hay una diferencia capital entre la conservación del derecho por el ejercicio de un acto que la hace adquirir irrevocablemente, y la conservación por el privilegio de la suspensión que

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tituída; pero al mismo tiempo que extinción parcial, es creación; no de otra servidumbre, sino de un modo de ejercerla. Se debe tener en cuenta que la modificación toma por base la extin-

---

no la produce sino mientras el privilegio se mantiene en la comunidad. ¿Pero cómo negar que esa prescripción no ha corrido durante el tiempo de la comunidad? Como se niega que el condominio hubiera existido, porque la adjudicación lo ha borrado por completo; el incapaz viene á ser un extraño y su privilegio no puede alcanzar á los capaces, pero el acto ejecutado para él, no se ha borrado, porque los terceros pueden conservar el derecho. Finalmente, de los términos generales del artículo se deduce que no puede aplicarse, sino cuando entre los co-propietarios se encuentra alguno contra el cual el tiempo de la prescripción no ha podido correr, refiriéndose así á una co-propiedad existente, y no á una que ha dejado de existir. No diremos como la Corte de Casación Francesa, á una co-propiedad *permanente y definitiva*, porque no existe por nuestro derecho, pero sí á la co-propiedad existente, y mientras ella dura. Darle la interpretación que propone Demolombe en derecho francés sería ir contra los arts. 2695 y 2696 que no se encuentran en dicho Código; sería suspender sus efectos, dejarlos sin aplicación. Entre un mandato expreso y claro de la ley, y las consecuencias más ó menos lógicas de otro, no debemos dudar. Y téngase presente, que los arts. 709, 710 y 883 del Cód. Francés, se refieren únicamente á las sucesiones, como nuestro artículo 3503, y que nuestros arts. 2695 y 2696 hablan expresamente del condominio.

Cuando el inmueble dominante se hubiere dividido entre los condóminos, habrá en realidad tantas servidumbres como partes divididas existan, si es que uno ó varios de los lotes divididos no absorbieran la totalidad de la servidumbre, y estarán sujetas á la prescripción como si fueran separadas. ¿Se aplicarán idénticos principios al predio sirviente? Debemos hacer una distinción: si la servidumbre es debida por todo el fundo sirviente, como la de hacer pastar los animales, la división del sirviente no afectaría la servidumbre de modo que si los animales pastaran sólo en una parte no se habrá perdido la servidumbre en lo demás; pero si esas partes estuvieran divididas por cercos ó zanjas de manera que formaran tantas propiedades como partes, el no uso durante el tiempo prescripto haría adquirir la libertad de los fundos. Si por el contrario, la servidumbre se ejerciera sobre una parte del fundo, continuaría como antes y las demás quedarían libres. Demolombe, XII, 907, sostiene de una manera absoluta la primera proposición, pero sus razones no

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ción misma de la servidumbre que se cambia en su manera de ejercerla, no la adquisición de una nueva. Así, *la modificación de la servidumbre, ó sea el modo de usarla, se prescribe de la misma manera que la servidumbre* (**art. 3063**), es decir por diez y veinte

---

me convencen.—Comp. Cod. Francés, art. 709, 710 y 883. Aubry y Rau, § 247, letra C. L. 10, tít. 6, lib. 8, Dig. Cod. de Luisiana, art. 798 y Goyena, art 547.—Véanse arts. 3061, 3966 y 3982.

(**Art. 3063.**) La modificación de la servidumbre se refiere á la diferente manera de usarla; así, en la servidumbre de sacar agua, si fuera por ejemplo, de noche, en que el derecho se ejerciera pasando por la heredad contigua.

Téngase presente lo dicho en el art. 3017, la servidumbre se adquiere sólo por la posesión de 30 años, y si allí admitimos que en el fondo existía la usucapción, dijimos que las reglas de la prescripción de 10 y 20 años con título no se aplicaban en ese caso. Considerada la cuestión bajo esta faz, resulta la consecuencia importantísima de que el presente artículo sólo se aplicaría á la prescripción liberatoria de que nos habla el art. 3059 y que se opera por el no uso de 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes. Así, la expresión: «se prescribe de la misma manera que la servidumbre», se referiría á la pérdida por el no uso, contándose el tiempo, como se dijo en dicho artículo. Se dirá entonces, que la servidumbre se pierde por el no uso; pero no puede aumentarse por el uso más extenso del señalado en el título, sino mediante ciertas condiciones, como por ejemplo, cuando la servidumbre es continua y aparente y se la ha poseído durante 30 años; mientras se pierde por el no uso de 10 y 20 años, aunque no sea continua ni aparente. Puede resultar igualmente, que la servidumbre se pierda por el no uso, y no se adquiera la otra servidumbre de que se usara; así, por ejemplo, en la servidumbre de paso por un lugar determinado en el título, que no se usara, y fuera por otro lugar á tomar agua del fundo sirviente, perdería la servidumbre de paso, sin haber adquirido la de sacar agua, que es discontinua y no aparente, art. 3104.

No se deben confundir los términos de «hacer más de lo que el título le da derecho», con el de «hacer menos», porque á esto reduce la servidumbre por el no uso, mientras por el otro no se adquiere sino cuando

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3062. — L. 5, Tit. 23, Part. 3ª. — L. 18, Tit. 31. Part. 3ª. — L. 10, Tit. 6, Lib. 8, Dig. — Cód. Francés, art. 710.—Napolitano, 631.—De Luisiana, 798.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

años de no uso; se habla de la prescripción liberatoria; en cuanto á la adquisitiva sólo se obtiene por la posesión de treinta años.

---

es continua y aparente y se ha poseído durante 30 años. Tampoco se debe confundir el hacer menos con el de hacer otra cosa, pues haciendo menos se reduce la servidumbre, y haciendo otra cosa se la pierde, sin adquirir muchas veces la otra tomada en su reemplazo.

Cuando una servidumbre se ha extinguido por el no uso, se pierde el derecho accesorio que le servía para su ejercicio. Si teniendo la servidumbre de sacar agua del predio vecino, sólo me he servido para pasar; perdida la servidumbre por la prescripción, se ha perdido el paso que le era accesoria.

Algunos han sostenido que el artículo trataba de la prescripción adquisitiva, pero la colocación de él entre las causas de extinción de las servidumbres, indica que se ha querido hablar de la prescripción liberatoria; además sería necesario sostener contra el art. 3017 que la servidumbre se adquiere de otra manera, cuando dice que es por la *posesión;* y finalmente la aplicación incompleta que resultaría de este artículo ó su inútil repetición, pues el 3017 expresa que las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por 30 años. ¿Qué habría venido á modificar el presente? Nada; porque el modo de ejercer una servidumbre es la servidumbre misma modificada en su parte más esencial; otra cosa es la limitación, así como si teniendo la servidumbre de luces con ventanas de rejas la usura sin ella durante 30 años, la habría adquirido de ese modo, y no la habría perdido por 10 ó 20 años, porque ha usado de ella; ó si teniendo la facultad de pasar de día ó de noche sólo la usara de día, no habría perdido la de usarla de noche. Si bien es cierto que algunas veces cuando se ha perdido el modo de usar la servidumbre, se adquiere el nuevo uso, es necesario tener en cuenta estas diferencias capitales: 1°, que la servidumbre se pierde por el no uso durante 10 ó 20 años; 2°, que no se adquiere el nuevo uso sino por la posesión de 30 años en las servidumbres continuas y aparentes; 3°, que no se adquiere el nuevo uso en las servidumbres discontinuas y no aparentes, mientras se pierde por el no uso de 10 ó 20 años. Respecto del 3er punto debe hacerse esta distinción: si la determinación del lugar ó tiempo ha sido limitado, y forma por decirlo así la esencia de la misma servidumbre, en ese caso se pierde por el cambio de uso, como si se hubiere concedido la servidumbre de sacar agua de tal pozo con prohibición de hacerlo de los otros que existen en el mismo fundo. Pero cuando esta designación es puramente demostrativa y general, en que no se ha tenido la voluntad de

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

No se debe confundir la modificación de la servidumbre, que cambia el modo de ejercerla, con el uso incompleto y restringido, que si bien la modifica en parte, no lo hace en su totalidad; por eso dice el **art. 3064**: *el uso incompleto ó restringido de una ser-*

---

prohibir se haga la toma de cualquier otra parte, debe considerarse que el uso ha existido, y no se deberá perder la servidumbre por el no uso, art. 3067.

El presente artículo habla de la modificación por la prescripción y el siguiente de la extinción parcial.—Comp. Cód. Francés, art. 708. Aubry y Rau, § 255.

En mi concepto el artículo debe entenderse así: la servidumbre se pierde por el no uso, cuando éste se ha modificado fundamentalmente, cambiando el lugar ó el tiempo de su ejercicio, sin tener en cuenta que sea menos gravoso para el fundo sirviente. Y la nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3065 no deja duda de la verdad de esta interpretación al decir en el nº 3 «que cuando la servidumbre de que se ha usado por 10 ó 20 años difiere del derecho concedido por el lugar ó por el tiempo de su ejercicio, se extingue el derecho primitivo, y se adquiere el derecho ejercido», entendiéndose que esa adquisición está sujeta á las condiciones del art. 3017. La aplicación viene á ser más evidente, cuando se trata del ejercicio de otra servidumbre, porque ya no es en el *modo* de usarla, pues se ha abandonado una servidumbre para tomar otra; por ejemplo, teniendo la servidumbre de luces, se la abandona para tomar la de vistas haciendo balcones, habrá perdido por 10 ó 20 años la de luz y no adquirirá la de vistas sino á los 30 años de posesión; pero si teniendo la servidumbre de luz con rejas ó cristales en las ventanas se la usa sin éstos, la habrá conservado y adquirirá el nuevo modo de usarla sólo á los 30 años de posesión.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 792.—Véanse arts. 3017, 3027, 3064, 3066 y 3067.

(**Art. 3064.**) En rigor la proposición de este artículo podría estar comprendida en la generalidad del anterior, porque hay en cierto modo un cambio en la manera de ejercer la servidumbre, desde que la usare en una forma incompleta; pero una cosa es el cambio ó modificación, y otra la limitación, y es preferible aplicar aquel artículo á la extinción *total* por el cambio de uso, y el presente á la parcial por un uso limitado. Si se hubiera concedido el derecho de abrir dos ventanas para tomar luz

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3063. — Cód. Francés, art. 708.—Holandés, 856.—Napolitano, 629.—De Luisiana, 792.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

vidumbre, durante el tiempo señalado para la prescripción, trae la extinción parcial de ella, y la reduce á los límites en que ha sido usada; mientras las modificaciones ó cambios de la servidumbre, si bien se pierden siempre por el no uso durante diez ó veinte años, no se adquiere el nuevo modo sino durante treinta años de posesión. La modificación de la servidumbre hace perder la constituída y muchas veces no hace adquirir la modificada.

Los principios sentados sólo se aplicarán á las servidumbres continuas, porque será casi imposible determinar el tiempo en que comenzaron las limitaciones en las servidumbres disconti-

---

y sólo se abriese una, habría perdido por 10 ó 20 años el derecho de abrir la otra, porque voluntariamente ha renunciado á hacer un uso completo de la servidumbre; del mismo modo, si en la servidumbre de no edificar más alto sobre una extensión de veinte metros, el dueño del predio sirviente lo hubiere hecho en la extensión de diez, y no hubiere reclamado en el tiempo para la prescripción, la servidumbre habría quedado limitada á lo restante no edificado.

¿Qué diferencia existe entre este artículo y el art. 3066? El presente se refiere al límite que el mismo dueño del dominante se ha impuesto en las servidumbres continuas; y el 3066 habla del que la naturaleza de las cosas ó el hecho del propietario del fundo sirviente hubieren puesto al ejercicio de la servidumbre continua ó discontinua; por ejemplo, si teniendo la servidumbre de abrir cuatro ventanas, he abierto sólo dos y han pasado 10 ó 20 años, la servidumbre ha quedado reducida á la que existe actualmente, mientras que el art. 3066 comprende tanto á las continuas como á las discontinuas, cuando un acontecimiento ó un hecho del propietario del fundo sirviente le hubiera prohibido su uso, limitándola. Así, en el caso del presente artículo, el no uso voluntario de toda la servidumbre continua, la limita al uso que se hubiere hecho durante la prescripción, mientras esa misma restricción hecha con las discontinuas por propia voluntad, del propietario del fundo sirviente no la altera, y cualquier acto la conserva en su integridad; sólo puede ser limitada por un hecho del propietario del fundo sirviente, ó por un cambio material de los lugares que hagan imposible el uso completo.—Comp. AUBRY y RAU, § 255 texto, después de la nota 23. PARDESSUS, nº 308 y DEMOLOMBE, XII, 1028.—Véanse arts. 3063 y 3065.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3064.—Aubry y Rau, § 255.—Pardessus, nº 308.—Demolombe, tom. 12, nº 1028.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nuas, y porque puede ser el ejercicio de un derecho, sin que de esa manera de usarla resulte la renuncia de los otros derechos; así, *cuando el propietario de la heredad dominante ha usado la servidumbre conforme á su título, en la medida de sus necesidades ó conveniencias, debe juzgarse que la ha conservado íntegra, aunque no haya hecho todo lo que estaba autorizado á hacer. Así, aquel á quien su título le confiere el derecho de pasar á pie, á caballo, ó en carro, conserva íntegro su derecho cuando se ha limitado á ejercer el paso á pie* (**art. 3065**), pero *cuando el ejercicio*

(**Art. 3065.**) Los dos artículos anteriores se aplican evidentemente á las servidumbres continuas y aparentes, y la regla de la extinción total ó parcial por el no uso ó por el uso limitado no ofrece dificultad alguna; pero cuando se trata de las servidumbres discontinuas nacen serios problemas resueltos por el presente artículo. En las servidumbres continuas cuando el dominante no ha usado de todo su derecho, limitándolo á una parte, lo pierde en la parte no usada, por la prescripción de 10 ó 20 años; pero la regla se aplica en absoluto respecto á la pérdida por el no uso, tanto á las servidumbres continuas como á las discontinuas, no así con relación al modo de usarlas.

La regla formulada por el artículo y aplicada únicamente á las servidumbres discontinuas, explica perfectamente estas diferencias. Usar la servidumbre discontinua en la medida de su título y según las conveniencias, es usarla en toda su integridad; así, cuando se tiene derecho de paso á cualquier hora del día ó de la noche, si lo usa solamente de noche no habrá perdido el derecho de hacerlo de día, porque ha usado de una servidumbre en la medida de sus necesidades y conveniencias; lo que no sucederia en la servidumbre continua, en que habría quedado limitado su uso por la prescripción. Pero cuando por un título se hubiera concedido la servidumbre de pasar de noche y por otro posterior adquiriese la de pasar de día, se considerarían como dos servidumbres separadas, y el uso de la una no conservaría la de la otra. Así, podemos establecer siguiendo el principio enseñado por el artículo, que cuando el título confiere de una manera indefinida é ilimitada el derecho de pasar, por ejemplo, á pie ó á caballo ó en carruaje, de cualquier modo que se hubiere usado de la servidumbre se habría conservado en los otros modos, ó si me confiere el derecho de pasar todo el año, y no lo hiciera sino en Diciembre, durante 10 ó 20 años, no habría perdido el derecho de pasar en los demás meses del año. Esto no quiere decir que

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

parcial de la servidumbre ha sido el resultado de un cambio en el estado material de los lugares que hacía imposible el uso completo,

---

no haya casos en que la servidumbre discontinua no se pierda ó se limite como la continua; por el contrario, el art. 3066, se ocupa expresamente de ellos. La prescripción comenzará en ese caso desde el día que la servidumbre no hubiere podido usarse en toda su extensión, sea por un hecho de la naturaleza, ó por un hecho del propietario del fundo sirviente. Cuando teniendo la servidumbre de paso á pie ó á caballo ó en carruaje, el propietario del sirviente sólo dejará lugar para pasar á pie ó á caballo, se habría perdido por 10 ó 20 años, la de pasar en carruaje; lo mismo sucedería cuando sólo se hubiere permitido el paso á pie, negándose los otros modos.

Para resolver las dificultades que ocurran se deben averiguar si el título que confiere el derecho es limitado y definido, ó si es ilimitado ó indefinido; en el primer caso, si la servidumbre es de sacar agua de noche con prohibición de hacerlo á otra hora, se habría perdido por el no uso durante la noche por 10 ó 20 años, mientras en el segundo, si tuviera derecho á sacarla á cualquier hora, no se habría limitado por haberlo hecho de noche durante ese tiempo.—Comp. AUBRY y RAU, § 255, texto y nota 25. DEMOLOMBE, XII, 1029 y 1030. TOULLIER, III, 703.—Véanse arts. 2925, 3064 y 3066.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3065.—Aubry y Rau, § 255 y nota 23. La materia de los tres artículos anteriores es fecunda en dificultades, y fecunda también en consecuencias y aplicaciones. Los escritores de derecho regularmente establecen:

1° Que si durante diez ó veinte años, y para los escritores franceses treinta años, el propietario del fundo dominante ha gozado de un derecho más extenso que el que le daba su título, habrá adquirido esa extensión, siempre que se trate de una servidumbre continua y aparente. Si se trata de cualquiera otra servidumbre, el derecho se habrá conservado sólo en los límites del título, y no se adquirirá la extensión de la servidumbre;

2° Que si al contrario, se ha ejercido el derecho de una manera limitada, la servidumbre será reducida por la prescripción, sin ninguna distinción entre servidumbres aparentes ó no aparentes, continuas ó discontinuas;

3° Que cuando la servidumbre de que se ha usado por diez ó veinte años difiere del derecho concedido por el lugar ó por el tiempo de su ejercicio, se extingue el derecho primitivo y se adquiere el derecho ejercido.

No puede haber cuestión alguna respecto á la extensión de las servidumbres continuas y aparentes. La posesión en tal caso, constituye en verdad una usurpación del derecho ajeno; pero teniendo esta usurpación todos los caracteres de apariencia y continuidad, requeridos por la ley, debe con el tiempo convertirse en derecho, con tal que no exista un obstáculo á la prescripción,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ó por oposición de parte del propietario de la heredad sirviente, la servidumbre queda reducida á los límites en que se ha ejercido

---

como la minoridad del propietario del fundo sirviente. Pero serias dificultades se presentan cuando se quiere aplicar el principio de la prescripción á la restricción de la servidumbre por el modo del ejercicio de ella.

El Derecho Romano no admitía que una servidumbre pudiese ser reducida por prescripción. Para conservar entera la servidumbre, no era necesario hacer todo lo que el título permitía, bastaba usar del derecho de una manera cualquiera. Así, el que teniendo el *iter* y el *actus* se hubiese limitado á pasar á pie durante el tiempo requerido para prescribir, no perdía por esto el *actus*. L. 2, Dig. *Quemad serv. amitt.*

Así también, el que había usado de un camino más estrecho que el que le permitía su concesión, conservaba todo su derecho, y el que pasaba por una parte de la senda conservaba la senda entera. L. 9, Dig. *Si serv. vind.*, y L. 8, Dig. *Quemad serv. amitt.*

¿Mas el artículo tendrá por consecuencia inevitable que el derecho sea siempre restringido, cuando no se hubiese ejercido en toda su extensión, cuando no se han ejecutado todos los actos que eran permitidos? En cuanto al derecho de propiedad la respuesta es negativa. Si el propietario de un terreno se ha abstenido de edificar en él durante cincuenta años, el vecino no podrá oponerse á que lo haga cuando él quiera, porque todos los actos del propietario son facultativos, y su omisión no puede servir de fundamento á ninguna prescripción; pero cuando se trata de servidumbres, la solución parece que debe ser afirmativa. El derecho de servidumbre constituye una disminución del derecho de propiedad. Cuando el derecho de servidumbre se ejerce, el fundo pierde su libertad, y la recupera y posee cuando ya no se ejerce; por consiguiente si no se ha usado de la servidumbre sino en parte, el fundo sirviente ha poseído una parte de su libertad, y se ha librado en parte del gravamen por la prescripción.

