

modo que cada uno de los copartícipes, hasta donde sea posible, tenga en su cuota una misma cantidad de muebles, de inmuebles, de derechos y de créditos de igual naturaleza y valor (artículo 994).

3) Si la cosa común no puede dividirse convenientemente (y no se trata de aquellas que dividiéndose dejarían de servir al uso a que están destinadas, para las cuales no puede pedirse la disolución de la comunidad), puede cada condómino pedir su venta (artículos 988 y 473) cuando no se repute más conveniente hacer la asignación íntegramente a uno de ellos.

Si este último caso se verifica, debe el adjudicatario indemnizar a los otros con cantidades equivalentes a sus cuotas. Cuando ninguno de ellos quiera recibir la cosa íntegramente y se proceda a su venta, el precio se distribuirá entre los partícipes proporcionalmente a sus cuotas.

4) Efectuada la división, el efecto que produce es que la parte de la cosa asignada a cada uno se considera como de su propiedad exclusiva desde el momento en que adquirió el condominio, considerándose que le corresponde en ella el pleno y exclusivo dominio, incluso durante el estado de indivisión (artículo 1.034). Este efecto, que se expresa diciendo que la división tiene efecto declarativo y no traslativo de la propiedad (a diferencia de lo que ocurría en Derecho romano, en el que la división tenía el mismo valor que la enajenación, derivado a nuestro Código, a través del francés, del Derecho más antiguo), hace que todos los actos de enajenación realizados por un condómino durante la indivisión sean válidos en tanto la cosa afectada por el acto dispositivo le haya correspondido al dividir (1).

Una forma particular de extinguirse la comunidad no siendo ilimitada la facultad de disolverla, es el derecho conferido al condómino llamado de receso o separación en la comunidad de pastos. El pasto recíproco o la *vaine pâture*, según la terminología francesa, es el derecho recíproco que tienen los propietarios de inmuebles en algunas regiones de mandar a pastar el ganado en sus terrenos después de levantadas las cosechas y antes de

(1) Ver en el vol. II el § sobre la comunidad hereditaria.

proceder a la nueva siembra. Derivado de las antiguas costumbres y establecido entre los miembros de un Municipio o de una asociación de hecho, el pasto recíproco origina una comunidad en que cada comunero goza de los terrenos de los demás para apacentar el propio ganado y está obligado a sufrir que el ganado de los demás pascen en sus propios terrenos.

Ahora bien; cuando un título no haya dado lugar a la constitución de una verdadera y propia servidumbre, la *servitus pas-cendi*, puede cada uno de los comuneros separarse de la comunidad liberando el propio fundo del pasto ajeno y perdiendo, correlativamente, el derecho al pasto en los fundos ajenos. Esta separación, que, según la legislación francesa (1), se opera cercando el propio fundo, tiene lugar en la nuestra mediante formal denuncia a la administración municipal, que la fijará en el tablón de anuncios del Ayuntamiento. Y puede tener lugar total o parcialmente. Quien quiera separarse de la comunidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 682, debe solicitarlo un año antes y al final del año perderá su derecho a apacentar ganados en fundos ajenos proporcionalmente al terreno que sustrae al uso común.

Como decíamos, el derecho de separación no es absoluto e incondicional; la facultad de ejercitarlo puede ser negada al particular por el predominio del interés público sobre el privado cuando un grave y evidente motivo de interés general del Municipio en que están situados los terrenos, no permita sustraer a la comunidad de pastos las tierras todas que son precisas a ésta.