Este raciocinio peca, en cuanto presenta al fundo sirviente en el goce de su libertad, tan sólo porque el propietario del fundo dominante no ha ejecutado todos los actos que tenía derecho á ejecutar. Si vuestro título, por ejemplo, os autoriza á pasar por mi heredad en todo tiempo, y pasáis sólo en verano, habéis, indudablemente, ejercido vuestro derecho de pasar en todo tiempo, es decir, cuando lo tuviéseis á bien.

Nosotros decimos, pues, que el derecho de servidumbre puede restringirse por la prescripción, pero que no será necesariamente restringido porque no se hayan ejercido todos los actos que autorizaba. Nuestra fórmula es: que el derecho se conserva íntegro siempre que la posesión está conforme con el título, y no haya encontrado limitación sino en la voluntad, las necesidades ó conveniencias del propietario del fundo dominante.

Por el contrario, el derecho será restringido, cuando la posesión presente caracteres que la hagan considerar como si hubiese sido reglada sobre un derecho menor que el derecho establecido. Esto sucederá, cuando la posesión hubiese tenido por límites ciertos intereses ó necesidades del propietario del fundo sirviente. En este caso, se puede decir que el propietario ha poseído la libertad, resultante del modo nuevo en el ejercicio de la servidumbre; sus ne-

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

durante el tiempo señalado para la prescripción (**art. 3066**), pues en ambos casos no ha sido por su espontánea voluntad que ha de-

---

(**Art. 3066.**) Este artículo es una aplicación y desenvolvimiento del anterior. Se refiere á las servidumbres discontinuas, y se aplica también á las continuas que vienen á limitarse por la imposibilidad de usarlas en toda su extensión, y se diferencia de la regla del art. 3064, pues allí se abandona parte del uso voluntariamente. En las servidumbres discontinuas, cuando el uso es restringido y limitado á un modo determinado, no se considera que se ha usado de ella sino se ha hecho con arreglo al título, y se pierde aplicándose la regla del art. 3063; pero cuando es ilimitada no sufre alteración alguna. En la servidumbre, por ejemplo, de sacar agua de una fuente determinada con prohibición de hacerlo de cualquier otra existente en el mismo terreno, si la fuente de que debía tomar el agua se ha secado durante 10 ó 20 años, se habría perdido la servidumbre, aunque durante ese tiempo la hubiere tomado de otra fuente, pero si fuera indefinida é ilimitada, se habría conservado.

Si teniendo la servidumbre de tránsito á pie ó á caballo ó en carruaje, el dueño del fundo sirviente ha impedido por sus trabajos que se pueda pasar en carruaje, ó cuando le hubiera negado ese derecho, la servidumbre quedará reducida, si pasaren 10 ó 20 años á los límites en que la hubiere usado; pero si el dueño del predio dominante hubiera dejado de pasar en carruaje durante ese tiempo, no habría limitado su derecho y conservaría intacta la servidumbre, si hubiera pasado sólo á pie, lo que establece la diferencia esencial entre el mismo caso de la servidumbre continua que queda restringida por el no uso, art. 3064. La dificultad está en fijar el día desde que la servidumbre ha comenzado á perderse cuando es discontinua. ¿Cómo se podría decir que en la servidumbre de tránsito á pie ó á caballo, ha comenzado la prescripción desde que pasó á pie, si ha usado de la servidumbre? Por eso no basta un acto de la voluntad del dueño, es necesario un hecho de la naturaleza ó del dueño del predio sir-

---

cesidades ó intereses repetidos durante diez ó veinte años se convierten en derechos. Por ejemplo, yo tenia el derecho de pasar por vuestro fundo, y se ha probado que me he abstenido de hacerlo, cuando el terreno estaba sembrado. Esto tendrá también lugar cuando la posesión modificada concurra con una mejora permanente del fundo sirviente. Esta mejora mantenida durante diez ó veinte años constituye un goce ó posesión que puede servir de base á la prescripción de un estado de cosas más ventajoso de lo que lo hubiese hecho el título constitutivo de la servidumbre. Véase sobre la materia un largo é importante escrito de Dupret, en la Revista de Fœlix, año 1846, pág. 817.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

jado de ejercerla en toda su extensión, sino por hechos extraños que han venido á impedírselo. Así, el que tiene la servidumbre de paso á pie ó en carro, la conserva, aunque sólo pasare á pie, durante el tiempo de la prescripción; pero la modificaría, sea por un acontecimiento natural, ó por el hecho del propietario del fundo sirviente, si el camino se estrechare de tal modo que sólo permitiera el paso á pie durante el tiempo de la prescripción, sin hacer reclamación alguna.

Lo que en la servidumbre continua viene á modificarse por el no uso voluntario, en la discontinua no le perjudica, pues la ha usado con arreglo á su título, y por el contrario lo que en la discontinua modifica por hechos que vengan á hacer imposible el uso completo de ella, limita también en el mismo caso á las continuas.

El ejercicio de una servidumbre discontinua por un lugar diferente del que se había asignado á ese efecto, hace perder, al fin de diez años, la designación primitiva; pero no trae la extinción de la

---

viente que venga á limitarle la servidumbre por el tiempo de la prescripción.—Comp. AUBRY y RAU, § 255 texto, después de la nota 26.

Algunos ejemplos aclararán este punto: la servidumbre continua de abrir cuatro ventanas para tomar luces, quedará reducida en su ejercicio por la prescripción de 10 ó 20 años en los casos siguientes: 1°, si el dueño del predio dominante sólo usó de dos ventanas; 2°, si habiendo usado de su derecho el dueño del predio sirviente cubrió dos de las ventanas; mientras en la servidumbre discontinua de tránsito á pie ó á caballo ó en carruaje se conserva en su integridad, aunque sólo hubiera pasado á pie; para que se pierda en parte es necesario que un cambio en el estado de los lugares haga imposible el ejercicio completo de la servidumbre, como si el camino se hubiera estrechado por las obras ejecutadas impidiendo el paso en carruaje, ó cuando el dueño del predio sirviente se hubiere opuesto á esa manera de ejercerla. Estos son los únicos modos de limitar la servidumbre discontinua, porque también son los únicos que pueden dar un punto fijo para comenzar á contar la prescripción; pero se aplican á las continuas con mayor razon, desde que impiden el uso. Véase mi nota 3059 al fin. — Véanse arts. 3048, 3051, 3064 y 3065.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3066 —Aubry y Rau, § 255.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

servidumbre misma, á no ser que la designación debiese considerarse como inherente á la constitución de la servidumbre. Fuera de este caso, el propietario de la heredad sirviente debe sufrir el ejercicio de la servidumbre por el lugar por donde se ha ejercido, si no permite hacer volver al propietario de la heredad dominante á la designación primitiva (**art. 3067**), porque si la designación es

---

(**Art. 3067.**) El artículo, siguiendo la doctrina de Aubry y Rau, § 255, texto y nota 27 decide una cuestión que viene desde el derecho romano, dividiendo la opinión de los autores. Tengo la servidumbre de tomar agua durante la noche y la tomo durante el día; tengo la de pasar por los fondos del fundo sirviente y lo hago por el frente. ¿He perdido la servidumbre durante 10 ó 20 años por el no uso? Paulo en la l. 10, § 1, tít. 6, lib. 8, Dig. dice: si aquel que tiene derecho de tomar agua en el fundo de otro durante la noche, lo ejerce solamente de día durante el tiempo fijado para perder la servidumbre, pierde el derecho que se le había concedido para sacar agua por la noche. Y con arreglo á esta conclusión muchos autores modernos como Delvincourt, Duranton, Toullier, Pardessus, Marcadé y otros han enseñado que se perdía la servidumbre; pero nuestro Código, siguiendo á Aubry y Rau, Demolombe y Duprat, hace una distinción que suaviza la extremada dureza de aquella conclusión, limitándola al caso en que la designación deba considerarse como inherente á la constitución de la servidumbre, ó como dice Demolombe, cuando la designación de tiempo y de lugar determinado para el ejercicio de la servidumbre es limitativa y forma uno de los elementos constitutivos y esenciales del derecho mismo, porque entonces si fuera ejercida por otro lugar, y en otro tiempo formaría otra servidumbre, no sería la misma.

Cuando el artículo se refiere al lugar asignado á la servidumbre, se debe tomarlo como un ejemplo, aplicándolo al tiempo y modo de ejercerla que se encuentran en el mismo caso. Así como se pierde el derecho de pasar por el lugar asignado, sin que la servidumbre se extinga, se perdería el de usarla en las horas designadas; pero no se extinguiría, quedando el derecho al dueño del predio sirviente para hacer que use de la servidumbre en la manera concedida en el título. Será pues, cuestión de hecho la de determinar, si el lugar, tiempo, ó modo se ha impuesto como inherente á la servidumbre misma, ó si se ha designado como demostrativa y general.—Comp. l. 11, tít. 6, lib. 8, Dig.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3067.—A falta de una designación verdaderamente limitada, no se puede decir que la servidumbre, aunque ejercida

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sólo demostrativa y no prohibitiva ha podido creerse autorizado para cambiarla, sin que esta importe un abandono.

---

por un lugar diferente del que había sido indicado, sea otra servidumbre que la que se había constituido, ni que, por consiguiente, se haya extinguido por el no uso. Aubry y Rau, § 255. — Demolombe, tom. 12, nº 1031.—En contra Duranton, tom. 5, nº 607.—Pardessus, tom. 2, nº 304. — Por Derecho Romano el que usaba de la servidumbre en otro tiempo del que debía usarla, por ejemplo, de noche cuando debía usarla de día, se entendía que absolutamente no la había usado, y la perdía pasado el tiempo de la prescripción, sin adquirir lo que había usado. L. 10. Tit. 6, Lib. 8. Dig. Si la diferencia consistía, no en el tiempo sino en el modo de usar de la servidumbre, dándole mayor ó menor latitud, se consideraba tal como había sido constituída. L. 11. Tit. 6, Lib. 8, Dig.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

TITULO XIII

DE LAS SERVIDUMBRES EN PARTICULAR [1]

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS SERVIDUMBRES DE TRÁNSITO

§ 844.—De los que pueden imponer la servidumbre de tránsito

Lo que se llama servidumbre de tránsito no es en realidad una verdadera servidumbre, cuando la ley la impone como forzosa, sino una limitación al dominio, creada en beneficio del interés público.

Todo el que tiene un derecho real en la cosa con la posesión de él, como *el propietario, usufructuario, ó usuario de una heredad destituída de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otras heredades, tiene derecho para imponer á éstas la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ellas, y resarciendo todo otro perjuicio* (**art. 3068**),

---

(**Art. 3068.**) La servidumbre forzosa de tránsito no es una verdadera servidumbre como la reconoce el mismo Dr. Velez-Sarsfield en la nota, sino una restricción al dominio, con todos los carácteres de las leyes de orden público. Y ha sacrificado la verdad de esta concepción por seguir el método trazado, colocándola entre las servidumbres, como

(1) Teniéndose presente las disposiciones del título 6, sobre las limitaciones que sufre la propiedad, se advertirá que no hay necesidad de tratar de las servidumbres que se llaman urbanas, establecidas en el interés de la propiedad territorial. Las limitaciones que sufre el dominio en ese género de propiedades, se hallan establecidas en dicho título 6.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

porque interesa al orden económico de las propiedades no queden inútiles, como sería una propiedad sin salida.

---

si la ley debiera dejar de ser tal, porque se encontrase la disposición entre los límites trazados al dominio. La única semejanza que tiene con las servidumbres, es que se debe pagar el servicio, mientras en las limitaciones no se paga perjuicio alguno, porque son impuestas en mira del interés público.

El método tiene una grande importancia cuando se exponen ó enseñan doctrinas, pero cuando se trata de la ley, esa importancia desaparece en su mayor parte. Que el título de la Hipoteca por ejemplo, se encuentre en el 2° libro ó en el 3° tiene una importancia muy secundaria, porque tendrá el mismo valor en cualquier parte que estuviere, y aun fuera del mismo Código.

Cuando se habla del propietario, se comprende al co-propietario; y cuando se da esta facultad al usufructuario y usuario, se la concede igualmente á todos los que con un derecho real en la cosa y poseyéndola pueden explotarla; como el acreedor anticresista, pero no el hipotecario que no tiene la posesión ni el locatario teniéndola, que no tiene derecho real.

Para ejercer el derecho concedido por el artículo es necesario que el fundo esté rodeado por otras heredades, y no tenga salida á la vía pública; pero entonces hay que averiguar como ha venido á quedar encerrado, y á cual de las heredades puede demandarle la servidumbre de tránsito. Respecto de lo primero es necesario que el encerramiento provenga de caso fortuito ó fuerza mayor, como invasión de aguas que quedaren permanentes, cambio del lecho de un río, ó cambio de vía pública, ó causas semejantes, porque el propietario mismo no puede crearse el derecho de exigir el tránsito encerrándose voluntariamente; y cuando la propiedad hubiera quedado encerrada por venta, permuta ó división, se aplicará el art. 3073; respecto á la heredad que debe el servicio, lo será la más cercana á la vía pública, ó la que se juzgue más conveniente con arreglo al art. 3074.

Cuando el fundo fuera lindero con un río que no tuviera puente, se considerará encerrado; no lo será, cuando tuviere una salida larga y costosa, pero si fuera necesario hacer grandes gastos para abrirse paso podrá considerarse encerrado.

¿Qué es lo que debe pagarse por la servidumbre? *El valor del terreno necesario para ella*, y esta frase ha inducido á algunos á creer que había una expropiación, y que el adquirente no podía tener servidumbre sobre

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Un privilegio creado en vista de un interés público, no puede quedar en la mano de los particulares sin contralor de ninguna especie, y por esa razón, *el propietario de un fundo de tierra no*

---

su propia cosa. Es un error; lo que se paga es la servidumbre, pues, el terreno continúa siendo del dueño del predio sirviente. Pero se dirá: ¿acaso no se paga el valor del terreno? Sí, pero ese no es el precio, por más que esta proposición parezca una paradoja. El precio real del terreno en caso de expropiación, es el que este tiene considerado como una parte de la heredad, más el perjuicio real que esta sufre por la desmembración, perjuicio que se traduce por el menor valor que tienen las partes en que queda dividida, más las plantaciones, cercos ó paredes, etc. que se hubieren de destruir.

Así, la expropiación de un camino de tres metros de ancho que dejara á un costado cinco metros y en el otro veinte, suponiendo que el terreno es de 50 metros de ancho, si el metro cuadrado valiera 50 $ tendrá que pagar, 150 metros de vía á 50 $, más la diferencia de valor de los 150 metros que quedan casi inutilizados, esa misma diferencia en los mil metros restantes, más los sembrados, árboles etc. que fueron destruídos. El artículo salva todas esas dificultades diciendo: el precio de la servidumbre será el del valor del terreno necesario para ella, quedando claramente establecido que á ese precio se goza de la servidumbre, debiendo pagar todos los otros perjuicios, como cercos, plantas, sembrados etc. que se destruyan á causa de ella. Si como algunos quieren, fuera una verdadera expropiación, no habría servidumbre. Así el art. 847, Cód. Chileno de donde fué tomado el nuestro expresa bien la idea, cuando dice, el precio de la servidumbre es el valor del terreno de que se sirve el fundo dominante.—Comp. AUBRY y RAU, § 243 texto, notas 1 y 2.—Véanse arts. 2369, 2516, 2975, 3069, 3084, 3086, 3097, 3100 y 4016.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3068.—Cód. Francés, art. 682—Napolitano, 603—de Luisiana, 696—de Chile, 847.—Pardessus, *Servidumbres,* n° 221.—Esta servidumbre es más bien una restricción puesta al derecho de propiedad de los particulares. Tratamos de ella en este lugar, para reunir en un solo capítulo todo lo que se dispone sobre servidumbres de tránsito, aunque sacrifiquemos la exactitud del método. Los fundamentos de este artículo y de los que seguirán sobre la materia, se hallan perfectamente expuestos por Leclerq en el tomo 2, desde la página 505 de su importante obra, *El Derecho Romano en sus relaciones con el Derecho Francés*, y por Pardessus, *Servidumbres*, desde el n° 218.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3068.—Véase LXI, 443.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

puede, levantando construcciones sobre el fundo, crearse un derecho de tránsito más extenso que el que le competía según la naturaleza originaria de su heredad (**art. 3072**); ni encerrarse por su propia voluntad para exigir servidumbre de paso á los demás.

(**Art. 3072.**) El artículo es tomado de la nota 14, § 243 de Aubry y Rau, y como la interpretación que le damos parece no estar conforme con los principios económicos, pues reduce el fundo á una inmovilidad aparente, debemos fundarla. «Cuando á consecuencia de un nuevo modo de explotación (dicen los autores citados) el pasaje hasta entonces ejercido, viniera á ser insuficiente, el propietario del fundo encerrado puede, según las circunstancias pedir mayor longitud, y extensión y aun el cambio, pagando un suplemento de indemnización. Tal demanda puede ser hecha en razón de la apertura de una cantera, de una mina de carbón (hornaguera), como también por el simple cambio de cultura. Parece también, que debe ser admitida en el interés de una casa habitación ó de un establecimiento *industrial existente*, si por efecto de nuevas circunstancias, por ejemplo en razón de la extensión dada á la industria, el pasaje fuera insuficiente. *Pero no sería lo mismo, si el propietario de un terreno encerrado hiciera nuevos edificios y crease un establecimiento industrial»;* trayendo en la nota 14, como explicación de estas ideas lo que nuestro artículo ha copiado. De este pasaje resulta claramente, que el propietario del fundo encerrado no puede hacer construcciones, cambiando la naturaleza del fundo para crearse un nuevo derecho, ó uno más extenso del que gozaba antes de hacerlas, mientras puede cambiar la clase de explotación ó aumentarla, en cuyo caso tendrá derecho para exigir con arreglo al art. 3069 una salida suficiente para la explotación. Lo que el artículo prohibe es hacer nuevas construcciones que desnaturalizen por decirlo así el fundo encerrado. Un fundo destinado al pastoreo que no necesita sino la servidumbre de pasar á pie y á caballo, si se convirtiera por las nuevas construcciones en una usina ó en un aserradero á vapor en que necesitara pasar carros, no tendría derecho para imponer esta nueva servidumbre. Y la teoria me parece razonable, porque no debe estar en la mano del dueño del predio encerrado el gravar la condición de los vecinos cambiando la naturaleza de su fundo. Téngase presente que es un límite impuesto al dominio, y sólo se concede por una gran necesidad. Esta disposición irá contra los principios económicos, como lo creen algunos al sostener lo contrario? No lo creo, pues se supone un límite justo al derecho del propietario del fundo sirviente, que por otra parte puede explotarlo de la manera que crea más útil,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Así, cuando la servidumbre forzosa de tránsito le ha sido concedida para su propiedad encerrada por hechos extraños á su voluntad, no puede por actos posteriores que hagan difícil el tránsito, volver á exigir el paso á la propiedad sirviente, ni á las otras que la rodean.

---

pues el artículo no le pone dificultad, autorizándolo á cambiar el género de explotación ó aumentarla, pero no hacer nuevos edificios.

El artículo se aplica tanto á los fundos rústicos, es decir á los que no tienen edificios, como á los urbanos; pues, como lo sostuvimos en el art. 2748 los predios no eran rústicos ó urbanos por el lugar que ocupasen, sino por ser terrenos vacíos ó estar edificados. Así, cuando un fundo urbano encerrado se creara sobre el vecino una servidumbre de paso á pie, si cambiando la naturaleza del negocio, sin haber hecho construcciones no le fuera bastante, podría imponer la de pasar en carro, pagando lo restante del terreno en los términos de los arts. 3068 y 3069.

No soy de la opinión del Dr.Llerena cuando dice: «puede suceder que teniendo ya una servidumbre de paso que llene las necesidades actuales del fundo *se hagan edificios en otra parte del mismo*, y con motivo de estas construcciones el dueño quiera alargar el camino para comunicar ese nuevo edificio. En este caso el hecho de existir una servidumbre no dará derecho para alargar el camino, sin antes probar que no se puede comunicar por dentro del mismo fundo dominante», conclusión contraria al texto expreso del artículo que dice: no puede, levantando construcciones sobre el fundo, crearse un derecho de tránsito más extenso.

Tampoco soy de la opinión del expresado autor, cuando dice: «cualquiera de estas aplicaciones ú otras análogas se pueden dar al artículo, pero nunca que él importe prohibir al propietario que fuera del caso del art. 3070 edifique lo que se le antoje en su terreno, por la sola consideración de que con el edificio se hace más extenso el tránsito, y que encontrándose en las condiciones legales, la servidumbre tiene necesariamente que imponerse». El artículo no puede importar la prohibición al propietario de edificar y hacer lo que mejor le pareciere en lo que es suyo; lo que él ordena es, que no puede crearse un nuevo derecho por las construcciones nuevas, y bastará que las necesidades nazcan de esas construcciones para que no pueda imponer á los vecinos una servidumbre diferente de la que tenía. — Comp. DEMOLOMBE, XII, 612, y DALLOZ, *Rep. V° Servidumbre*, p. 61, n° 2.—Véanse arts. 3069 y 3070.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3072.—Aubry y Rau, § 243, nota 14.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Y cuando el encerramiento proviene de alguna enajenación hecha por el mismo propietario, como *si se vende ó permuta alguna parte de un predio, ó si es adjudicado á cualquiera de los que lo poseían pro-indiviso, y en consecuencia esta parte viene á quedar separada del camino público, se entenderá concedida á favor de ella una servidumbre de tránsito, sin indemnización alguna* (**art. 3073**),

---

(**Art. 3073.**) La mismo sería cuando por donación, transacción, ó dación en pago, etc., se separase la propiedad en diversas partes. Como se dijo que la causa del cerramiento debía ser por un hecho fortuito ó de fuerza mayor para dar lugar á exigir la servidumbre de tránsito, y en el caso del artículo ha venido á producirse por un hecho voluntario del propietario, resulta que no podría exigirla aunque la parte encerrada pudiera comunicarse más fácilmente por el fundo vecino, que por las otras partes del dividido.

El principio general es que el propietario de un fundo no puede crearse por su propia voluntad ó por un hecho suyo un derecho de tránsito por el fundo vecino, y no veo la razón porque se le impondría esta limitación cuando al dividirlo ha podido conservar la salida á la vía pública, y la ley, en previsión de las dificultades, viene á imponer á las demás partes en que se dividió el fundo, la servidumbre de tránsito. Así, no encuentro aceptable la hipótesis de Bandry-Lacantinerie, al suponer que por el resultado de la partición no se le pueda dar salida á la propiedad encerrada por las nuevas heredades, porque esto no es posible, desde que la heredad tiene comunicación con la vía pública, la parte que quedare encerrada tiene paso por todas las que la encierran, y es bajo esta condición tácita, impuesta por la ley que la división ó enajenación se ha hecho. El Dr. Llerena adhiriéndose á la opinión de aquel autor dice: «que si así no fuera se vendría á coartar el derecho de dividir el inmueble poseído en común... imponiéndose perpetuamente la indivisión», lo que no es exacto por nuestro derecho, desde que el artículo crea en beneficio de la parte encerrada la servidumbre de tránsito y les impone á las otras partes la obligación de sufrirla sin indemnización. ¿A quién corresponde la prueba en este caso? Al que se opone que el tránsito se ejerza por su terreno, pues, él debe demostrar que el reclamante tenía el derecho de salir por los fundos de nueva creación. — Comp. Cód. de Chile, art. 850. Freitas, art. 4298, Aubry y Rau, § 243, texto, nota 18 y Demolombe, XII, 602 á 604. —Véanse arts. 3068, 3070 y 3076.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3073.—Marcadé, sobre el art. 682, n° 5.—

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

siendo en esta parte una verdadera restricción al dominio, porque aun en el caso de haberse pactado lo contrario, el derecho siempre existiría.

Cuando se ha concedido la servidumbre forzosa, dice el **art. 3075**: *el tránsito debe ser concedido al propietario del fundo encerrado, tanto para él y sus obreros, como para sus animales, carros, instrumentos de labranza, y para todo lo que es necesario para el uso y explotación de su heredad.*

§ 845. — De las propiedades que se consideran encerradas

El encerramiento de una heredad puede ser absoluto y relativo. *Se consideran heredades cerradas por las heredades vecinas, no sólo á las que están privadas de toda salida á la vía pública, sino también las que no tienen una salida suficiente para su explotación* (**art. 3069**). En el primer caso, el derecho del predio en-

---

(**Art. 3075.**) La servidumbre debe concederse según las necesidades actuales del fundo dominante, y éste no podrá aumentarlas creándose un nuevo derecho, haciendo construcciones nuevas y cambiando la naturaleza originaria de la heredad, art. 3072, aunque podrá aumentar su explotación según sus necesidades, siempre que no haga construcciones. La servidumbre de tránsito concedida es para todos los que tuvieran necesidad de entrar y salir en el fundo dominante.—Comp. Cód. de Luisiana, art. 698 y Freitas, art. 4850.—Véanse arts. 3020, 3025 y 3079.

(**Art. 3069.**) La regla para que la servidumbre de tránsito se considere forzosa es que el fundo encerrado no tenga salida á la vía publica; pero el presente artículo viene á ampliarla extendiéndola á las necesidades para la explotación del fundo. Así, cuando se tiene una salida insuficiente porque el dueño hubiera aumentado la explotación, tendrá derecho para imponer la servidumbre de tránsito en los términos de los arts. 3072 y 3074. Este derecho es irrenunciable é imprescriptible, pues, es un límite al dominio, que la ley ha puesto teniendo en mira el interés general; es por esta razón que no es una servidumbre en la acep-

---

Demolombe, tom. 12, nos 602 á 604.—Pardessus, tom. 1, nº 219.—Cód. de Luisiana, art. 697.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3075.—Cód. de Luisiana, art. 698.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3075.—Véase LXI, 443.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

cerrado es de hacerse dar paso, en el segundo será una cuestión de hecho que se resolverá según las circunstancias.

Una heredad no se considera cerrada por las heredades vecinas, cuando una parte no edificada de esta heredad, está separada de la vía pública por construcciones que hacen parte de ella, (**art. 3070**), porque depende de la voluntad del dueño del predio el abrirse la comunicación.

---

ción jurídica de esta palabra, porque nuestro Código no reconoce servidumbre legal.

El derecho de demandar la servidumbre de paso es imprescriptible, pero no lo es el de la indemnización debida por razón del pasaje. ¿Porqué tiempo se prescribe éste derecho? Si el derecho de pasaje ha sido acordado y fijado el monto con arreglo al art. 3068, como es una deuda ordinaria se aplicara el art. 4023 perdiéndose por 10 y 20 años; pero si el pasaje se usare sin acuerdo alguno, se prescribirá por el mismo tiempo la acción para hacer fijar su valor. Los autores franceses y sus tribunales exigen 30 años para la prescripción de la indemnización, Aubry y Rau, Marcadé, Demolombe, Pardessus, Demante, Zachariæ, etc., enseñan esta doctrina; pero en la mayor parte de los casos serán cuestiones de hecho que los jueces resolverán según las circunstancias, teniendo en cuenta que cuando el fundo no tiene una salida suficiente para la explotación se le debe considerar como si no la tuviere; así el fundo del que sólo pudiera salir á pie á la vía pública, será considerado como encerrado, si por las necesidades de la explotación, necesitare salir con carros cargados. Si únicamente hubiera necesitado la servidumbre de paso á pie, y la hubiera abonado en esas condiciones, y posteriormente por el cambio de explotación necesitare pasar en carro, podrá imponerla pagando el mayor terreno.—Comp. AUBRY y RAU, § 243 texto, nota 4. DEMOLOMBE, XII, 610 y 611.—Véanse arts. 3068, 3070, 3072 y 3074.

(**Art. 3070.**) El artículo puede aplicarse á las hipótesis siguientes: 1° de una propiedad separada de la vía pública por construcciones de la misma; 2° de una propiedad que viene á quedar encerrada por la enajenación ó división de las otras partes; 3° de una propiedad que teniendo salida á la vía pública quedara encerrada por construcciones posterio-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3069.—Demolombe, tom. 12, n° 610.—Aubry y Rau, § 243.—Véase Pardessus, *Servidumbres*, n° 218.

Fallos de la S. C. N. — Aplicación de art. 3069.—Véase LXI, 443.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La servidumbre de tránsito es impuesta á todas las heredades contiguas al predio encerrado, sean habitaciones, parques, jardines, etc. (**art. 3071**), cualquiera que sea su extensión, á diferencia de

---

res; 4° cuando teniendo comunicación por dos lados se hubiere encerrado por edificios la que diere á uno de ellos, dejando el otro, y este viniera á faltar por el cambio de vía ó de calle hecho por la administración pública. En el 1°, 3° y 4° caso depende de la propia voluntad del propietario, y pudiendo darse esa comunicación no puede pretender imponer á los demás vecinos la servidumbre forzosa de tránsito. En el 2° es una verdadera limitación al dominio, porque la enajenación ó división no alteran la comunicación que toda heredad tenía con la vía pública, y cualquiera de las partes divididas ó enajenadas continuarán comunicándose sin pagar indemnización alguna. Pero si la propiedad dividida hubiera tenido dos salidas á la vía pública como en el caso 4°, no creo que habiendo cerrado con edificio una de esas salidas, si por la enajenación posterior viniera á quedar encerrada, pueda obligar á los demás á que lo dejen pasar, como en el caso del art. 3073, porque no se encuentra encerrado desde que linda con la vía pública. Así, sean las calles A, y B, que rodean el fundo, A [C | D | F] B que estaba edificado en toda la parte que da á la calle B, comunicándose por la parte A; posteriormente se divide en los fundos C, D, F, el F, no puede pretender la servidumbre de paso para salir por A, porque no está encerrado desde que comunica con la vía pública por B; pero el fundo D, no puede pretender comunicarse por F, á la calle B, sino por C, hasta la calle A, que era la comunicación abierta. Si posteriormente se cierra la calle B, y queda encerrado el F, no podrá usar de la servidumbre de tránsito hasta A, sin pagar indemnización, porque el art. 3073 habla del encerramiento que se produce, por la división ó enajenación, y no comprende al que por hechos extraños á la voluntad de los individuos se produjera en adelante. Lo mismo sucedería si la calle A, se cerrara posteriormente y la única comunicación más cercana fuera por la calle B, tendrían que pagar la indemnización al fundo F.—Comp. MASSÉ y VERGER, sobre ZACHARIÆ, § 331, nota 2.—Véanse arts. 3068, 3069 y 3072.

(**Art. 3071.**) A quien quiera que pertenezca el fundo sea á menores, ó del dominio de la Nación ó de la Provincia, y cualquiera que sea la naturaleza física de él ó su condición jurídica, estará sometido á la

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3070.—Zachariæ, § 331, nota 2. La heredad es indivisible.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

lo que sucede con la de acueducto ó de recibir las aguas, que sólo se impone á los de determinada extensión.

Cuando una propiedad se ha encerrado por las enajenaciones hechas por el propietario, aunque llevasen la condición de no dar paso, no se considerará encerrada, pues la tendrá por la porción vendida que esté más cerca de la vía pública, sin que pueda exigirlo de las otras heredades que la circundan.

§ 846. — Modo de ejercer la servidumbre de tránsito

Cuando una propiedad encerrada necesita abrirse paso á la vía pública es necesario determinar sobre cuál de las heredades que la encierran puede ejercerse el derecho, y como regla general se debe establecer que, *el tránsito debe ser tomado sobre los fundos contiguos que presenten el trayecto más corto á la vía pública. Los jueces pueden sin embargo separarse de esta regla, sea en el interés de las heredades vecinas, ó sea aun en el interés del predio encerrado, si la situación de los lugares, ó las circunstancias particulares así lo exigen* (**art. 3074**).

---

servidumbre de paso. Y cuando son parques ó jardines, se nota más la diferencia que hay entre el valor del terreno que se paga como precio de la servidumbre, y el que el dueño habría exigido en caso de expropiación; este artículo viene á confirmar en cierto modo lo dicho en el art. 3068.

No se debe hacer diferencia cuando el fundo que debe soportarla es inalienable por el momento, ó si pertenece á incapaces; es una restricción al dominio que pesa sobre todos. — Comp. Aubry y Rau, § 243, texto, nota 16. Demolombe, XII, 615.— Véanse arts. 3068, 3084 y 3102.

(**Art. 3074.**) El legislador no ha podido dejar en la mano de los particulares el determinar á su árbitro el lugar por donde la servidumbre debía concederse, por eso ha sentado como regla general, que debe ser por el trayecto más corto á la vía pública; pero autoriza á los jueces para separarse de esta regla teniendo en consideración el perjuicio causado á los fundos vecinos. Así, el propietario que ofreciera el trayecto

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3071.—Pardessus, tom. 1, n° 219.—Duranton, tom. 5, n° 422.—Demolombe, tom. 12, n° 615.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La extensión que se debe dar á la servidumbre de tránsito respecto de las personas, comprende al propietario del fundo encerrado y á todos los obreros que trabajan en él, y como la servi-

---

más corto podría negarse ó concederlo alegando que le causa gravísimo daño, y que el fundo vecino aun con un camino más largo, no recibe gran perjuicio, y el juez, según las circunstancias, podría libertarlo de la servidumbre acordando el paso por el camino más largo. El demandado por la servidumbre puede negarse demostrando que el trayecto por su fundo es más largo, en este caso debe ser citado el dueño del fundo que ofrece el camino más corto á fin de oírsele sobre los perjuicios que le causa, pues, de juzgarse separadamente y por ante diversos jueces, podría resultar que ambos fueran absueltos de prestar la servidumbre y el fundo quedara encerrado.

Todos los que tengan un interés inmediato por la servidumbre deben tomar parte en el proceso, pues habría peligro en dividir la continencia de la causa. Antes de decir cuál es el fundo que debe prestar la servidumbre, se debe considerar, no sólo el menor perjuicio del que la presta, sino también el que reciba el fundo dominante, como si por ejemplo, por el trayecto más corto y que ofrezca menos perjuicio, el dueño del dominante tuviera que hacer puente ú otras obras, en ese caso el juez debe comparar uno y otro perjuicio, inclinándose en caso de igualdad en favor del fundo que debe prestarla, pero sin perder de vista el perjuicio del dominante.

Una vez que se haya decidido cuál es el fundo que debe prestar la servidumbre, ¿cómo se debe determinar el lugar? Por el trayecto más corto á la vía pública dice la ley, pero así como se han tenido en consideración los perjuicios de los fundos vecinos para variar la regla, se deben tener en vista los que recibiría el mismo fundo, si se la siguiera de una manera inflexible, por esa razón los jueces deben determinar un camino más largo, si resultare menos perjudicial al fundo sirviente desechando el más corto, y también conceder el más largo, si para tomar el más corto, el fundo dominante debiera hacer obras y gastos de importancia. Una vez que según las circunstancias se hubiera determinado el camino más largo, éste no deberá variarse, si por trabajos posteriores en el predio sirviente, el camino más corto quedase expedito sin gasto alguno para el dominante. Los jueces deben determinar además la extensión de la servidumbre; es decir, si es á pie, á caballo ó en carruaje, según las necesidades actuales del fundo, teniendo presente lo dispuesto en los arts. 3069 y 3072, cuando se tratare de un aumento en

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dumbre ha sido impuesta por un interés general debería concederse á ambos propietarios el derecho de hacerla cesar, así que hubiera desaparecido el encerramiento, pero nuestro Código restringe este derecho y declara que, *si concedida la servidumbre de tránsito llega á no ser indispensable al predio encerrado por haberse establecido un camino, ó por la reunión del fundo á una heredad que comunique con la vía pública, el dueño del predio sirviente puede pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al estableceree ésta se le hubiera pagado por el valor del terreno. Pero si el encerramiento del predio es el resultado de una partición ó enajenación parcial, la servidumbre de tránsito constituída por las disposiciones de este capítulo, continuará subsistiendo á pesar de la cesación del cerramiento* (**art. 3076**).

---

la extensión de la servidumbre.—Comp. Cód, Francés, art. 683 y 684. Demolombe, XII, 618, y Aubry y Rau, § 243 texto, nota 21. —Véase art. 3021.

(**Art. 3076.**) Nuestro artículo ha venido á decidir en su primera parte una cuestión controvertida en derecho francés, sosteniendo unos que la servidumbre era perpetua y no condicional, y que no debía cesar por haber adquirido el fundo dominante una nueva salida, y los otros enseñando lo contrario, en virtud de la máxima: *cessante causa, cessat effectus;* el artículo se ha decidido por esta opinión, aunque de una manera incompleta, porque como dice Demolombe, XII, 642, si la servidumbre de paso debe cesar por no existir el encerramiento, este modo de extinción podrá ser invocado por ambas partes, tanto por el propietario del fundo sirviente como por el dominante, mientras el artículo sólo concede el derecho al primero, obligando al segundo á conservar la servidumbre; para uno es perpetua y para otro condicional, lo que no es lógico. Freitas, art. 4294 sigue con razón á Demolombe.

Cuando se trataba de averiguar la indemnización que debía restituirse, unos opinaban que era el capital pagado, y los intereses debían compensarse con el ejercicio de la servidumbre, doctrina que nuestro ar-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3074.—Cód. Francés, art. 683 y 684—Napolitano, 604 y 605—de Luisiana, 696. —Véase Demolombe, tom. 12, n° 618.—Pardessus, tom. 1, n° 219.—Aubry y Rau, § 243.—Si el uso del más corto trayecto obligase á gastos considerables, por ejemplo, á la construcción de un puente, podría dirigirse á otro vecino cuya propiedad ofreciese un trayecto más largo, pero más cómodo.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El que para edificar ó reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino, puede obli-

---

tículo consagra; otros que sólo debía restituirse parte de la indemnización; éstos sostenían que era debida no sólo cuando se hubiera pagado, sino aun cuando se presumiese el pago, como en el caso del ejercicio del pasaje por 30 años; aquéllos, que sólo debía abonarse la indemnización cuando se demostrare haberla pagado, sin que pudiera alegarse la prescripción, doctrina que nuestro Código ha aceptado al exigir se restituya lo que al establecerse la servidumbre se hubiera pagado; porque, como dicen Aubry y Rau, se trata aquí de una *conditione sine causa*, y el que ejerce tal acción debe probar ante todo, el pago de la suma cuya restitución reclama.