II. *Comunidad forzosa*.—De las reglas examinadas, son totalmente inaplicables las relativas a la división cuando se trate de cosas que si se dividiesen dejarían de servir al uso común a que son destinadas; las otras, con ciertas modificaciones, son, por regla general, aplicables. Entonces se tiene la comunidad forzosa o copropiedad con indivisión forzosa; lo cual ocurre, no cuando una cosa sea simplemente indivisible por *naturaleza* (porque a la indivisibilidad natural vendría a suplir la división civil mediante la venta y el consiguiente reparto del precio), sino

(1) Ver Pianiol, *Traité* I, núm. 2 340 y siguientes; Zachariae, *Man.* I, página 452.

cuando se trate de pertenencias destinadas al servicio de propiedades diversas y separadas o bien de paredes, muros, setos vivos o zanjas divisorias de dos fundos o edificios. Esta última especie de cosas necesariamente comunes cuyas reglas son agrupadas por los escritores franceses en la doctrina del *droit de mitoyenneté*, vienen reguladas con las demás en los artículos 546 569 de nuestro Código, y ya se dijo en su lugar oportuno que era incorrecta, científicamente considerada, su colocación en el título de las servidumbres legales.

De las normas acogidas por el Código, tienden unas a establecer presunciones de comunidad de muros, zanjas o fosos, setos vivos divisorios; otras a hacer posible la adquisición de la comunidad; otras a disciplinar el uso entre los condóminos y, finalmente, un cuarto grupo se refiere a una forma especial de la comunidad que puede decirse anómala y que se dá en el condominio de un edificio cuyos pisos pertenezcan a diversos propietarios.

a) *Presunciones.*—Todo muro o pared que separe dos edificios o que divida patios, jardines, apriscos o corrales, se presume en propiedad comun, en toda su altura, de los propietarios de los edificios, áreas o campos separados (art. 546). Si es diversa la altura de los edificios, se presume común hasta el punto común de elevación. Que si el muro es divisorio de dos fundos, uno superior y el otro inferior, sirviendo de apoyo o sostén al superior, se presume común desde el plano del fundo superior hasta el remate del muro, y no en su parte inferior, que comprende desde aquel plano a los cimientos del muro que sirve para sostener y no para dividir (art. 560).

Tal presunción puede ser excluída, o por un título contrario que pruebe la propiedad exclusiva de uno de los dos vecinos, o por signos exteriores en el muro o pared, que originan una presunción contraria. Estos signos son la albardilla del muro mismo o los saledizos, como ménsulas, cornisas, huecos practicados a más de la mitad del espesor del muro. Cuando exista alguno de estos signos, la propiedad se presume exclusiva de aquel a cuyo lado se presentan (art. 547, párrafo 1.º). Si se ofrecen por ambos lados es natural que se destruyan recíprocamente y surja de

nuevo la presunción de la comunidad (art. 547). Los fosos o zanjas entre dos fundos se presumen comunes, cualquiera que sea su amplitud y su destino, ya sirva de separación, ya para que discurran las aguas. Pero también en este caso la presunción puede excluirse por un título contrario o por signos que indiquen propiedad exclusiva (art. 565). Y signos contrarios son el hallarse en una sola parte acumulada de tres años la tierra procedente de su limpieza (art. 566) o el destinarse a recoger las aguas sobrantes de las tierras de uno sólo de los vecinos (artículo 567); la propiedad en tales casos es exclusiva de aquel a quien la zanja sirve de desagüe o de cuya parte está amontonada la tierra. Todo seto entre dos fundos se presume común (art. 568) y comunes también los *árboles* que nacen en el seto común (artículo 569). Cesa también la presunción si hay título o prueba en contrario y cuando el seto o cerca cierra uno sólo de los dos fundos, porque en tal caso sirve solamente a un propietario, y no a los dos.

b) *Adquisición de la comunidad.*—Si el muro o pared no es común, el propietario del fundo contiguo puede hacerlo común cuando no diste más de metro y medio del límite y puede hacerlo común en todo o en parte, con tal que lo haga para toda la extensión de su propiedad. La adquisición del condominio se efectúa mediante el pago de la mitad del valor del muro y de la mitad del valor del suelo sobre el que el muro está construido (artículo 556) (1). Común puede también ser hecho el muro o pared elevados a expensas de uno sólo sobre un muro o pared común, pagando la mitad del coste de la elevación (art. 555). Este derecho, para cuyo ejercicio el vecino no necesita acreditar