¿Deberá el predio sirviente las mejoras necesarias y útiles que el dueño del dominante hubiere hecho? El Dr Segovia sostiene la afirmativa y el Dr. Llerena la negativa. Ambas opiniones me parecen demasiado absolutas. Creo se debe distinguir: si las mejoras aprovechan al dueño del predio sirviente aumentándolo de valor, se debe pagar aquello en que se enriqueciere, porque nadie debe lucrar con perjuicio de otro; pero si por el contrario esas mejoras le perjudicasen, como si tuviera que destruir el camino y los árboles plantados para trabajar el terreno, no debe pagarlas, pues no le aprovechan. Demolombe, XII, 643, va más lejos aun, sosteniendo que no sólo debe pagar el dueño del fundo sirviente los gastos hechos por el dominante en el camino que se ve forzado á abandonar, sino también, los que tendría que hacer en el nuevo; teoría demasiado avanzada y que no está autorizada por nuestro derecho.

La última parte del artículo consagra en mi opinión la verdadera doctrina, de la que no habría debido separarse; porque la servidumbre, una vez reconocida, debe ser perpetua, aunque el fundo encerrado viniera á tener comunicación con la vía pública, y así como debe continuar en caso de encerramiento por enajenación ó división, aunque viniera á cesar, debió conservarla en los demás casos, facilitando la comunicación y las mayores ventajas que trae consigo. — Comp. Cód. de Chile, art. 849. Aubry y Rau, § 243 texto nota 36.

Si el dueño del fundo encerrado no hubiera usado de su derecho para exigir la servidumbre de paso, y viniera á tener comunicación con la vía pública, no podrá usarlo en adelante, aunque quedara encerrado por la enajenación ó división, pues tiene la servidumbre por las otras partes, art. 3073.

¿Puede prescribirse la servidumbre por el no uso, cuando el fundo en-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

gar á éste á sufrirlo con la condición de satisfacerle cualquier perjuicio que se le cause (**art. 3077**), y aunque esta limitación en ningún caso puede considerarse como una servidumbre, porque son inconvenientes momentáneos de vecindad, sin embargo el Código las considera como tal.

La servidumbre de tránsito, según nuestro Código, puede ser personal, en el sentido de que muchas veces está destinada á prestar utilidad únicamente á las personas, con independencia del fundo, por eso dice el **art. 3078**: *la servidumbre de tránsito que*

---

cerrado hubiera adquirido por otro lado comunicación con la vía pública? No veo inconveniente, porque su derecho era imprescriptible mientras permaneciera encerrado; desde que no lo está, se encontrará en las mismas condiciones que los demás; no obsta el art. 3081 que se refiere á la servidumbre voluntaria.

(**Art. 3077.**) Aquí viene á demostrarse con mayor evidencia que el tránsito forzoso no es una servidumbre, sino un límite al dominio; pues el derecho de emplear el inmueble vecino en *servicios provisorios* para la edificación, comprende el de hacer pasar los obreros para trabajar, derecho consignado en el art. 2627 entre las restricciones del dominio. Creo que este artículo habría podido suprimirse, agregando para mayor claridad al art. 2627, el derecho de hacer pasar los obreros. Sobre todo, á este derecho le faltan los caracteres de la servidumbre real, y Pothier *(Sociedad*, n° 246) coloca esta obligación entre los deberes de vecindad, admitiendo en consecuencia, que cuando la vía pública fuera absolutamente impracticable, el vecino debe conceder el paso por su propiedad hasta que el impedimento haya cesado, fundándose en la l. 14, § 1, tít. 6, lib. 8, Dig., y así debe entenderse por nuestro derecho. — Véanse arts. 1520, 2516, 2627 y 2733.

(**Art. 3078.**) La regla es, la servidumbre de tránsito en favor de un fundo encerrado, es real. ¿Puede constituirse como personal por convenio? No habrá inconveniente, pero eso no impedirá al que haya adquirido el fundo dominante el reclamarla como real, si por la cesación de la servidumbre hubiera quedado encerrado. Difiere de las demás servidum-

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3076. — Véase Cód. de Chile, art. 849.— Pardessus, tom. 1, n° 225.—Aubry y Rau, § 234.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3077.—Cód. de Luisiana, art. 697.—Pothier, *Sociedad*, n° 246.—Pardessus, *Servidumbres*, n° 227.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

no sea constituída á favor de una heredad cerrada, se juzgará personal en caso de duda. Es discontinua y no aparente cuando no haya algún signo exterior permanente del tránsito; como un camino, senda ó algo que indique el paso.

Si en la constitución de la servidumbre de tránsito no se expresa el modo de ejercerla, el derecho de tránsito comprende el de pasar de todos los modos necesarios, según la naturaleza y destino del inmueble al cual se dirige el paso (**art. 3079**, 1ª parte), siendo en

---

bres reales que son perpetuas, porque el art. 3076 da derecho al sirviente para revocarla cuando el fundo encerrado llegare á comunicar con la vía pública. En los demás casos, la regla es que la servidumbre de tránsito es personal, y por consiguiente habrá que demostarse por el título que se constituyó como real. Así, cuando un fundo encerrado adquiere la servidumbre de paso por el del vecino, esa servidumbre se reputa *real,* salvo la prueba contraria; pero si gozando de ella adquiere otras, esas se reputan *personales*, salvo la prueba en contra, porque no estando el fundo encerrado, la servidumbre de tránsito se *juzgará personal en caso de duda,* como dice el artículo, si nada expresa el título de adquisición.

La servidumbre de tránsito es necesariamente discontinua, porque necesita del hecho del hombre; pero en general es *aparente,* porque hay signos exteriores que la muestran, como las puertas, el camino, etc., que indican el paso de una heredad á otra. Respecto á los campos, se debe seguir lo establecido en los respectivos Códigos rurales, sin perjuicio de que el Congreso puede dictar una ley general complementaria de este título. No se puede cercar un campo sin permiso de la autoridad departamental, y ésta lo concede solo con la condición de dejar el paso á los caminos vecinales y á los departamentales.

Téngase presente que la servidumbre se reputa personal, sólo en caso de duda.—FREITAS, art. 4841. — Véanse arts. 2975, 3003, 3011 y 3044.

(**Art. 3079.**) El presente artículo habla de la servidubre de tránsito que se constituye voluntariamente y que puede ser real ó personal, según el título. ¿Podrá aplicarse también á la servidumbre, que podemos llamar legal de tránsito? No hay inconveniente, desde que las partes

---

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3078.—El convenio de dos vecinos con el ferrocarril para construir y mantener á sus expensas un ramal que atraviesa sus propiedades, no importa una constitución de servidumbre del predio por el cual empieza el ramal, á favor del predio en el que concluye.—XXX, 342.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

estos casos una cuestión de hechos para averiguar y establecer las necesidades del fundo. La regla de este artículo se aplica tanto á la servidumbre que podemos llamar voluntaria como á la forzosa.

Si no se hubiere determinado el tiempo del ejercicio de la servidumbre, sólo se podrá pasar de día, si el lugar fuese cercado, y á cualquier hora, si no lo fuese. Cuando el derecho de tránsito tuviese determinado el modo de ejercerse, el dominante por ninguna causa ó necesidad, puede ampliarlo ejerciéndolo de otra manera, ó haciendo pasar personas ó animales que no comprenda la servidumbre (**art. 3079**, 2ª parte), teniéndose presente que en la servi-

---

pueden estipular lo que quisieren, si no perjudican á terceros; pero tal estipulación podrá reclamarse, porque la servidumbre de tránsito que comienza por pagar el valor del terreno, no puede ser limitada, ni en cuanto al modo, ni el tiempo de ejercerla, pues debe emplearse según las necesidades del fundo encerrado.

En la servidumbre voluntaria de tránsito, adquirida por un fundo no encerrado, se debe atender al título, para determinar si es real ó personal, si nada se hubiere pactado y en caso de duda, es personal; si no se hubiera designado el modo de ejercerla, se atenderá á la naturaleza y destino del fundo dominante, porque es con arreglo á sus necesidades que se debe graduar la servidumbre. El derecho de paso de cierto modo comprenderá el de hacer pasar en esa forma á otras personas; el de hacer pasar carros ó carretas comprenderá el de emplear los bueyes ó caballos necesarios.

Respecto del tiempo en que debe ejercerse el paso, si cuando se concedió la servidumbre, el fundo estaba abierto, tendrá derecho á pasar de día y de noche; pero si después viniera á cercarlo, su derecho se restringiría, y sólo podría hacerlo de día; por eso la redacción de Freitas, art. 4849, nº 2, es más exacta y clara cuando dice: siendo el lugar cercado ó *destinado á ser cercado*, y por la misma razón, si el lugar estaba cerrado cuando se constituyó la servidumbre y luego viniera á quedar abierto, podría pasar á cualquier hora. En estos casos, la ley busca interpretar la voluntad de las partes, y es presumible que ésta sea el de que pase á cualquier hora en un lugar abierto, y limitarlo á las horas del día en uno cerrado.

Así pues, cuando se ha determinado el lugar de paso ó tránsito debe hacerse por él; cuando se designó el tiempo, se hará en ese tiempo; si se fijó el modo, como á pie, ó á caballo, etc., debe hacerse de ese modo. —Comp. Freitas, arts. 4848, 4849 y 4850.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dumbre de paso, como en las demás discontinuas, no se pierde el derecho por el no uso, siempre que se haya usado con arreglo al título, y no se cambia ni modifica el uso por la prescripción, pues el dueño del predio sirviente puede hacer volver á tomar el primitivo, en cualquier tiempo.

847. — De la extinción de la servidumbre de tránsito

Cuando se trata de la servidumbre forzosa de tránsito, como responde á una necesidad de orden público, debería durar mientras subsista la causa que la ha hecho nacer, y cuando hubiere desaparecido esa causa y la propiedad dejare de estar encerrada, el dueño del predio dominante ó del sirviente debería tener derecho para pedir la exoneración; pero el Código sólo autoriza al propietario del fundo sirviente.

En la servidumbre forzosa de tránsito no hay prescripción por el no uso, así como no se prescribe el derecho de demandar el tránsito que tiene el propietario del fundo encerrado; por el contrario, en la servidumbre voluntaria la prescripción extingue el derecho.

La servidumbre de tránsito no se extingue aunque el paso llegue á no ser necesario para el inmueble al cual se dirige, ó aunque el dominante hubiese adquirido otro terreno contiguo por donde pudiese pasar (**art. 3081**); porque tratándose de un derecho cons-

---

(**Art. 3081.**) Este es el principio que ha debido regir en el art. 3076, porque el derecho no debe resolverse con la desaparición de la causa que lo hizo nacer; debe ser permanente una vez concedido, ó por lo menos dar á ambas partes el derecho de hacerlo cesar; es faltando á ciertos principios que aquel artículo se puede considerar como una excepción difícil de justificar.

El artículo se refiere á la servidumbre que ha nacido por la voluntad de las partes, y que no tiene en cuenta la necesidad del inmueble; así, nada le importa que sea ó no útil; pero como derecho puede extinguirse por la prescripción. Si hubiere cláusula expresa en el contrato, estableciendo que quedará extinguida la servidumbre, una vez que el dueño del dominante tuviera un terreno contiguo á la vía pública, ó que le fuera innecesaria, se extingirá, sin que pueda reclamar el precio; pues

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tituído, no debe desaparecer porque no existía la necesidad que lo creó.

Esto es evidente en la servidumbre voluntaria constituída por contrato ó por testamento, y en la forzosa, sólo el dueño del predio sirviente puede hacerla cesar, según se dijo en el art. 3076.

Cuando se trata de un fundo cerrado que se ha creado una servidumbre de tránsito sobre uno de los fundos que lo encerraren, esa servidumbre fundada en una necesidad de orden público no puede desaparecer, ni por prescripción, renuncia ó contrato; pero la servidumbre voluntaria que nace del testamento ó del destino del padre de familia del contrato, puede extinguirse por la renuncia expresa ó tácita, como se dijo en el art. 3047.

Habrá renuncia tácita del derecho de tránsito, si el dominante consiente en que el poseedor del inmueble sirviente cierre el lugar del paso, sin reservar de algún modo su derecho (**art. 3080**). El

---

se reputa un contrato condicional, que ha venido á resolverse por el cumplimiento de la condición, lo que no sucede en la servidumbre forzosa que no se prescribe y en que debe siempre devolverse el precio pagado. — Comp. FREITAS, art. 4855.

(**Art. 3080.**) Este artículo, como el anterior, hablan de las servidumbres voluntarias, porque en las forzosas no se puede perder el derecho aún por renuncia expresa, pues se ha establecido por una necesidad superior. Se dijo en el art. 3047 que la renuncia tácita debía hacerse con la autorización escrita del dominante, para que se ejecutasen las obras que impidieran el ejercicio de la servidumbre, y que no se entendería renunciadas aunque se hicieran á vista y paciencia de él; así, en este caso, la expresión de si el dominante consiente se debe tomar en ese sentido, habiendo dado ese consentimiento por escrito. Freitas, art. 4854, de donde fué tomado el nuestro, se refiere á la renuncia tácita de la servidumbre.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3081.—Si el encerramiento es necesario para el establecimiento de la servidumbre, no lo es para su permanencia, porque este establecimiento se ha consolidado por hechos posteriores, á saber, por la indemnización que el propietario del fundo encerrado ha pagado, ó se juzga que ha pagado al propietario del fundo que debe el paso. — Véase Zachariæ, § 331, nota 3.

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

consentimiento para hacer las obras debe darse por escrito, como se dijo en el art. 3047; pero cuando no se hubiere dado, la prescripción correrá desde que se hicieron las obras.

Debe tenerse presente que el dueño del predio sirviente no se entenderá que prohibe el derecho de tránsito, cuando ha cerrado el camino con tapia ó casa, dejando una puerta de comunicación, si ha entregado al dominante una llave para que pase. Pero si bien no se entiende que renuncia la servidumbre, la perderá por el no uso, á contar desde que se hicieron las obras que impidieron la servidumbre, art. 3059.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO II

DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

§ 848. — Derechos del predio dominante

La servidumbre de acueducto es forzosa ó voluntaria. Forzosa, cuando la ley en casos determinados obliga á las propiedades confinantes con ríos, arroyos ó fuentes, que dejen pasar las aguas para los otros fundos que las necesitaren; voluntaria, cuando por contrato, testamento ó destino del padre de familia se hubiera establecido en favor del fundo.

Cuando la servidumbre es forzosa, toma todos los caracteres de las leyes de orden público, no está sujeta á prescripción ni renuncia, y cualquier contrato que se hiciere para impedirla sería de ningún valor.

Por el contrario, cuando es voluntaria está sujeta á todas las alteraciones y modificaciones de las demás cosas que están en el comercio, salvo las excepciones contenidas en este capítulo.

Se considera como forzosa y *toda heredad está sujeta á la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones ó pastos, ó en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes, ó en favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una justa indemnización* (**art. 3082,** 1ª par-

---

(**Art. 3082.**) En los tiempos modernos el agua ha venido á constituir uno de los elementos más importantes del progreso, y su uso se emplea en tan múltiples industrias, que el no facilitarla ó el ponerle trabas, sería dificultar en cierto modo los beneficios que ella proporciona, ya como elemento de riego, de higiene, de fuerza motriz ó de una gran

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

te). Se considera voluntaria, cuando se hubiere adquirido por contrato, testamento ó destino del padre de familia, siempre que el fundo dominante no se encontrara en alguna de las condiciones indicadas para establecerla como forzosa.

La servidumbre (de acueducto) *consiste en el derecho real de hacer entrar las aguas en un inmueble propio, viniendo por heredades ajenas* (**art. 3082**, 2ª parte), sin perjuicio de que pueda consti-

---

necesidad para la vida fácil de los pueblos. En ciertas provincias de la República donde las lluvias son escasas ó casi no existen, el riego ha venido á ser uno de las más grandes necesidades de la agricultura, y se ha debido dedicar mayor amplitud á esta materia, ó el Congreso debe dictar leyes especiales de riego. Las Provincias han tenido que suplir este vacío; pero es necesario una ley general.

Considerando esta cuestión bajo esta faz interesante, pienso, que todo lo que tienda á facilitar el uso del agua, debe interpretarse de una manera favorable.

La necesidad de emplear el agua en la industria, en la ganadería, y en la agricultura impulsando los progresos, hacen que consideremos al acueducto, no como una servidumbre, sino más bien como un límite impuesto al dominio, llevando todos los carácteres de las leyes de orden público. Este límite se aplica en favor de los propietarios de fundos que necesiten agua, sea para sementeras, plantaciones ó pastos, como para los establecimientos industriales, sin distinguir si las aguas son artificiales ó naturales, ni averiguar cómo es que el dueño del fundo dominante las hubiera adquirido.

El legislador ha querido hacer gozar de los beneficios que el agua puede prestar á los fundos que las necesiten, prohibiendo que se expropien los terrenos necesarios á ese objeto, y ha impuesto como un límite al dominio el paso del agua por los terrenos vecinos. Nuestro artículo siguiendo al Cód. de Chile, art. 861, ha adelantado á la ley francesa de 29 de Abril del 1845, que sólo impone la servidumbre de acueducto para la irrigación, mientras el nuestro la concede para los establecimientos industriales, y por consiguiente habría derecho para hacer servir el agua como fuerza motriz, ya sea para molinos, minas, usinas, etc.

Nuestro artículo no debe tomarse en un sentido limitativo, porque comprende en general, el cultivo, plantaciones y pastos en lo que se refiere á la agricultura y ganadería, y los establecimientos industriales donde están comprendidos los fabriles, abrazando casi toda la actividad

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tuirse como personal en cuanto á su duración, de modo que concluya con la persona, en favor de la cual se ha constituído, porque en cuanto al beneficio es el fundo el que lo recibirá.

---

humana. No creo se pueda exigir la servidumbre para dar de beber el agua á los ganados, ni para hacer lagos artificiales, ni cosas semejantes.

El que pretende la servidumbre de acueducto debe demostrar una necesidad de la agricultura, de la industria, ó de la ganadería en lo que se refiere á los pastos, ó en favor de una población ó reunión de casas, que formaren una villa ó pueblo.

El derecho de solicitar el acueducto se extiende no sólo al propietario del fundo que lo necesite, sino al usufructuario, usuario y á todo aquel que tenga un derecho real en la cosa y que pueda explotarla. Si su derecho fuera resoluble, la servidumbre cesará con él, á menos que el propietario exigiera su continuación. En cuanto á la calidad de las aguas no debe hacerse diferencia, pues la servidumbre de acueducto se extiende á toda clase de ellas, sean vivas ó muertas, corrientes ó no, naturales ó artificiales.

No se debe confundir la servidumbre constituída voluntariamente con la forzosa ó legal, por eso no se puede aplicar el art. 3037 para cambiar el lugar por donde pase el acueducto, porque sería obligarlo á una serie de trabajos que menoscabarían los derechos del fundo dominante. En cuanto al lugar por donde debe pasar el acueducto se consultará la inclinación ó pendiente del terreno, el trayecto más corto, el menor perjuicio para el fundo sirviente y el menor gasto para el dominante. Cuando el trazado más conveniente y menos costoso para el fundo dominante fuera más perjudicial al dueño del sirviente, se debe preferir el interés de este, que presta un servicio necesario. Será cuestión que los jueces decidirán según las circunstancias.