(1) Para la adquisición de la comunidad precisa una manifestación de voluntad del propietario del fundo contiguo acompañada del pago del precio. Con ello se impone coactivamente al propietario del muro, la cesión del condominio; pero la obligación de consentir no excluye el carácter contractual del acto de cesión. No hay duda, por consiguiente, de que la convención que actúa, la comunidad debe ser consignada por escrito a tenor del art. 1.314; ver Ascoli, *La comunione coattiva del muro divisorio e la forma del relativo accordo* (*Foro it.*, 1017, I, pág. 1.037 y siguientes).

un interés especial en la adquisición de la comunidad, y que constituye, como se vió ya, una verdadera limitación legal de la propiedad, no se dá en orden a las zanjas y fosos, ni con relación a los setos que se extienden a lo largo del límite y que pertenecen a uno sólo de los vecinos.

c) *Uso*.—Cuando el muro o pared, la zanja, el seto o cerca, el árbol, sean comunes, se establecen especiales limitaciones a la acción de cada condómino, para que la cosa pueda servir a ambos igualmente. Prescindiendo de la obligación que ambos tienen de contribuir a los gastos de reparación y de conservación del muro en proporción al respectivo derecho (artículos 548, 559 y 560), obligación a la que puede sustraerse cada uno renunciando a la comunidad, con tal que el muro no sirva de sostén o apoyo a su edificio (artículos 549 y 561), puede cada uno de los dos servirse del muro en tanto su uso no excluya o sea incompatible con el uso igual en el otro.

Puede, por tanto, apoyar en él su propio edificio, introducir vigas hasta cierto límite, elevar un nuevo muro, con tal que el primitivo pueda sostener la elevación (artículos 551-554); pero no puede permitir que otro se sirva del muro para introducir en él vigas, practicar huecos, apoyar nuevas construcciones que no pueda resistir, acumular tierra, estiércol, maderas y otras materias, siempre que con tales actos, por la humedad, el peso y la elevación excesiva o de otro modo, se pueda causar perjuicio al muro (artículos 551, 553, 557 y 558). También es a expensas de ambos la conservación de la zanja y seto comunes (artículos 565 y 568). También aquí es aplicable la forma de eludir tal obligación renunciando al propio derecho. En cuanto a los árboles, si crecen en el seto común, cada uno de los propietarios puede pedir que sean cortados, pero los que crecen en la línea de confín y sirven de límite, no pueden talarse si no es con el consentimiento de ambos, o aun habiendo disentimiento cuando la autoridad judicial reconozca la necesidad de su corte (art. 569).

d) *Propiedad de los pisos de un edificio* (1).—Cuando los

(1) Ver Coppa-Zuccari, *La proprietà dei singoli piani di un edificio* (*St. per Scialoja*, I, pág. 737 y siguientes); Ascoli, *Il diritto dei proprietari di casa in rapporto con la proprietà del suolo* (*Foro it*, 1891, pág. 207 y si-

pisos de un edificio pertenezcan en propiedad a varios (1), se produce una relación de naturaleza muy discutida y compleja. Hay aquí, en efecto, una propiedad separada en cuanto que cada uno es propietario exclusivo de su piso y hay una comunidad en lo relativo a las partes de un edificio, que son de uso común, como escaleras, pozos, puertas, entrada, paredes maestras, tejado. Pero la comunidad es negada por algunos respecto a las paredes maestras o también respecto a las demás partes del edificio, concibiéndose separada su propiedad, aunque sujeta a limitaciones. Nosotros creemos que aquí se da una comunidad forzosa si bien de naturaleza especial; que es especial y compleja la relación lo demuestran los criterios adoptados por el Código en los artículos 562 y 564 para regular el uso de la cosa y la distribución de los gastos (2) (3).