Si el demandado para que preste la servidumbre de acueducto, demostrase que por el terreno vecino es menos costoso y perjudicial, deberá ser eximido de la obligación.

Para obtener la servidumbre de acueducto es necesario demostrar los extremos exigidos por el artículo, pero una vez obtenida podrá usar del agua del modo que juzgue más conveniente. Como la servidumbre es real, tiene el carácter de perpetuidad y no podríamos aplicarle la disposición excepcional del art. 3076, sino la del art. 3081.—Comp. Cód. de Chile, art. 861. Molitor, *Serv.* 48. Freitas, art. 4892. Goyena, art. 496. Demolombe, XI, 206. Aubry y Rau, § 241 texto, nota 2.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Las casas, los corrales, los patios y jardines que dependen de ellas y las huertas de superficie menor de diez mil metros cuadrados, no están sujetas á la servidumbre de acueducto (**art. 3084**),

---

Debe tenerse en cuenta que los escritores franceses, hablan de esta servidumbre partiendo de la ley 29 de Abril de 1845 que difiere en su artículo 1° del nuestro.—Véanse arts. 2637, 3068, 3074, 3081, 3097 y 3100.

(**Art. 3084.**) Las casas ó edificios aunque abrazen una superficie mayor de diez mil metros cuadrados, no estarán sujetas á la servidumbre de acueducto, porque sólo deben soportarla los terrenos vacíos. La redacción de nuestro artículo no es muy correcta, porque parece desprenderse lo contrario, á consecuencia de la adición que se ha hecho al art. 862 del Cód. Chileno, de donde fué tomado, y que dice: «las casas, y los corrales, patios, huertas y jardines que de ellas dependan, no están sujetas á la servidumbre de acueducto»; habiéndose intercalado «las huertas de superficie menor de diez mil metros cuadrados» ha quedado el artículo un poco obscuro. Según el pensamiento del Código Chileno, y de Aubry y Rau, § 241 n° 4, las construcciones, patios, jardines, corrales, pertenecientes á las habitaciones están libres de esta servidumbre y así deberíamos considerarlas; pero se exceptuarían las huertas de una superficie de diez mil metros ó más, que deberían prestarla. Esta es la interpretación justa, y la que corresponde, porque la conjunción copulativa *y*, que une las huertas á las casas, patios, etc., no puede unirse á la condición de su superficie. Creo pues, que sólo están sujetas á la servidumbre de acueducto, las huertas de superficie no menor de

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3082.—Cód. de Chile, art. 861.—Demolombe, tom. 11, n° 206.—Molitor, desde el n° 48.—Sobre esta servidumbre, véanse LL. 4 y 5, Tit. 31. Part. 3ª.

Fallos de la S. C. N.—Aplicación del art. 3082.—El hecho de conceder á un vecino colindante, sin cargo alguno, permiso para pasar un canal por el terreno propio para el servicio de un molino, importa la concesión de una servidumbre rústica de acueducto.

Las palabras, *sin cargo alguno* importa que el dueño del predio dominante no se ha impuesto ninguna obligación para con el del predio sirviente.—XI, 271.

El convenio de dos vecinos con el ferrocarril para construir y mantener á sus expensas un ramal que atraviesa sus propiedades, no importa una constitución de servidumbre del predio por el cual empieza el ramal, á favor del predio en el que concluye.—XXX, 342.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

sin perjuicio de que pueda deberlas por contrato, testamento ó destino del padre de familia.

La servidumbre de acueducto, en caso de duda, se reputa constituída como servidumbre real (**art. 3083**, 1ª parte), porque es el inmueble el que recibe el beneficio. *Es siempre continua y aparente, y se aplica á las aguas de uso público, como á las aguas corrientes bajo la concesión de la autoridad competente; á las aguas traídas á la superficie del suelo por medios artificiales, como á las que naturalmente nacen; á las aguas de receptáculos ó canales pertenecientes á particulares que hayan concedido el derecho de disponer de ellas* (**art. 3083**, 2ª parte).

---

diez mil metros; no habrá tampoco un grave perjuicio, porque una desviación de cien metros no tendrá importancia, mientras la tendría tratándose de casas y patios.

(**Art. 3083.**) La servidumbre forzosa de acueducto es real, porque es un servicio que presta un fundo á otro; pero eso no impide que cuando se constituya voluntariamente pueda ser personal; es sólo en estos casos que puede haber dudas, y se considerará en su verdadero carácter. Es *continua,* aunque el agua pasare con intermitencias, porque en general no depende del hecho del hombre; si bien necesita de este para levantar las compuertas ó cerrarlas, lo que justifica en cierto modo la doctrina sostenida en el art. 2975 sobre la servidumbre de hacer correr aguas servidas. Es *aparente*, aunque el acueducto sea cubierto, ó subterráneo, porque está visible en la parte de la toma del agua y en la que sale.

Se aplica á las aguas de uso público, como son la de los ríos navegables. En cuanto á las de los arroyos ú otras aguas corrientes bajo la concesión de la autoridad, se podrá tomar igualmente con el mismo objeto. Téngase presente que la servidumbre de acueducto, tal como la define el Código, es el derecho de hacer entrar las aguas en un inmueble propio, viniendo por heredades ajenas, sin determinar sobre el derecho de tomar las aguas que puede tener el que solicita el acueducto. Se entiende que ese derecho debe ser concedido por la autoridad, cuando la corriente de agua estuviere bajo su vigilancia. Los dueños de los predios por donde debe pasar el agua no pueden negarse á la servidumbre alegando que no se trata de aguas corrientes naturales, sino de estancadas,

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3084. — Aubry y Rau, § 241, letra A.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Cuando se trata de las aguas corrientes de un pueblo ó ciudad, se encuentran legisladas por las ordenanzas municipales, ó por leyes especiales de las provincias, que no pueden ser contrarias al Código Civil.

Cuando la servidumbre de acueducto es forzosa, *el dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague un precio por el uso del terreno que fuese ocupado por el acueducto y el de un espacio de cada uno de los costados que no baje de un metro de anchura en toda la extensión de su curso. Este ancho podrá ser mayor por convenio de las partes, ó por disposición del juez, cuando las circunstancias así lo exigieren. Se le abonará también un diez por ciento sobre la suma total del valor del terreno, el cual siempre pertenecerá al dueño del predio sirviente* (**art. 3085**). Pero si la ser-

---

porque la ley se refiere á toda clase de aguas. Lo que se debe demostrar es la necesidad que tiene el fundo, pues si tuviera otro acueducto que no le diera el agua suficiente para la explotación de la heredad, siempre podría imponerla, desde que su derecho sólo está limitado por la necesidad. Se debe pues, demostrar: 1° el derecho de disponer de las aguas que se pretende hacer pasar por el fundo; 2° la necesidad de ellas para el cultivo de sementeras, plantaciones ó pastos ó para establecimientos industriales ó de pueblos.—Comp. FREITAS, art. 4893. AUBRY y RAU, § 241.

(**Art. 3085.**) Se paga el precio del uso, como en la de tránsito se paga el uso del paso. ¿Pero cuál es ese precio? El del terreno que fuere ocupado por el acueducto y el de los espacios laterales que se hubieren determinado. Las palabras *por el uso*, que son meramente explicativas, no pueden variar fundamentalmente el pensamiento, se deben considerar como puestas entre paréntesis. Si en la servidumbre de paso, que no es tan perjudicial, se paga el derecho de tránsito, abonando el valor del terreno, con más razón en esta que es continua y aparente, y lleva consigo grandes incomodidades, y por eso se le aumenta un diez por ciento sobre el valor total del terreno tomado por el acueducto. No creo como algunos, que la expresión del precio por *el uso del terreno*, se deba entender, que no es el valor del terreno mismo el que se debe pagar, porque en la segunda parte agrega: se debe aumentar el diez por ciento sobre la suma *total del valor del terreno*, y porque en el art. 3087, vuelve á

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3083.—Aubry y Rau, § 241.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

vidumbre fuera establecida por convenio de partes, la ley será el contrato mismo al que deberán sujetarse. Si por las circunstancias y necesidades del predio, la servidumbre hubiera podido establecerse forzosamente, y lo ha sido por convenio amigable, las condiciones bajo las que se hubiere constituído no serán inalterables, porque el dueño del predio dominante podrá en todo caso exigir el ancho determinado por la ley á cada costado.

El dueño del predio sirviente está obligado á permitir la en-

---

repetir por dos veces que se paga el valor del terreno. El señalar como precio de la servidumbre el valor del terreno, no es porque este se enajene, pues, como en la de tránsito, sigue perteneciendo al dueño del fundo sirviente; es una forma de indicar el precio de la servidumbre; es decir, el uso de la cosa; así, el precio del uso es el valor del terreno. Lo mismo se habría podido decir en el art. 3068, satisfaciendo (por el uso) el valor del terreno necesario. No debe aplicarse en este caso el derecho excepcional del art. 3076, porque la servidumbre debe ser perpetua, y porque no se puede conceder un derecho que no está autorizado expresamente.

La crítica que algunos hacen á este artículo, porque ha empleado la palabra *uso*, creyendo que este se debe pagar y el valor del suelo, no tiene fundamento, porque precisamente el valor del uso es el precio del terreno; si no lo fuera, nos lanzaríamos en un camino sin salida para estimar ese valor.

No creo que el diez por ciento sobre el precio del terreno empleado en el acueducto, y en cada uno de los costados sea un recargo excesivo, porque si en la servidumbre de tránsito se le paga el valor del terreno en esta que es más gravosa, debe pagársele algo más.

El Cód. de Chile, art. 865, de donde fué tomado el nuestro, se refiere al pago del precio del terreno y al diez por ciento sobre la suma total de ese precio autorizando á cobrar todo perjuicio ocasionado por las obras, como árboles y plantaciones destruidas, etc., así como por las filtraciones y derrames. Nuestro Código guarda silencio, pero como todo el que ocasiona un perjuicio á otro debe indemnizarlo, puede reclamarse, y así lo autoriza el art. 3088.

¿Tendrá que pagarse el espacio lateral aun en el acueducto subterráneo? El artículo no hace distinción. — Comp. AUBRY y RAU, § 241, nº 1:—Véanse arts. 3068 y 3087.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3085.—Cód. de Chile, art. 865.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

trada de trabajadores para la limpieza y reparación del acueducto, como también la de un inspector ó cuidador; pero sólo de tiempo en tiempo, ó con la frecuencia de que el juez determine, atendidas las circunstancias (**art. 3086**), en caso de oposición ó de reclamaciones.

Si el que tiene acueducto en heredad ajena quisiere introducir mayor volumen de agua, podrá hacerlo indemnizando á la heredad sirviente de todo perjuicio que por esa causa le sobrevenga, y si para ello le fuese necesario obras nuevas, se observará lo dispuesto respecto á la construcción de acueductos (**art. 3088**).

(**Art. 3086.**) La entrada de los trabajadores debe ser con previo aviso al administrador del predio sirviente, como lo dice el Cód. de Chile, art. 866 de donde fué tomado el nuestro. La intervención del juez debe ser naturalmente en caso de discordia. Freitas, art. 4894, nº 4, concede la servidumbre de paso para limpiar el acueducto como accesorio; pero sólo por los lados de éste, y nuestro art. 3018 concede igualmente las servidumbres accesorias para el uso de la principal. Por nuestro derecho, la servidumbre accesoria de pasaje para la limpieza y reparación del acueducto debe hacerse por la parte lateral de éste. Si el fundo sirviente estuviere cerrado con pared, los trabajadores deben penetrar por los lugares ordinarios de entrada en el fundo, sin que pueda obligársele á hacer otras; los jueces no pueden ordenar la apertura de nuevas entradas, aunque las ordinarias ofrecieran ciertas dificultades; porque la servidumbre no consiste en hacer, y además no se debe gravar el fundo sirviente.

(**Art. 3088.**) Cuando el acueducto pertenece al dueño de la heredad sirviente, el ensanche que quisiera hacer el dueño del dominante para entrar mayor volumen de agua, deberá pagarlo sin el 10 % de recargo; pero si el acueducto se hubiere construído por el dueño del fundo dominante y quisiera ensancharlo, al pagar el valor del terreno que ocupe nuevamente, debe el 10 % sobre ese valor, como en el caso del art. 3085, y además, todo perjuicio que por esa causa sobrevenga á la heredad sirviente. ¿Por qué estas diferencias con el artículo anterior y con el 3085? Porque en el art. 3087 el acueducto se encontraba hecho y lo que se debía pagar era el valor del terreno y de las obras, sin el 10 % de recargo en que se estimaba el perjuicio; en el presente se ha hecho á costa del dominante pagando ese 10 % y no habría razón para que no lo hiciera en caso de tomar mayor terreno. La cláusula de todo perjuicio es tomada

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El dominante tendrá derecho para alzar ó rebajar el terreno del inmueble sirviente á fin de hacer llegar á su destino las aguas del acueducto, y podrá también tomar la tierra ó arena que le fuese necesaria (**art. 3089**).

---

del art. 869, Cód. de Chile, que consecuente con lo dispuesto en el art. 865, que obliga á pagarlos, la ha repetido en este lugar, pero como el nuestro la suprimió en el art. 3085 que es el art. 865, no encontramos á qué perjuicios se refiere. Debemos pues, comprender, por todo perjuicio, no sólo el 10 °/₀ sobre el valor del nuevo espacio tomado, sino sobre cualquier otro, como lo sostuvimos al final del art. 3085.

(**Art. 3089.**) Como se dijo anteriormente, esta materia se encuentra legislada muy ligeramente, y las Provincias suplirán por leyes especiales, hasta que el Congreso dicte una ley general, llenando las imperfecciones que se notan. Así, nada se dice sobre los puentes ó viaductos que será necesario ejecutar para no aislar las diversas partes del predio sirviente. Cuando fuere necesario levantar mucho el terreno por donde corra el agua en que no pueda comunicarse con fuentes, ó aun cuando pudiera hacerse, si las aguas quedaran estancadas por falta de paso, deberán hacerse alcantarillas en este caso, y viaductos cuando la comunicación con carros fuera imposible. Debe evitarse todo perjuicio.

La tierra ó arena que puede tomarse para las obras debe ser la que se encuentre en las proximidades del acueducto, como dice Freitas, art. 4849, nº 3, y lo más propio habría sido autorizarlo á tomarlas de los espacios laterales que es la pagada; pero no creo que la generalidad de la expresión; «podrá tomar la tierra ó arena que le fuere necesaria», lo autorice á hacer excavaciones en cualquier parte del fundo sirviente, porque eso sería imponerle otra servidumbre.

No podría sacar otros materiales; pero si fuere la ladera de una montaña ó un terreno pedregoso, podrá tomar la piedra necesaria. No deben dejar pozos de modo que las aguas se estanquen ó sean un peligro para los que trabajen en el fundo sirviente. Los puentes que se hagan deben ser de trecho en trecho, facilitando la comunicación de las partes divididas por el acueducto. Como la ley guarda silencio, los jueces deben imponer estas obligaciones al concederla.

Todos los artículos del presente capítulo se refieren á la servidumbre que podemos llamar legal de acueducto, y no comprenden las que se

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3088.—Cód. de Chile, art. 868.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§ 849. — Derechos del dueño del predio sirviente

En el acueducto forzoso, *el que tiene á beneficio suyo un acueducto en su heredad, puede oponerse á que se construya otro en ella, ofreciendo paso por el suyo á las aguas de que otra persona quiera servirse, con tal que de ello no se siga un perjuicio notable al que quiera abrir un nuevo acueducto* (**art. 3087**, 1ª parte), que sólo en ese caso tendrá derecho para oponerse.

---

adquiriesen por contrato, sino cuando nada se hubiere pactado ó faltaran algunas cláusulas, entonces se aplicarán las reglas espuestas.

(**Art. 3087.**) Pueden ocurrir las siguientes hipótesis: 1ª, que el acueducto sea del dueño del predio por donde pasa; 2ª, que sea del predio dominante. El primer caso es el legislado por el artículo y contiene sólo la proposición siguiente: que el dueño del predio y del canal puede oponerse á que se construya otro en su terreno ofreciendo el paso de las aguas por el suyo; pero nada dice sobre el derecho del dueño del predio dominante para obligarlo á recibir las aguas por el mismo canal, aunque ofreciere otro lugar para construir el acueducto. Habría sido conveniente acordar un derecho análogo al dueño del fundo dominante, cuando no cause perjuicio, pero en el silencio de la ley no podemos concederlo, imponiéndole una especie de servidumbre sobre el acueducto mismo. Debemos respetar la propiedad y sólo restringirla cuando la ley lo hubiere autorizado. La voluntad del propietario es una ley que no podemos vencer sino con otra ley que nos autorice á dejarla sin efecto; y el derecho del que necesita el acueducto es hacer otro por el fundo sirviente. Además de esto, el derecho de determinar el lugar por donde debe hacerse depende de muchas circunstancias, como del trayecto más corto, de la pendiente del terreno, el menor perjuicio al fundo sirviente y del menor gasto para el dominante, condiciones que debe tener en cuenta el juez al determinar el lugar por donde pasará el acueducto. Cuando el lugar no estuviera designado en el título, corresponde al dueño del predio sirviente el determinarlo, art. 3021.

Cuando el acueducto pertenece á otro que al dueño del predio sirviente, ¿podrá su dueño ser obligado á dejar pasar las aguas para que se sirva otro de los predios que la necesitan? Esto debía haberse previsto, porque no sería justo llenar al predio sirviente con una red de canales que lo inutilicen para su explotación, lo que sucedería, si seis ú ocho

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

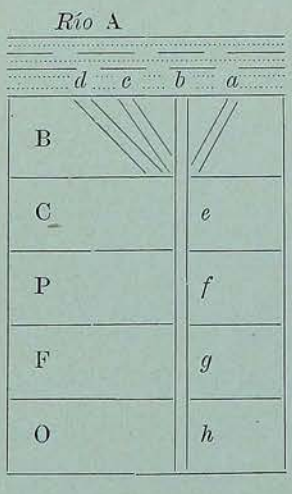
Cuando se viere obligado á aceptar el acueducto existente, *se le pagará el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto incluso*

---

predios dominantes hicieran pasar sus acueductos separadamente. Freitas, 4894, nº 1, comprende el caso, cuando autoriza al dueño del dominante para hacer el acueducto, *si ya no estuviere hecho,* limitando así el derecho. No obstante la justicia de estas observaciones, no podemos imponer una especie de servidumbre al acueducto mismo; pero los jueces al determinar el lugar por donde deben pasar los que solicitaren los predios dominantes, puede obligarles á conceder el paso de las aguas por el ya hecho.

Esta materia está legislada en nuestro Código de una manera imperfecta, porque la indemnización que deberá pagar cada uno al dueño del acueducto podría sumar cuatro ú ocho veces más del valor que él ha pagado, porque si cada uno de los dominantes debe abonar el valor del suelo y lo que cuesta la porción hecha, resultaría que por dejar correr las aguas por el mismo canal habría recibido tantas veces su valor, cuantos fueran los dueños de los predios dominantes, que tuvieran derecho de acueducto. Y no debe ser así en una legislación bien ordenada; nadie debe enriquecerse á costa de otro.

Cuando el dueño del acueducto es también dueño del predio sirviente, puede oponerse á que se construya otro, ofreciendo paso por el suyo, siempre que no haya perjuicio notable para el dominante. Este derecho debía haberse concedido también al dueño del predio sirviente cuando el acueducto no le perteneciera, obligando al dueño de éste á que dejara pasar las aguas por el canal hecho, si le abonasen el valor del suelo y lo que importaron los trabajos, porque de otro modo su fundo sería atravesado por diversos canales; supongamos el río A y los fundos B, C. P, F, O. El fundo C ha forzado al B para que le conceda la servidumbre de acueducto y lo ha hecho por el fundo B, en los lugares *b* y *e* extendiéndolo en todo su terreno; P obliga á B con idéntica servidumbre, así como al fundo C y como el dueño de éste es también dueño del acueducto que pasa por su terreno, prevaliéndose de su derecho lo obliga á usarlo en esa parte, pero como no puede imponerle que tome la parte que corre por el fundo B, ni ser obligado á cederlo, resulta que el dueño de P se ve obligado á hacer otro acueducto por *a*; á su vez F, hace la



SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

el espacio lateral; y se le indemnizará de todo lo que valga la obra en la longitud que aproveche el interesado. Si le fuese necesario ensanchar el acueducto, lo hará á su costa pagando el valor del terreno, y el espacio lateral, pero sin el diez por ciento de recargo (**art. 3087**, 2ª parte).

---

misma operación que C, y tiene que hacer la toma por *c*, y finalmente O, ejerce los mismos derechos y hace la toma por *d*, resultando el fundo B casi inutilizado por cuatro acueductos, no tendrá otro remedio que hacer un acueducto propio ó tomar el *b e*, para obligar á los demás á que hagan pasar las aguas por el construído. Es una imperfección de la ley que debe salvarse.

Si el dueño del fundo B tenía el acueducto *b e*, cada uno de los fundos C, P, F, O, deberán pagarle sucesivamente el valor del terreno ocupado por el acueducto, el del espacio lateral y lo que valga la obra en la longitud que aprovechen, lo que no es justo, porque si es cierto que cualquiera de ellos habría tenido que hacer el gasto si no hubiera acueducto, la existencia de la obra no debe autorizarle para cobrar cuatro veces la misma cosa; con tanta más razón cuanto que se trata de beneficiar á la agricultura y á la industria con la distribución del agua; esta parte es incompleta, como la anterior.

Las obras que deben pagarse son las necesarias para hacer correr las aguas, pero las compuertas y demás obras para distribuir las del acueducto común, deben ser abonadas por cada uno de los propietarios, las que correspondan á su fundo.

El dueño del predio sirviente puede usar del acueducto, siempre que no perjudique al dominante, y cuando quisiera hacerlo suyo, ¿podrá obligar al dueño á cederlo devolviéndole lo recibido y pagándole el valor de lo gastado? Es una cuestión muy seria, y no hay ley alguna que lo faculte, por conveniente y justo que parezca, desde que el dueño del predio dominante obtendría sin gasto alguno el acueducto que habría tenido que pagar, si el dueño del sirviente lo hubiera construído antes; sin embargo, como es suyo, y la servidumbre se ha establecido, nadie lo puede obligar á renunciar á su derecho.

El Cód. de Chile, art. 868, de donde fué tomado el nuestro, contiene la cláusula que se ha suprimido inconsultamente, de que «pagará el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto (incluso el espacio lateral) *á prorrata del nuevo volumen de agua introducida en él*, y se le reembolsará en la misma proporción lo que valiera la obra en toda la longitud que aprovechare al interesado», lo que es perfectamente justo. Si el nuevo

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El dueño del predio sirviente tiene derecho para oponerse á cualquier reforma que se quiera introducir en la servidumbre, así es que *el dominante no podrá convertir el acueducto subterráneo en acueducto descubierto, ni el descubierto en subterráneo, privando al poseedor del inmueble sirviente el sacar agua ó dar allí de beber á sus animales* (**art. 3090**).

El poseedor del inmueble sirviente puede usar de las aguas que corran por el acueducto descubierto, y llevarlas á su heredad, si con esto no causa perjuicio al predio dominante (**art. 3091**); pero el

---

volumen de agua introducido es de una cuarta parte, ¿por qué pagaría el terreno y el valor de las obras en su totalidad, como lo ordena nuestro artículo? Es la disposición la que debe corregirse porque envuelve una injusticia.—Comp. Cód. de Chile, art. 868. Freitas, art. 4894.

(**Art. 3090.**) Cuando el acueducto fuere subterráneo, por tubos ó de otra manera, no podrá descubrirse contra la voluntad del dueño del predio sirviente; pero si las necesidades del dominante llegaren á aumentarse de tal manera, que fuera necesario de mayor volumen de agua que no pudiera llevarse sin gran costo por tubos, podrá hacerse abierto. ¿Acaso no ha pagado y pagará el terreno que ocupa el acueducto, el lateral y el 10 % de la suma total? ¿Por qué no lo haría abierto? El dueño del predio sirviente no ha adquirido un derecho para que el acueducto sea cerrado, y el dominante lo ha hecho por su comodidad.

El artículo debe aplicarse especialmente al acueducto que ha sido materia de un contrato, en que las partes no pueden alterarlo sino por mutuo convenio; Freitas, art. 4898, nos 4 y 5, de donde fué tomado el nuestro, se refiere al acueducto adquirido por contrato, cuando dice: «no se limitará el dominante al ejercicio de la servidumbre, si contra el instrumento constituvo de ella y sin consentimiento del poseedor del inmueble sirviente, convirtiere el acueducto subterráneo, en acueducto descubierto, ó el acueducto descubierto en subterráneo, etc».

(**Art. 3091.**) Es una concesión demasiado amplia que traerá dificultades y pleitos, que han debido evitarse. Freitas, art. 4869, nº 1, de donde fué tomado el artículo, autoriza á utilizar las aguas, si en el instrumento no le fuera expresamente prohibido, y así debe entenderse en el acueducto establecido por contrato; pero agrega, como elementos de juicio para apreciar el daño que puede recibir el dueño del acueducto: «siempre que no altere la pureza (del agua) ni disminuya su volumen con deficiencia para el dominante, ó no lo perjudique á éste de cualquier

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

dueño del predio sirviente *no puede cubrir el acueducto abierto para utilizar el terreno, ni plantar árboles en los lados del acueducto sin asentimiento del dueño de la heredad dominante* (**art. 3092**).

El derecho del dueño del predio sirviente se limita á ejercer todos los actos que beneficiando á su heredad no causen perjuicio alguno al dueño del dominante; pero sin introducir cambios en los lugares, ni en la naturaleza de la servidumbre.

---

modo»; circunstancias que se tomarán en cuenta, cuando se trate de impedir el uso.

¿Podrá usarse del agua en el acueducto subterráneo? No lo creo, porque el artículo dice claramente, que ese derecho se concede en el acueducto *descubierto*, sin que pueda aplicarse el art. 3040, porque se refiere á las servidumbres en las que sin trabajo alguno pueden emplearse en el mismo objeto, como la de paso, la de tomar agua de una fuente y otras semejantes, en que el dueño del predio sirviente puede emplearlas.

En el acueducto descubierto, cuando el dueño del fundo sirviente empleare el agua sin perjuicio del dominante, deberá contribuir á los gastos de conservación, en la proporción de lo que usare de ella.

(**Art. 3092.**) Como se ha concedido al dueño del predio sirviente el derecho de usar del agua cuando el acueducto fuera descubierto, de ahí es que no puede cubrirlo el dueño del dominante; pero en el acueducto adquirido por contrato cuando se hubiere prohibido expresamente dicho uso, podrá hacerlo desde que no daña derecho alguno. Igualmente el dueño del predio sirviente no podrá cubrirlo, porque dificultará los trabajos de limpieza que debe hacer el dominante; salvo facultad concedida expresamente en el contrato.

La distancia á que podrá plantar los árboles en los lados del acueducto, será la de tres metros, á contar desde la línea del espacio lateral dejado, con arreglo á los arts. 2628 y 3085. El Cód. de Chile, art. 867, prohibe hacer plantaciones en el espacio lateral de que habla el art. 865, que corresponde al 3085 del nuestro. Se entiende que en el acueducto establecido por contrato se puede pactar lo contrario.

Cuando el acueducto fuere cubierto, el dueño del predio sirviente podrá usar del terreno si no perjudica al acueducto. Si el dueño hubiera dado su consentimiento por escrito para plantar árboles al lado del acueducto, y esto se hubiera realizado, no podrá hacerlos cortar alegando que le perjudican. — Comp. Cód. de Chile, art. 867, y Freitas, art. 4895, nos 4 y 6. — Véanse arts. 3037, 3039 y 3090.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPITULO III

DE LA SERVIDUMBRE DE RECIBIR LAS AGUAS DE LOS PREDIOS AJENOS

§ 850. — Derechos y obligaciones del dueño del predio dominante

Queda establecido en el título de las restricciones y límites al dominio, que los terrenos inferiores estaban sujetos á recibir las aguas que descienden naturalmente de los superiores, sin que haya contribuído el trabajo del hombre, y esta obligación no importaba una servidumbre; no es de esa limitación de la que nos ocupamos en el presente capítulo.

Se trata de recibir las aguas que el dueño del predio sirviente no estuviera obligado á recibir en su fundo, y para cuyo objeto le fuera necesario crearse un derecho, en ese caso, *cuando se hubiese constituído una servidumbre de recibir las aguas de los techos vecinos, el dueño del predio no podrá hacer salir ó caer aguas de otro inmueble, aunque éstas se reunan á las del primero; ú otras aguas que al tiempo de la constitución de la servidumbre salían ó caían por otra parte, ni hacer salir ó caer aguas servidas en vez de aguas pluviales* (**art. 3094**).

(**Art. 3094.**) La extensión de la servidumbre se debe regir por el título constitutivo, pudiendo disminuir el servicio pero no aumentarlo. Así, cuando se ha determinado el lugar por donde deben hacerse correr las aguas, el dueño del dominante no puede cambiarlo sin consentimiento dado por escrito del dueño del predio sirviente, así como para la ejecución de la obra. Si se hubiere determinado la altura á que deben ponerse los caños de desagüe, así como el número de caños, no podrá cambiarlos,

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

En la servidumbre pasiva de recibir las aguas de los techos, incumbe al poseedor del techo dominante conservar y limpiar los caños ó tejados (**art. 3096**, 1ª parte); no sólo porque le pertenecen sino porque no debe causar perjuicio al dueño del sirviente con derrames ó goteras por otros lugares que aquellos por donde debe hacerse el desagüe. *Siendo dos ó más los poseedores del techo dominante, ó si los tejados ó casas* (ó caños) *echaren agua de dos ó más casas, cada uno de ellos contribuirá á la conservación y limpieza de los caños ó desagües que arrojen las aguas* (**art. 3096**, 2ª parte), y el dueño del predio sirviente podrá obligarlos para que hagan esas reparaciones ó ser autorizado para hacerlas á costa de los dueños.

El propietario del terreno superior que haga descender aguas artificiales (ó las naturales llevadas allí) *á los terrenos inferiores, está obligado á hacer los gastos necesarios en los fundos inferiores para disminuir en cuanto sea posible el daño que le resulte de la corriente de las aguas* (**art. 3098**); pero, si previamente se hu-

---

ni disminuir su número aumentando el volumen de ellos. Si fuera de recibir las aguas servidas, no podrá arrojar las inmundas ó infestadas; en una palabra, no podrá cambiar el modo, forma y naturaleza del servicio. —Comp. FREITAS, art. 4885, nos 3 y 4.—Véanse arts. 2630, 2631, 2653, 2714, 3024, 3025, 3095 y 3096.

(**Art. 3096.**) El presente artículo se refiere á la servidumbre *pasiva* de recibir las aguas, porque cuando es *activa*, y el sirviente envía las que recibe del dominante, éste debe conservar y limpiar los caños. Es entendido que el dueño del tejado abonará los perjuicios causados por la falta de limpieza ó de conservación, y cuando fueren dos ó más los dueños, los pagarán en proporción de la parte que tuvieren en la casa y no por partes iguales. El artículo ha sido tomado de Freitas, art. 4888 y este autor habla de si los *tejados ó caños* echaren agua de *dos ó más casas*, mientras nuestro artículo habla de cuando los *tejados ó casas* echasen agua de *dos ó más casas*, lo que prueba un error tipográfico, y debe ser en vez de casas, caños.

(**Art. 3098.**) Es una aplicación del artículo anterior y por consiguiente comprende las aguas naturales llevadas por el dueño del fundo superior para el riego ó necesidades industriales. Es una servidumbre de desagüe y no de acueducto, como algunos lo han creído. ¿Cómo debe

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

biere creado la servidumbre de hacerlas correr por el fundo inferior, se atenderá al título de la constitución; si no existiere, se considerará como una servidumbre que se ejercerá con esta restricción: que *los edificios, patios, jardines, y las huertas en extensión de diez mil metros cuadrados, quedan libres de esta servidumbre* (**art. 3099**); es decir, cuando no excedan de esa área, como se dijo en el art. 3084.

Los propietarios de los fundos inferiores están sujetos á recibir no sólo las aguas naturales sino también las aguas artificiales que corran de los terrenos superiores á los cuales hubiesen sido llevadas ó sacadas de allí por las necesidades de riego ó de establecimien-

---

hacerse ese desagüe? Por canales, caños, ó como sea menos perjudicial para el fundo sirviente. Cuando se han hecho trabajos para que el agua surja en el fundo superior, ó cuando se las ha traído por acueductos, de un río, arroyo ó fuente natural, y necesite hacerlas salir después de haberse servido de ellas, puede hacerlo, pero no arrojándolas sobre el terreno vecino é inundándolo, sino por medio de canales ó de cualquier otra manera que sea menos perjudicial. El dueño del fundo inferior tiene pues, derecho, no sólo á que se le abonen los perjuicios, sino á impedir que se elija una forma de desagüe inconveniente.

Respecto de las aguas que lleguen naturalmente al terreno superior, como en caso de inundación ó de grandes lluvias, las del inferior debe recibirlas sin indemnización alguna; pero si estas aguas fueran llevadas á otro fundo para necesidades de riego ó de la industria, de modo que no hubieran llegado á él sin los trabajos previos, una vez servidas podrá hacerlas desaguar por los terrenos inferiores, abonando los perjuicios que causare.—Comp. AUBRY y RAU, § 241 texto, nota 21. DEMOLOMBE, XI, 218 y 219.

(**Art. 3099.**) Cuando la servidumbre estuviere establecida y el terreno se dividiera de modo que la huerta no tuviera diez mil metros, no podrá pretender libertarse, porque la ley sólo declara que cuando estas tengan menos superficie de diez mil metros no sean sometidas á esa servidumbre, no que las sometidas ya se puedan libertar de ella. Y lo que dijimos en el art. 3084 respecto del acueducto, se aplica al desagüe. —Comp. AUBRY y RAU, § 241, n° 4, y DEMOLOMBE, XI, 236 *ter*.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3098. — Demolombe, tom. 11, n° 218. — Aubry y Rau, lugar citado.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

tos industriales, salvo la indemnización debida á los predios inferiores, teniendo en consideración los beneficios que pueda obtener de esas aguas (**art. 3097**), disposición que pudiera aplicarse

---

(**Art. 3097.**) El presente artículo es necesario armonizarlo con el art. 2648, que se refiere á las restricciones al dominio en que no se debe indemnización, tratándose de las aguas que naturalmente descienden de los fundos superiores ó más elevados, á los inferiores ó en más bajo nivel; pero esas aguas deben ser las que provienen de ríos, arroyos ó las pluviales; es decir, sin que haya trabajo del hombre. Cuando se trata de las aguas que el hombre ha hecho surgir por su trabajo, como la de pozos artesianos por ejemplo, ó cuando las ha recogido de los techos, entonces se convierte en una servidumbre impuesta por la ley, y el dueño del superior debe pagar los perjuicios que ocasionare, si es que no las echare mezcladas con las de lluvias.

La diferencia que se nota entre estos dos artículos es que por el art. 2648, cuando las aguas recogidas en depósitos, ó las subterráneas sacadas por el trabajo del hombre, han sido empleadas en servicios domésticos ó en el de fábricas y corriesen mezcladas con las aguas pluviales, el que las arroja no paga indemnización alguna; mientras en el presente se habla en general de las aguas naturales ó artificiales que hubieren sido llevadas ó sacadas de allí para servirse de ellas, ordenando se pague indemnización por los perjuicios causados á los fundos inferiores; quiere decir entonces, que cuando las aguas llevadas al fundo ó que este hubiere recogido ó sacado de fuentes subterráneas se lanzaren con las de lluvias para que corran por los terrenos inferiores, no se deberá indemnización alguna; por el contrario, cuando esas mismas aguas se dejaren correr en cualquier otra circunstancia, deberá pagar los perjuicios el dueño del fundo superior; en el primer caso hay una restricción al dominio, en el 2º una servidumbre impuesta por la ley, pero se debe pagar el perjuicio, si lo hubiere, teniéndose presente que algunas veces será en beneficio.

El hecho de hacer correr las aguas por el fundo inferior, no debe considerarse como una turbación de la posesión, así lo enseña Demante.

Para que haya servidumbre legal y se deba la indemnización, es necesario que las aguas hayan sido llevadas por el hecho del hombre al fundo superior, porque si naturalmente han llegado á él por el declive de los terrenos, no habrá servidumbre, y el inferior las recibirá sin indemnización alguna, como un límite al dominio. — Comp. AUBRY y

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

igualmente á la servidumbre de desagüe, cuando se tratase de hacerlas pasar á una corriente de agua ó á la vía pública; pero como es únicamente de recibir las aguas, se aplicará á la que corresponden á estas.

§ 851. — Constitución de la servidumbre de recibir las aguas

La servidumbre puede constituirse por contrato, testamento ó destino del padre de familia; en cualquiera de estos casos, *la servidumbre pasiva de recibir aguas de otro predio, se reputa servidumbre real, si no hubiese convención en contrario. Ella es siempre continua y aparente, si hubiese alguna señal exterior permanente de la salida de las aguas por el inmueble sirviente* (**art. 3093**).

Rau, § 241 texto, y nota 16. Demolombe, XI, 216.—Véanse arts. 2647, 2648, 2650, 3082, 3093, 3098.

(**Art. 3093.**) Las servidumbres de recibir las aguas pueden ser pasivas ó activas, y como en uno y otro caso benefician al inmueble ó le prestan un servicio, son en general reales y se presumen tales, si no hubiere convención en contrario. No hay, pues, necesidad que ocurra duda, para que se considere real, porque la presunción legal está en su favor.

La servidumbre es continua, aunque el agua no corra constantemente, lo que suministra un argumento en favor de la tesis sostenida en el art. 2975 tratándose de aguas servidas. No se la debe confundir con la obligación que tiene el fundo inferior de recibir las aguas del fundo superior, que es un límite impuesto al dominio; aquí se trata de un derecho adquirido por un fundo sobre otro.

Puede ser aparente ó no aparente, circunstancia que tiene singular importancia para la prescripción, porque si no lo fuera, no se adquiriría por la posesión de 30 años, art. 3017. Para determinar la apariencia se necesitan señales exteriores de la salida de las aguas, y todo se reducirá á una cuestión de hechos. Freitas, art. 4882, la reputa *continua* sea de recibir las aguas de los tejados ó las aguas servidas, y *apa-*

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3097.—L. 14, Tit. 32, Part. 3ª.—Demolombe, tom. 11, nº 216.—Aubry y Rau, § 241, nº 2.—Esta, en efecto, es una servidumbre meramente legal, en beneficio de la agricultura y de la industria.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La servidumbre de recibir las aguas se constituye igualmente en virtud de la ley, cuando el dueño de un terreno superior hace descender hacia el inferior las aguas artificiales ó las naturales que hubiere recogido ó llevado para las necesidades del fundo; pero en este caso es más propiamente una servidumbre de desagüe que de recibir las aguas, de que nos ocupamos en el párrafo siguiente.