güentes); Coviello, *Natura dei rapporti tra le proprietà dei vari piani d'un edificio* (*Foro it.*, 1893, pág. 105 y siguientes); Venzi en Pacifici, *Ist. III, I* página 493 y siguientes, n. t.; Benettini, *Le case divise in piani* (Legge, 1911, página 1.917). Sobre la cuestión de si en el caso de un edificio de varios pisos pertenecientes a diversos propietarios destruído por vetustez o caso fortuito pueden ser aquellos obligados a los gastos de reconstrucción, ver Coviello, *L. en Giur. it.*, 1900, I, pág. 499 y siguientes, ver también Fioretti, *Questioni intorno alle riparazioni di edificio ecc.*, en *Giur. it.*, 1901, I, pág. 315.

(1) Al Derecho romano fué desconocida esta forma de propiedad, dado el riguroso principio de la accesión (*quod inaedificatur solo cedit*) que excluía la propiedad dividida por planos horizontales. Sin embargo, el rigorismo de tal principio fué templado por el reconocimiento del derecho de superficie. Vestigios de propiedad de edificios dividida en pisos se hallan en otros derechos antiguos; ver Cug, *Une statistique de locaux affectés a l'habitation dans la Roma imperiale*, París, 1916.

(2) El art. 5 del Real decreto de 1.º de Septiembre de 1920, número 1.283, extiende a los territorios de la Venecia, Julia y Trisentina, los artículos 562-564 del Código civil consintiendo la división de la propiedad por pisos de las viviendas y locales destinados a habitación con tal que sean de nueva construcción; con esto se derogó la legislación austriaca que allí regía (ley de 30 de Marzo de 1879) según la cual no podía adqui-

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. - *Comunidad y condominio.* - También en nuestro Código resulta formulada una teoría general en materia de comunidad de bienes. Ver artículos 392 a 406. A estas normas es forzoso acudir a falta de disposiciones voluntarias o legales en las comunidades especiales. La regulación del condominio tiene en nuestro Código la mis-

§ 52.—*Modos de adquisición de la propiedad*

Brugi, Ist. § 41; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 358; Chironi, Ist. I, § 129; Filomusi, Dir. réali, §§ 51-52; Zachariae, Man. I, § 184; Aubry et Rau, Cours. II, § 200 bis; Planiol, Traité I, núm. 2.557 siguientes; Windscheid, Pand. I, 2, §§ 170-171.

Hasta aquí se ha tratado de la propiedad, presuponiendo el señorío de la cosa encarnado ya en un titular. Hay que averi-

rirse un derecho de propiedad independiente en cada uno de los pisos de un mismo edificio; ver Ascoli en *Riv. Dir. civ.*, 1920, pág. 389. Especiales normas para la regulación de los derechos de condominio han sido dictadas por el texto único de 12 de Octubre de 1913, núm. 1.261 de las leyes dictadas a consecuencia del terremoto de 28 de Diciembre de 1908 (artículo 256 y siguientes) En él se resuelve la cuestión de la participación de varios condóminos en la reconstrucción de un edificio común destruido.

ma inspiración clásica que en el italiano; y así el artículo que cita el autor en prueba de su aserto, concuerda con el 399 del español; y también en el nuestro como en el italiano—en este extremo más liberales que otros—puede todo condueño enajenar, ceder e hipotecar su parte y aun sustituir otro en su aprovechamiento. En uno y otro los efectos de la división son meramente declarativos (art. 399).

La doctrina general contenida en ambos Códigos, coincide esencialmente. Viene caracterizada por la concurrencia de varios en el ejercicio del derecho, radicando en realidad en todos el derecho perfecto y siendo interdependientes los derechos de los cotitulares. El derecho de uso que a cada uno asiste hay que entenderlo en sentido estricto, no como disponibilidad general de la cosa sino simplemente como empleo de la cosa conforme a su destino de manera que no sea contrario ni lesivo a los intereses de la comunidad ni incompatible con igual derecho de los otros comuneros. Externamente el derecho de cada uno produce la impresión del dominio normal, cuyos atributos característicos reviste (acciones reivindicatoria y negatoria) en su interior consiste solo en el *ius prohibendi*.

Determinados actos los puede realizar cualquiera de los comuneros sin más que su voluntad (artículos 394, 399 y 400); para otros es menester el consentimiento de la mayoría, entendiéndose ésta en el sentido de mayor participación económica y cuando no pueda obtenerse o sea gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común proveerá el Juez a instancia de parte, lo que corresponda, incluso a nombrar un administrador (art. 398), y finalmente para otros es menester el consentimiento de todos los condóminos (art. 397).

Entre las comunidades especiales se pueden citar la llamada servidumbre de medianería, la que nace del pacto de comunidad de bienes en la sociedad conyugal, la sociedad de gananciales, la sociedad familiar en Asturias y Galicia, la sociedad continuada en Aragón (art. 53 del Apéndice foral), la comunidad de esposos en Vizcaya, los pactos de facería de

guar ahora cómo surge en el sujeto y en virtud de qué hechos el derecho de propiedad se adquiere.

Llamamos modos de adquirir la propiedad aquellos hechos jurídicos a los cuales la ley reconoce la virtud de hacer surgir el dominio en un sujeto. Estos pueden ser de distinta naturaleza, pero es posible agruparlos en categorías a base de los elementos comunes que los distintos modos ofrecen. Se puede partir de la idea más clara: que todas las cosas en un determinado momento o están ya en propiedad de alguien o no lo están y que el derecho de cada uno se adquiere en cuanto es transmitido a él de un titular anterior o es en él originario e independiente de toda relación con los demás. A esta idea corresponde la distinción entre *modos originarios* y *modos derivativos* de adquirir. Entre los primeros figura, ante todo, la ocupación, la cual recae en cosas que no son de nadie, llegando a ser dueño de ellas quien primero entre en su posesión; también se incluye el hecho de que una cosa fructífera produzca nuevas cosas, las cuales entran

Navarra, la comunidad de herederos y la comunidad de un edificio cuyos pisos pertenezcan a distintos propietarios. El Código civil español regula esta comunidad especial en el art. 396. Su especialidad viene acusada por la circunstancia de coexistir una propiedad común (como es la de la escalera, paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común) con una propiedad normal que tiene un objeto material y concretamente determinado (la de los pisos que corresponde a cada uno de los distintos partícipes). Pero no es tanta esta especialidad que destruya su carácter de comunidad que en nuestro Código resulta más claro que en el francés y en el italiano (art. 562) ya que estos sitúan esta comunidad entre las servidumbres y el art. 396 de nuestro Código que la regula está colocado entre los referentes a la comunidad de bienes. Además este criterio viene confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la sentencia de 17 de Abril de 1896 reconoce el derecho de retracto a los dueños de los distintos pisos de la casa que tiene comunes los elementos antes citados y la de 18 de Marzo de 1897 proclama la doctrina de que el caso del art. 396 es una verdadera comunidad.

División.—Siendo la comunidad un estado contrario al modo normal de ser la propiedad, el Código admite con amplitud la división y atribuye a cada uno de los copropietarios el derecho de pedirla en cualquier tiempo (art. 400). Esto no obstante será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado que no exceda de diez años; plazo que puede prorrogarse por nueva convención. Concuerdan este artículo con el 681 del Código italiano que añade a lo consignado que la autoridad judicial cuando graves y urgentes circunstancias lo requieran, puede ordenar la división de la cosa común antes de que transcurra el plazo convenido.

Los artículos 984, 986, 684, 987, 994, 988 y 1.034 del Código italiano citados en el texto, concuerdan con los 1.051, 1.052, 1.059, 1.061, 1.062, 1.063, 1.067 y 406 del Código español y los 546 a 569 con los 571 a 579.

a ser objeto de la propiedad de quien es dueño de la cosa madre o tiene sobre ella un derecho de goce o posesión (adquisición de frutos), el hecho que a una cosa se una otra por incorporación o por unión, de modo que la cosa unida sea propiedad del dueño de la otra (accesión); el hecho que a materia ajena aplique alguien la propia actividad, transformándola y creando una cosa nueva, adquiriendo lo que es producto de aquella actividad (especificación). Entre los derivados figuran todos los actos voluntarios aptos para transferir la propiedad de uno a otro, es decir, las declaraciones de voluntad dirigidas a operar el traspaso del dominio, de modo que se da una sucesión en la relación de señorío sobre la cosa. Y como tal declaración puede ser hecha por actos *inter vivos* o *mortis causa* se distinguen los traspasos o transferencias de propiedad por contratos a título oneroso o por donación, de aquellos que se operan por sucesión hereditaria. En medio de ambos grupos, sin poder ser incluídos entre los derivados ni entre los originarios, figura la adquisición del dominio por la posesión continuada de la cosa ajena por un cierto tiempo, aun cuando no haya voluntad en el precedente titular de transferir el dominio ni puede decirse que la propiedad nueva, adquirida por el poseedor, sea por completo independiente de la del propietario precedente (usucapión o prescripción adquisitiva).

Por el contrario, puede servir de punto de partida el concepto de que la adquisición del dominio se opere respecto a todo un patrimonio y con una plena substitución del nuevo titular al precedente en todas las relaciones jurídicas que al patrimonio se refieren o bien respecto a cosas singulares o a conjunto de cosas sin que se verifique tal substitución. Y entonces se distinguen los modos de adquisición a *título universal* de aquellos otros a *título particular*; tipo de los primeros (y único en nuestro Derecho civil; el Derecho romano conoció varios) es la sucesión hereditaria en la que el heredero sucede en todas las relaciones jurídicas activas y pasivas del difunto; en el segundo se incluyen los otros modos ya indicados, ya sean actos *inter vivos* o *mortis causa*, como la adquisición por legado.

De otras clasificaciones de menor entidad, algunas profesadas

por los jurisconsultos romanos y que son extrañas a nuestro Derecho, prescindimos aquí. Conviene hacer, no obstante, algunas observaciones de carácter general sobre los diferentes modos de adquirir para saber cuál sea en sus líneas generales el sistema seguido por el legislador italiano.

Contiene el Código civil italiano, en su art. 710, una enumeración de los modos de adquirir la propiedad, y según ésta, parece ser que pueden reducirse a cinco: la ocupación, la sucesión, la donación, las convenciones y la prescripción adquisitiva. Tal enumeración es indudablemente incompleta. Falta la accesión (conjunción o incorporación de una cosa a otra, adquisición originaria de frutos, especificación), cuya regulación se colocó en la teoría general del dominio (artículos 444 y 475), respondiendo a una concepción muy discutible, según la cual todo lo que una cosa mueble o inmueble produce, o que a ella se une natural o artificialmente (derecho de accesión en sentido lato), se considera como desenvolvimiento del derecho de propiedad (artículo 443). Se mencionan en ella la sucesión hereditaria, la donación, las convenciones; pero conviene advertir que éstas son causas de adquisición, no sólo de la propiedad sino también de otros derechos y actúan diversamente porque si en ocasiones se encaminan a hacer adquirir la propiedad, en otras la adquisición del dominio no es más que la consecuencia de subrogarse un nuevo titular en esfera patrimonial de otra persona, como ocurre, por ejemplo, en la sucesión hereditaria. Y, por otra parte, hay que notar la imprecisión que desde el punto de vista dogmático ofrece el mencionar separadamente, como si fuesen cosas distintas las convenciones y la donación; resto del sistema del Código francés, que reúne sucesiones y donaciones, segregando ésta de las convenciones, de las cuales es aquélla una especie (1).

El punto más notable de todo el sistema, por el cual el nuestro se diferencia profundamente del romano, es el que se refiere a la aptitud del solo consentimiento, legítimamente manifestado, para transmitir la propiedad. Este principio propio, del Derecho

(1) Para una crítica detallada y aguda del art. 710, ver Brugi *Proprietá*, II, § 39.

moderno, resulta templado y limitado por otros dos principios, que reducen notablemente la eficacia del primero: el de la necesidad de la transcripción, respecto de los actos traslativos del dominio sobre bienes inmuebles y el de que la posesión vale como título respecto a los bienes muebles y en relación a los terceros de buena fe.

Uno y otro de estos últimos principios son necesaria consecuencia de la protección debida a la buena fe y una confirmación de que el principio absoluto de la transmisión del dominio por el simple consentimiento no puede actuarse, sino con limitaciones. Pero de esto se tratará más adelante. Respecto a los modos de adquirir la propiedad, no se tratará aquí de la sucesión ni de los contratos, porque de ambos nos ocupamos en lugar oportuno. Sin embargo, se hará referencia a la transcripción como elemento necesario para la adquisición de inmuebles frente a terceros (1).

§ 53.—*Ocupación*

Brugi, Ist. § 42; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 362; Chironi Ist. I, §§ 135-136; Filomusi, Dir. reali, §§ 53-57; Zachariae, Man. I, § 185; Aubry et Rau, Cours, II, § 201; Planiol, Traité I, núm. 2,564; Windscheid, Pand. I, 2, § 184.

Si históricamente el derecho de ocupación puede considerarse como el primero de los modos de adquirir el dominio y el más importante de todo en los comienzos de las sociedades

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — *Concordancias de este capítulo.* También en el Código civil español es la sucesión hereditaria único modo de adquirir a título universal.

El art. 710 del Código italiano, citado en el texto, es muy parecido en su redacción y contenido al 609 del español; solo difieren en que en el párrafo 2.º de este último se enumera la ley entre los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los demás derechos sobre las cosas que con acierto fué omitido en el italiano. Por consiguiente, cuanto dice el autor de las deficiencias de aquella enumeración es íntegramente aplicable al artículo citado de nuestro Código civil, pues tampoco en él está considerada la accesión que viene colocada como en el italiano en la teoría general de la propiedad (artículos 353 a 383).

Igual imprecisión dogmática ofrece nuestro Código al mencionar separadamente como cosas distintas la donación y los contratos.

humanas, su esfera de aplicación en el ordenamiento moderno es muy restringida, porque las cosas que tienen propietario son, numéricamente, muy superiores a las que no lo tienen. Se aplica tal modo únicamente a las cosas que no tienen dueño (*res-mellius*), ya sea que no lo hayan tenido nunca, ya lo hayan tenido y lo perdieran por abandono que de ellas *hiciera el propietario (*res derelictae*). Se aplica únicamente a las cosas que pueden ser objeto de la propiedad de alguien, no a las que no son comerciables. En la actual organización del régimen de la propiedad inmobiliaria, recibe una restringidísima aplicación en orden a los inmuebles de los cuales es muy difícil hallar alguno que no pertenezca a los particulares o al Estado o a los entes públicos. Se afirma a este respecto por la gran mayoría de los autores que no sólo de hecho sino también de derecho debe excluirse la ocupabilidad de los inmuebles, según nuestro régimen de propiedad inmobiliaria. Y se basa la afirmación en el art. 711 que, declarando las cosas que pueden ser objeto de la ocupación, menciona únicamente los animales objeto de la caza y de la pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas, es decir, sólo los muebles y no los inmuebles; en los artículos 425 y 435, que enumerando las personas y los entes a las que los bienes pertenecen, declaran que éstos son del Estado o de las provincias o Municipios o de los establecimientos públicos o de los particulares, de modo que cuando no pertenezcan a los particulares o a los entes menores, deben pertenecer al patrimonio del Estado; en el ordenamiento catastral y fiscal vigente, según el cual cada parte del territorio del reino es atribuída a un