Cuando se trata de la servidumbre constituída por contrato ó testamento, *si en el instrumento constitutivo de la servidumbre de recibir las aguas se hubiese omitido algún punto importante, se procederá al arbitramento judicial con el informe de peritos, pero bajo las siguientes bases* (**art. 3095**):

1ª *Diciéndose en el instrumento que la servidumbre es de goteras ó de recibir las aguas de los techos, sólo comprende las aguas pluviales y no las aguas servidas* (**art. 3095**, nº 1);

2ª *Si se dice en él que es de las aguas de una casa, se comprende todas las aguas servidas de esa casa inclusas las de la cocina; pero no aguas inmundas ó infestadas* (**art. 3095**, nº 2);

3ª *Diciéndose que es de aguas de un cierto establecimiento industrial, sólo comprende las aguas empleadas en la elaboración de*

---

rente cuando las aguas salieren por acueducto, caño ó cualquier otra obra, ó hubiera un signo exterior permanente de la salida de las aguas.

(**Art. 3095**, nº 1.) La pericia debe versar sobre lo que comprende la servidumbre; si son varios edificios, no sólo respecto de las aguas que debe recibir el fundo sirviente, sino la manera cómo deben hacerse pasar, el lugar por dónde correrán y la altura de los caños ó albañales por donde se arrojen al fundo vecino.—Comp. FREITAS, art. 4887, nº 1.

(**Art. 3095**, nº 2.) No podrán agregarse las aguas servidas de otra casa que el mismo propietario del fundo dominante tuviere contigua y cuyas aguas recibiere el fundo que ha adquirido la servidumbre. Por aguas inmundas ó infestas deben comprenderse las que producen malos olores y que no provinieren del servicio doméstico. Así, las de fábricas de ciertas materias no se comprenderían en las aguas servidas, siempre que fueran infestantes.—Comp. FREITAS, art. 4887, nº 2.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3093. — L. 2, Tít. 31, Part. 3ª.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

ese establecimiento y no otras aguas servidas (**art. 3095**, n° 3);

4ª *Si en general se dice en el instrumento que es de todas las aguas de una casa sin excepción, se comprenden las aguas servidas ó infestantes* (**art. 3095**, n° 4).

§ 852. — Servidumbre de desagüe

La servidumbre de desagüe tiene un objeto contrario á la de acueducto, pues trata de desagotar un terreno ó de impedir una inundación, mientras la de acueducto lleva las aguas para las necesidades del fundo. Se diferencia igualmente de la de recibir las aguas, en que ésta se concede á los terrenos superiores sobre los inferiores, para recibir las que corran naturalmente, mientras la de desagüe se concede al terreno inferior para hacer pasar las aguas por el superior mediante obras de canalización.

La servidumbre de desagüe es creada en beneficio público y tiene todos los caracteres de las limitaciones al dominio, que no

---

(**Art. 3095**, n° 3.) Si el establecimiento industrial fuera cambiado en su naturaleza, y las aguas que arrojare fueran inmundas ó infestantes, cuando la servidumbre concedida fué para un establecimiento que no las arrojara de esa clase, no debe considerarse obligado á recibirlas. Por eso el artículo habla de un cierto establecimiento industrial, en que se hubiese determinado la clase. Si el término fuera general, como el de dejar correr las aguas de un establecimiento industrial, cualquiera que él fuese estaría comprendido. El dueño del establecimiento puede aumentar la explotación, y por consiguiente la cantidad de agua servida que arroje sobre el fundo sirviente y tendrá obligación de recibirla. Si se hubiere determinado la clase de establecimiento, no podrá agregársele otros de diferente clase, aunque sean conexos con la industria que explota; porque eso sería agravar la servidumbre. — Comp. Freitas, art. 4887, n° 3.

(**Art. 3095**, n° 4.) Pero no los orines y excrementos, á menos de declaración expresa, agrega Freitas, art. 4887, n° 5, de donde ha sido tomado nuestro artículo; pero el hecho de haber suprimido esa parte ¿indicaría acaso que quedaban comprendidas en la servidumbre? No lo creo, porque se trata de inmundicias que no se deben arrojar al exterior.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

pueden ser objeto de una convención en contrario, ni pueden prescribirse; y se concede á *todo propietario que quiera desaguar su terreno de aguas que le perjudiquen* (**art. 3100**, 1ª parte), así puede exigirla al dueño de un terreno inferior que recibiera las aguas de uno superior, *ó para evitar que se inunde ó que deje de ser bañado, ó para la explotación agrícola, ó para extraer piedras, arcillas ó minerales, puede, previa una justa indemnización, conducir las aguas por canales subterráneos ó descubiertos, por entre las propiedades que separan su fundo de una corriente de agua, ó de toda otra vía pública* (**art. 3100**, 2ª parte).

(**Art. 3100.**) Es el art. 1° de la ley Francesa de 10 de Junio de 1854 sobre drenaje, habiéndose alterado en algunas partes, para aclarar su redacción y salvar las dificultades que nacían de su interpretación. Cuando el drenaje se hace por medio de acueductos, no veo la razón porque no se seguirían subsidiariamente las disposiciones dictadas para estos, cuando en uno y otro caso se trata del paso de las aguas: uno para recibirlas y utilizarlas en el fundo, el otro para librarse de ellas por el daño que causan las estancadas. Es de mayor importancia y beneficio la servidumbre de drenaje que la de acueducto, porque aquella tiene por objeto no sólo trabajar el campo bañado entregándolo á la industria, sino libertar el lugar de las fiebres palúdicas que producen las aguas estancadas; mientras el acueducto sólo favorece la industria, la agricultura ó ganadería. Se debe dar pues, toda clase de facilidades para el drenaje.

¿A qué reglas se sometería el acueducto hecho por el drenaje? Este capítulo no lo determina y lo natural sería aplicarle las disposiciones del anterior, pues tan acueducto es para hacer entrar como para hacer salir las aguas. No se debe tener en cuenta que el objeto es sanear el terreno, y nuestro artículo salva todas las dificultades, siendo más completo que su modelo; basta con que deje de ser bañado el terreno para que la servidumbre se establezca.

La redacción del artículo ha venido á decidir la cuestión suscitada entre algunos jurisconsultos franceses, que se oponían á que se concediera la servidumbre de drenaje para empresas ó usos domésticos.— Comp. AUBRY y RAU, § 242, texto y nota 4, y DEMOLOMBE, XI, 236 *bis*.

En cuanto á las dificultades que pueden ocurrir respecto á las propiedades que deben soportar la servidumbre de drenaje, serán cuestiones de hecho y se decidirán según la pendiente de los terrenos, y el

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

La servidumbre de desagüe tiene de especial, que sólo se puede imponer para hacer correr las aguas hacia una corriente de agua ó á la vía pública, pero *el paso de las aguas no puede ser reclamado sino á condición de proporcionarles una corriente suficiente para impedir que queden estancadas* (**art. 3101**).

La servidumbre de desagüe se puede imponer á toda propiedad, pero *los edificios, patios, jardines, y los huertos en la extensión de diez mil metros cuadrados, están exceptuados de esta servidumbre* (**art. 3102**).

---

menor perjuicio que pueden causarle, así como el menor gasto para el fundo dominante, teniendo presente que en este caso, como se trata de un beneficio público, debe ser de mejor condición el fundo dominante, y en la colisión de los dos intereses debe favorecérsele.

(**Art. 3101.**) Lo que ha querido impedir con esta servidumbre es que haya aguas estancadas, y por consiguiente es necesario que ellas salgan á un lugar donde no puedan hacer daño. Si por falta de corriente habrían de quedar estancadas en el canal, el mal se habría hecho general á las demás propiedades. Por esa razón se exige que la corriente ó pendiente sea suficiente para que las aguas no se estanquen.

Habría sido conveniente, que la disposición del artículo anterior hubiera establecido que el desagüe debiera hacerse hasta una corriente de agua, porque darlo hacia una vía pública en donde el agua quedara estancada sería aumentar el mal; pero las ordenanzas municipales y las leyes locales prevendrán estos perjuicios. Si el desagüe se hace por acueductos, el dueño del fundo dominante estará sujeto á todas las obligaciones establecidas, para la conservación de estos, en el capítulo anterior.—Comp. AUBRY y RAU, § 242, nota 6, quienes agregan: «los tribunales podrán rechazar la demanda, si las obras proyectadas no fueran de naturaleza á llenar ese objeto.»

(**Art. 3102.**) No se trata de emplear las aguas en beneficio del fundo dominante para someter la servidumbre de drenaje á las mismas reglas que la de desagüe, y creo un error exceptuar las huertas que no pasen de diez mil metros cuadrados, porque se puede dificultar de tal modo el

---

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3100.—Arts. 1 y 3 de la Ley de Francia de 1854. — Véase Demolombe, tom. 11, n° 236 bis. — Aubry y Rau, § 242, n° 2.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Los propietarios de los fundos que atraviesen las aguas, y los vecinos de estos fundos, tienen la facultad de servirse para la salida de las aguas de sus heredades, de los trabajos hechos, bajo las condiciones siguientes (**art. 3103**):

1ª *Restituir la indemnización que puedan haber recibido, y contribuir á las que se hayan pagado á propietarios más remotos* (**art. 3103**, nº 1);

---

drenaje que todos los vecinos resulten perjudicados. En mi opinión, tratándose de impedir enfermedades, hasta debería ser una obligación contribuir al desagüe de las aguas estancadas. Se ha debido facilitar el trabajo.

(**Art. 3103**, nº 1.) La ley francesa de 10 de Junio de 1854 en su art. 2º, no contiene esta parte, y nuestro Código, tomándola de Aubry y Rau, § 242 texto, después de la nota 6, ha creído justo exigir la devolución de la indemnización al propietario que hace uso del drenaje, aunque esa no haya sido la intención de los que presentaron la ley, pues, como se dice en la exposición de motivos, «se ha querido estimular á los demás propietarios para que sigan tan saludable ejemplo»; cuando un propietario (dice) haya secado un terreno con suceso, este útil ejemplo, mejor que cualquiera excitación oficial, alentará al vecino circunspecto para tentar el drenaje de su terreno; el art. 2º del proyecto tiende al desenvolvimiento de este feliz contagio, acordando á los dueños de los fundos vecinos, la facultad de unir con el acueducto colector, los drenajes que ellos quieren hacer en sus propiedades. Pero como no sería justo que se quedara con la indemnización recibida por hacer pasar el acueducto por su terreno, desde que él mismo, usa de él, le obliga á devolverlo, sin fijarse que haría á su vez una injusticia, cuando utilizara sólo en la parte baja del colector, porque el drenaje de su terreno no necesitara del acueducto que pasa por el suyo sino del que sigue. El inciso sólo se justifica cuando el de drenaje que llevara el agua al colector se estableciera por la parte en que se usara todo el que pasa por su terreno.

La contribución á lo que se haya pagado á los propietarios más *remotos* hasta el lugar del desagüe, no á los anteriores, porque de éstos no habría necesitado. La proporción debe ser en relación con el beneficio recibido, es decir, comparando las superficies disecadas. Si los dueños de los terrenos que siguen hasta dar con el desagüe usaran de este derecho, el que hizo el acueducto colector deberá devolver lo recibido de los propieta-

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

2ª *Soportar una parte proporcional de los trabajos de que aprovechen* (**art. 3003**, nº 2);

3ª *Satisfacer los gastos de las modificaciones que el ejercicio de esta facultad pueda hacer necesario* (**art. 3103**, nº 3);

---

rios anteriores; es decir, la contribución á que se les obliga por este inciso; de otro modo se enriquecerían á costa de los demás, pues usándolo todos aquellos por cuyos terrenos pasare, le habrían devuelto la indemnización recibida y nada habría pagado por el paso. — Comp. DALLOZ (4, 9, 1854).

(**Art. 3103**, nº 2.) La parte proporcional que deberá abonar en los trabajos ejecutados, se entiende que sólo abrazará la de que aprovechare; así, cuando el canal de drenaje que hiciera el segundo propietario viniera á unirse al colector, al salir del terreno del que lo usa, sólo pagará desde ese lugar, teniendo presente que la proporción será con relación á la extensión de los terrenos saneados y no á su valor. Cuando todos aquellos por cuyos terrenos pasare el canal de desagüe lo emplearan para el mismo uso, se devolverá á los otros lo que hubiesen pagado por dicha causa; por ejemplo, un canal de desagüe que pasa por tres fundos de iguales dimensiones al que lo ha establecido; si el 2º lo empleó y pagó al 1º la mitad del valor gastado en los dos fundos que le siguen; si el 3º y 4º lo emplea y paga á su vez lo que les corresponde el que lo estableció primero no habría hecho gasto alguno; por eso se dividirá lo gastado en partes iguales desde que iguales son los terrenos y cada uno pagará una cuarta parte; así se devolverá proporcionalmente el valor á los que gastaron primero. Art. 2, ley 10 de Junio de 1854. Exp. de motivos, nº 9, DALLOZ (1854, 4, 97).

(**Art. 3103**, nº 3.) La accesión tardía al disecamiento del terreno puede traer inconvenientes al que hizo el canal colector para desagotar su terreno, porque un gran volumen de agua conducido por el nuevo canal, puede impedir el desagotamiento rápido del terreno, de manera que sea necesario darle mayor capacidad. ¿Cuál de los dos propietarios deberá soportar este nuevo gasto? La ley, fundada en la equidad, viene á hacer pesar sobre el 2º todo ese gasto, porque es debido al nuevo aumento de las aguas que se hace necesaria la modificación.

Nota del Dr. Velez-Sarsfield al art. 3103.—Aubry y Rau, § 242, nº 2.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

4ª *Contribuir á la conservación de las obras que resulten comunes* (**art. 3103**, nº 4).

(**Art. 3103**, nº 4.) Mr. Garzon en la Exposición de motivos, explicando el art. 2º, ley 10 de Junio de 1854, dice: «el propietario del fundo superior mejora su propiedad, usa del derecho de pasaje y paga una indemnización al propietario del fundo inferior. Cuando el propietario del fundo inferior quiera servirse de los trabajos ejecutados en su fundo, trabajos por los que se le había pagado una indemnización, y que en el mayor número de casos le habrán más bien aprovechado que perjudicado; cuando este propietario convencido por el ejemplo, quisiera utilizar en su provecho dichos trabajos, es de toda justicia que pague al propietario del fundo superior una parte proporcional de los gastos hechos, y la ley indica los elementos de indemnización que el juez debe fijar, desde el precio pagado por el establecimiento de la servidumbre, hasta la parte en la conservación de los trabajos que han venido á ser comunes». Se debe notar que en esta ley no figura el inc. 1º de nuestro artículo.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO IV

DE LA SERVIDUMBRE DE SACAR AGUA

§ 853. — Obligaciones del dueño del aljibe, fuente ó pozo

La servidumbre de sacar agua de la fuente, aljibe, ó pozo de un inmueble ajeno, se reputa personal en caso de duda. Es siempre discontinua y no aparente, y supone el derecho de pasar para sacar el agua (**art. 3104**), sujetándose en cuanto á su extensión y modo de ejecutarla, al título constitutivo.

(**Art. 3104.**) La servidumbre de tránsito para un fundo encerrado; la de acueducto, para uno que necesita del agua; la de desagüe, para hacer salir las aguas empleadas en el riego ó explotación y la de desagotamiento ó de drenaje de un fundo que tuviere aguas estancadas, son más bien límites impuestos al dominio en consideración al bien general, que verdaderas servidumbres; pero esas mismas pueden constituirse como personales por la voluntad de las partes, cuando no se encuentran en las condiciones de una necesidad. Así, la servidumbre de paso puede constituirse como personal, cuando la propiedad no estuviere encerrada; la de acueducto, cuando tuviera el agua necesaria y se estableciera para formar lagos artificiales ó canales de recreo y mero adorno, y así para las demás servidumbres. La servidumbre de sacar agua de fuente, aljibe ó pozo no puede ser forzosa, y como el servicio es relativo á la persona y no al fundo, de ahí que se repute personal, salvo la prueba en contrario. Es siempre discontinua y no aparente, á los efectos del art. 3017, pues no se puede adquirir por la posesión de 30 años, se necesita título. Así, aunque alguna vez llegara á ser continua y aparente, como sucedería tratándose de una fuente con vertientes naturales en que se hiciera venir el agua por un caño, de modo que esta corriese completamente por el natural declive del terreno, se consideraría discontinua y no aparente.

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

El dominante tiene facultad para limpiar el aljibe, fuente, ó pozo de donde se saque el agua, cuando lo juzgue necesario (**art. 3105**), porque tiene un interés directo, desde que puede servirse de ella. Pero á su vez, *el poseedor del aljibe, fuente ó pozo sirviente, podrá también sacar agua del mismo lugar, y aun conceder igual derecho á otros, si en el instrumento de la constitución de la servidumbre no le fuese expresamente prohibido, con tal que no altere la pureza ni disminuya el agua en términos que falte para el primer dominante, y no perjudique á éste de cualquier otro modo* (**art. 3106**); porque su derecho está limitado por el concedido ya.

La servidumbre accesoria de paso para tomar el agua desaparecería si se tomara por medio de un caño, pero quedaría la accesoria de entrar para componer ó limpiar los caños.

Freitas, art. 4895, de donde nuestro artículo fué tomado, dice: «esta servidumbre es personal en caso de duda, *á menos que su fin sea el de satisfacer una necesidad indispensable y permanente del otro inmueble*, y así debíamos considerarlo por nuestro derecho, dando al juez elementos para interpretar con seguridad la voluntad de las partes.

Cuando el artículo habla de pozo, aljibe ó fuente, los pone como ejemplos, y de cualquier clase que sea el agua, se debe comprender la servidumbre de tomarla.

(**Art. 3105.**) Cuando el mismo propietario se sirva de la fuente, pozo, aljibe, etc., la comunidad de uso lo obliga á contribuir á las reparaciones que fueran necesarias, art. 3040. Como tiene derecho de hacer limpiar el aljibe ó pozo, podría hacer pasar los obreros con ese objeto; pero debe perjudicar lo menos posible al fundo sirviente. Cuando hubiere reparaciones que hacer y él sólo se sirviera de la servidumbre, tiene el derecho de practicarlas y la obligación de pagarlas, aunque hubiesen sido causadas por un vicio inherente á la naturaleza de las construcciones, art. 3022.—Comp. FREITAS, art. 4905, nº 1.

(**Art. 3106.**) El derecho concedido al primer dominante es una limitación que el propietario ha puesto voluntariamente á su propio derecho; pero eso no le importará hacer uso de la misma cosa, si es que no perjudica al derecho del dominante. Lo que la ley y la razón le permiten es que use de la misma cosa que ha concedido á otro por contrato, siempre que no disminuya ó impida el uso concedido. ¿Por qué podría

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Si en el instrumento constitutivo de la servidumbre se hubiese omitido el tiempo y modo de ejercerla, se entenderá que el agua sólo puede ser sacada de día y no de noche, á no ser en circunstancias extraordinarias; y aun de día no puede ser sacada en horas inconvenientes (**art. 3107**); es decir, se toma siempre el hecho ordi-

---

hacer él, lo que no puede conceder á un tercero, que representa su derecho? Sea que ejerza su derecho por sí mismo, sea para transferirlo á otro, el límite es el de no perjudicar el derecho concedido al primer dominante. Freitas, art. 4906, de donde fué tomado el nuestro, dice: «con tal que lo haga en los términos del art. 4869 (que es el 3091 del nuestro), siempre que no altere su pureza, ni disminuya su volumen con deficiencia para el dominante».

(**Art. 3107.**) Se trata de interpretar la voluntad de las partes y se deben tomar todos los antecedentes estudiando las necesidades del fundo dominante y del sirviente, de modo que la regla del artículo no es absoluta. Así, cuando por la naturaleza de los trabajos del fundo dominante, éstos se realizaran durante la noche, suspendiéndose en el día, se entenderá que la servidumbre de sacar agua se ha concedido para hacerlo de noche, si el título nada dice. Los principios del artículo rigen para la generalidad y tienen su explicacion lógica, porque el dueño del predio sirviente debe ser favorecido en caso de duda. Las circunstancias extraordinarias, como un incendio, dice Freitas, art. 4908. En cuanto á las horas inconvenientes variarán según los usos de cada lugar, y se deben considerar como tales los que no fueren de trabajo ordinario. Cuando no se hubiere determinado lugar, debe ser por el más corto ó por el menos incómodo para el poseedor del inmueble sirviente. FREITAS, art. 4908, nos 1 y 2.

Y como un recuerdo á la memoria del sabio jurisconsulto Freitas, debemos decir en su honor, que aquí termina su obra, que ha servido de guía segura á nuestro Código, si bien el sabio autor rechazó más tarde su plan por demasiado extenso, proponiendo al Gobierno del Brasil dividirlo en un Código general que comprendiera la doctrina y los principios de legislación, conteniendo las causas jurídicas: de las personas, de los bienes, de los hechos y de los efectos jurídicos, y el Código Civil propiamente dicho, abrazando los efectos civiles, los derechos personales y los derechos reales. Su vasto plan comprendía el Código de Comercio, porque decía, «los actos de la vida jurídica, [exceptuados los beneficios, pueden ser comerciales ó no, esto es, tanto pueden tener por

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

nario y normal; así, cuando por la costumbre del lugar no se permitiera sacarla á determinadas horas del día, no podrá hacerse.

---

objeto el lucro pecuniario como cualquiera otra satisfacción de la existencia. Consideraba como un error la existencia separada del Código de Comercio, porque no hay razón para tal selección de leyes, pues en los trabajos de un Código Civil aparecen raros casos en que sea necesario distinguir el fin comercial de los actos, por motivo de diferencia en los efectos jurídicos. En el Código general se proponía comprender las leyes que enseñan; en el otro, las leyes que mandan.

Desechando ese plan que habría cambiado por su base el método y á cuya unidad tenderá siempre la humanidad como hacia el ideal, el doctor Freitas rompió su contrato, y se negó á continuar su trabajo bajo un plan que consideraba erróneo.

FIN DEL TOMO VII

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

ÍNDICE

Título VI

De las restricciones y límites del dominio

§. §.		Páginas
730	Generalidades	5
731	De los límites que el propietario se impone por contrato	8
732	De los límites impuestos por los donantes ó testadores	9
733	De los límites impuestos al propietario	12
734	De los límites en el ejercicio del derecho de propiedad en el interés recíproco de los fundos.—Ruidos intolerables	15
735	Excavaciones.—Edificación.—(*Continuación*)	19
736	Construcción de paredes, chimenea, fragua, etc.—(*Continuación*)	23
737	Limitación del dominio.—Árboles	27
738	Techos y goteras.—(*Continuación*)	31
739	De las aguas pluviales, de fuentes, de pozos ó servidas.—(*Continuación*)	34
740	De las aguas de los ríos	43
741	De los diques ó defensas.—(*Continuación*)	51
742	De la luz y de las vistas.—(*Continuación*)	54

Título VII

Del dominio imperfecto

743	Generalidades	62
744	Cuando el dominio se juzga revocado, y de la extinción de la revocación	65
745	Efectos de la revocación del dominio	71

Título VIII

Del condominio

746	Generalidades	78
747	De los derechos de los condóminos sobre la cosa común	81

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§. §. PÁGINAS

748—Limitación del derecho de los condóminos..... 88
749—Cargas comunes á los condóminos..... 93
750—De las deudas contraídas por los comuneros para la cosa común ó con su garantía..... 96
751—Facultades y limitaciones de los comuneros en la cosa común..... 103
752—Efectos de la división ó licitación entre los co-propietarios..... 110

CAPÍTULO PRIMERO

De la administración de la cosa común

753—Del inquilino y del administrador..... 121

CAPÍTULO II

De la indivisión forzosa

754—Definición y condiciones de la indivisión forzosa..... 129
755—Cómo se debe usar la cosa común..... 132

CAPÍTULO III

Del condominio de los muros, cercos y fosos

756—Presunción de la medianería de paredes..... 137
757—De la adquisición de la medianería de paredes.—Derechos que confiere..... 141
758—De los derechos que confiere la medianería..... 144
759—De las obligaciones de los condóminos en la indivisión de muros.. 149
760—De la construcción de las paredes en el cerramiento forzoso..... 152
761—De la destrucción de los muros medianeros..... 156
762—Del cerramiento forzoso en las campañas..... 160
763—De los títulos para combatir la medianería..... 163

CAPÍTULO IV

Del condominio por confusión de límites

764—De la acción de deslinde y sus condiciones..... 166
765—Casos de reivindicación..... 178

Infojus SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Título IX

De las acciones reales

§. §. PÁGINAS

766—De las acciones para defender los derechos reales..... 182

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA REIVINDICACIÓN

767—Cosas que pueden ser objeto de la reivindicación..... 185
768—De la reivindicación de las cosas muebles..... 193
769—De las cosas que no son objeto de la reivindicación..... 200
770—De las personas que pueden ejercer la reivindicación y contra quién se da..... 204
771—Otros derechos que competen al reivindicante..... 223
772—De los títulos del reivindicante y del poseedor..... 226
773—De la restitución de la cosa..... 233

CAPÍTULO II

DE LA ACCIÓN CONFESORIA

774—Quiénes pueden deducir la acción confesoria y contra quiénes se da 236
775—Condiciones para ejercer la acción confesoria..... 239

CAPÍTULO III

DE LA ACCIÓN NEGATORIA

776—A quiénes se da la acción negatoria..... 243
777—Contra quiénes se da la acción negatoria y su objeto..... 246

Título X

Del usufructo

778—Nociones generales..... 250
779—Del usufructo y cómo se divide..... 251
780—Derechos que confiere el usufructo perfecto y el imperfecto..... 260
781—Cómo se constituye el usufructo..... 261
782—Del usufructo constituído por contrato..... 264
783—Del usufructo constituído por contrato.—Modalidades..... 268
784—Del usufructo constituído por testamento..... 272

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§. §. PÁGINAS

785—Del usufructo constituído por la ley..... 274
786—Del usufructo constituído por prescripción..... 276
787—Personas, condiciones y duración del usufructo..... 277

CAPÍTULO PRIMERO

De la capacidad para establecer el usufructo y de las cosas sobre que puede establecerse

788—De la capacidad para constituir el usufructo y para adquirirlo.... 285
789—De las cosas sobre que se puede constituir usufructo..... 289
790—De las cosas sobre las que no se puede constituir usufructo..... 293

CAPÍTULO II

De las obligaciones del usufructuario, antes de entrar en el uso y goce de los bienes

791—De la obligación de hacer inventario..... 298
792—De la obligación de dar fianza..... 303
793—De la dispensa de dar fianza..... 310

CAPÍTULO III

De los derechos del usueructuario

794—Generalidades..... 315
795—De los frutos naturales, industriales y civiles que corresponden al usufructuario..... 316
796—De lo que corresponde al usufructuario cuando no son frutos..... 320
797—De lo que puede hacer el usufructuario..... 323

CAPÍTULO IV

De las obligaciones del usufructuario

798—Cómo debe de gozar de la cosa el usufructuario..... 335
799—De las reparaciones que debe hacer el usufructuario..... 339
800—Desde que tiempo comienza la obligación de hacer reparaciones... 347
801—De las obligaciones del usufructuario.—Actos de negligencia.—Impuestos públicos..... 350
802—Contribución del usufructuario á las cargas con el nudo propietario.—(*Continuación*)..... 353
803—Del usufructo universal.—(*Continuación*)..... 357
804—Del usufructo de ganados rebaños.—(*Continuación*)..... 365

SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

§. §. PÁGINAS

805—Del usufructo de créditos.—(*Continuación*)..... 369
806—Gastos de los pleitos en el usufructo gratuito.—(*Continuación*)..... 374
807—Del embargo del usufructo.—(*Continuación*)..... 376

CAPÍTULO V

De las obligaciones y derechos del nudo propietario

808—De las obligaciones del nudo propietario..... 378
809—De lo que no puede ejecutar el nudo propietario..... 382
810—De los derechos del nudo propietario..... 385

CAPÍTULO VI

De la extinción del usufructo y de sus efectos

811—De la extinción por revocación directa.—Condición resolutiva..... 388
812—De la extinción por la muerte del usufructuario..... 392
813—De la extinción por la expiración del término señalado..... 393
814—De la extinción por el no uso..... 396
815—De la extinción por consolidación..... 400
816—De la extinción por la revocación pedida por los acreedores..... 406
817—De la extinción por la pérdida de la cosa..... 408
818—Efectos de la extinción del usufructo..... 417

Título XI

Del uso y de la habitación

819—Del derecho de uso y como se constituye..... 423
820—Cosas sobre que se constituye y disposiciones que rigen el derecho de uso..... 426
821—Extinción del derecho de uso cuando se ejerce sobre un fundo, animales ó muebles..... 428
822—De las obligaciones del usuario..... 436
823—Del derecho de habitación..... 438

Título XII

De las servidumbres

824—Noción y división de la servidumbre..... 441

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

CAPÍTULO PRIMERO

Cómo se establecen y cómo se adquieren las servidumbres

§. §.		Páginas
825	Cómo se establecen las servidumbres	451
826	Capacidad para establecer ó adquirir servidumbres	457
827	Cuándo la servidumbre se considera constituída por título	472
828	De las servidumbres constituídas por el destino del padre de familia	479
829	Cuándo se presumen reales ó personales las servidumbres	482
830	Caracteres de las servidumbres reales	485
831	De la adquisición de la servidumbre por prescripción	494

CAPÍTULO II

De los derechos del propietario del predio dominante

832	Cómo debe ejercerse la servidumbre, y su extensión	496
833	Cuándo son varios los propietarios del fundo dominante.—Divisibilidad é indivisibilidad de la servidumbre	506

CAPÍTULO III

De las obligaciones y derechos del propietario de la heredad sirviente

834	De lo que debe abstenerse el propietario de una heredad sirviente	515
835	Obligación del dueño del predio sirviente que ejecuta actos contrarios á la servidumbre	518
836	De los derechos del propietario del fundo sirviente	520
837	Cuándo la servidumbre es personal.—Casos de duda.—(*Continuación*)	522

CAPÍTULO IV

De la extinción de la servidumbre

838	De la extinción por resolución ó vencimiento del plazo	525
839	De la extinción por la renuncia del derecho	526
840	De la extinción por imposibilidad ó por falta de utilidad	530
841	De la extinción por confusión	534
842	De la extinción por el no uso	540
843	De las modificaciones de la servidumbre	546

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Título XIII

De las servidumbres en particular

CAPÍTULO PRIMERO

DE LAS SERVIDUMBRES DE TRÁNSITO

§. §.		Páginas
844	De los que pueden imponer la servidumbre de tránsito	559
845	De las propiedades que se consideran encerradas	565
846	Modo de ejercer la servidumbre de tránsito	568
847	De la extinción de la servidumbre de tránsito	575

CAPÍTULO II

DE LA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO

848	De los derechos del predio domínante	578
849	Derechos del dueño del predio sirviente	587

CAPÍTULO III

DE LAS SERVIDUMBRES DE RECIBIR LAS AGUAS DE LOS PREDIOS AJENOS

850	Derechos y obligaciones del dueño del predio dominante	592
851	Constitución de la servidumbre de recibir las aguas	596
852	Servidumbre de desagüe	598

CAPÍTULO IV

DE LA SERVIDUMBRE DE SACAR AGUA

853	Obligaciones del dueño del aljibe, fuente ó pozo	604

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

ÍNDICE

De los artículos del Código Civil explicados en el tomo VII

Artículos	Páginas
2611	6
2612	8
2613	10
2614	12
2615	19
2616	22
2617	14
2618	15
2619	17
2620	21
2621	23
2622	25
2623	25
2624	20
2625	16
2626	26
2627	26
2628	27 y 28
2629	30
2630	32
2631	33
2632	34
2633	38
2634	39
2635	39
2636	40
2637	41
2638	42
2639	44
2640	45
2641	46
2642	48
2643	49
2644	50
2645	46
2646	47
2647	35
2648	36
2649	43
2650	38
2651	51
2652	53
2653	53
2654	55
2655	55
2656	56
2657	57
2658	58
2659	60
2660	61
2661	62
2662	63
2663	64
2664	66
2665	67
2666	68
2667	69
2668	70
2669	71
2670	73
2671	76
2672	76
2673	78
2674	79
2675	80
2676	82
2677	83
2678	84
2679	85
2680	88
2681	89
2682	90
2683	91
2684	93
2685	94
2686	96
2687	97
2688	97
2689	98
2690	99
2691	102
2692	103
2693	106
2694	109
2695	111
2696	112
2697	118
2698	119
2699	121
2700	122
2701	126
2702	123
2703	124
2704	124
2705	125
2706	125
2707	127
2708	128
2709	127
2710	129
2711	130
2712	133
2713	134
2714	135
2715	131
2716	132
2717	141
2718	137 y 138
2719	139
2720	163
2721	165
2722	149
2723	150
2724	151
2725	152
2726	153
2727	156
2728	154
2729	156
2730	146
2731	147
2732	147
2733	157

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Arts.	Págs.
2734	158
2735	159
2736	142
2737	145
2738	146
2739	151
2740	144
2741	148
2742	160
2743	161
2744	162
2745	162
2746	166
2747	179
2748	170
2749	172
2750	173
2751	181
2752	176
2753	174
2754	176
2755	177
2756	182
2757	183
2758	185
2759	190
2760	192
2761	191
2762 200 y	201
2763	202
2764	203
2765	194
2766	195
2767	196
2768	197
2769	199
2770	200
2771	198
2772	204
2773	207
2774	205
2775	209
2776	209
2777	210
2778	211
2779	215
2780	216
2781	217

Arts.	Págs.
2782	218
2783	220
2784	221
2785	222
2786	223
2787	225
2788	224
2789	226
2790	228
2791	230
2792	231
2793	233
2794	234
2795	236
2796	238
2797	239
2798	240
2799	241
2800	243
2801	246
2802	247
2803	246
2804	245
2805	248
2806	249
2807	252
2808	255
2809	258
2810	260
2811	261
2812 262 y	263
2813	264
2814	265
2815	273
2816	275
2817	276
2818	263
2819	266
2820	266
2821 277 y	278
2822	282
2823	279
2824	280
2825	282
2826	284
2827	256
2828	283
2829	269

Arts.	Págs.
2830	272
2831	285
2832	286
2833	287
2834	290
2835	291
2836	288
2837	287
2838 289 y	292
2839	297
2840	293
2841	294
2842	295
2843	292
2844	292
2845	293
2846	298
2847 300 y	301
2848	301
2849	302
2850	299
2851	303
2852	304
2853	306
2854	307
2855	306
2856 308 y	309
2857	310
2858	311
2859	312
2860	313
2861	313
2862	315
2863	316
2864	317
2865	319
2866	320
2867	322
2868	320
2869	321
2870	323
2871	324
2872	326
2873	327
2874 331 y	332
2875	329
2876	330
2877	333

infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

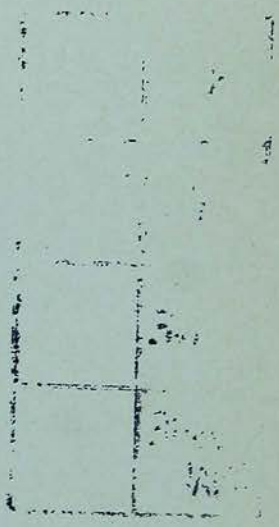
Arts.	Págs.
2878	335
2879	337
2880	338
2881 339 y	340
2882	341
2883	342
2884	343
2885	344
2886	342
2887	345
2888	345
2889	347
2890	346
2891	348
2892	336
2893	351
2894	352
2895	353
2896	354
2897	356
2898	361
2899 363 y	364
2900	358
2901	360
2902	366
2903	368
2904	369
2905	370
2906	369
2907	373
2908	376
2909 374 y	375
2910	378
2911	379
2912 382 y	383
2913	384
2914	384
2915	381
2916	385
2917	386
2918	388
2919	389
2920	392
2921 393 y	395
2922	394
2923	396
2924	397
2925	400
2926	390
2927	390
2928	401
2929	402
2930	404
2931	403
2932	406
2933	407
2934	408
2935	410
2936	411
2937	413
2938 413 y	414
2939	414
2940	415
2941	416
2942	397
2943	418
2944	419
2945	419
2946	420
2947	420
2948 423 y	438
2949	424
2950	425
2951	426
2952 426 y	438
2953 427 y	428
2954	427
2955	428
2956	428
2957	429
2958	431
2959	432
2960	430
2961	433
2962	434
2963	439
2964	435
2965	435
2966	436
2967 436 y	439
2968	440
2969 437 y	440
2970	441
2971	444
2972	445
2973	446
2974	446
2975	447
2976	449
2977	451
2978	452
2979	457
2980	458
2981	460
2982	459
2983	460
2984	461
2985	463
2986	464
2987	465
2988	453
2989	466
2990	455
2991	467
2992	453
2993	473
2994	474
2995	475
2996	461
2997	461
2998	454
2999	456
3000	468
3001	466
3002	454
3003	483
3004	484
3005	486
3006	486
3007	487
3008	490
3009	485
3010	491
3011	494
3012	469
3013	470
3014	471
3015	472
3016	462
3017 478 y	495
3018	496
3019	498
3020	499
3021	499

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Arts.	Págs.
3022	504
3023	492
3024	503
3025	500
3026	501
3027	502
3028	507
3029	508
3030	510
3031	513
3032	510
3033	511
3034	505
3035	513
3036 515 y	516
3037	516
3038 518 y	519
3039	520
3040	521
3041	522
3042	491
3043	523
3044	523
3045	525
3046	527
3047 526 y	529
3048	528
3049	530
3050	534
3051	530
3052	531
3053	532
3054	533
3055	534
3056	536
3057	537
3058	539
3059 540 y	541
3060	544
3061	545
3062	545
3063	548
3064	550
3065	552
3066	555
3067	557
3068	559
3069	565
3070	566
3071	567
3072	562
3073	564
3074	568
3075	565
3076	570
3077	572
3078	572
3079 573 y	574
3080	576
3081	575
3082 578 y	579
3083	582
3084	581
3085	583
3086	585
3087 587 y	589
3088	585
3089	586
3090	590
3091	590
3092	591
3093	596
3094	592
3095 597 y	598
3096	593
3097	595
3098	593
3099	594
3100	599
3101	600
3102	600
3103 601 á	603
3104	604
3105	605
3106	605
3107	606

G.
T.
ASIF.
ASIF.
AL.

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA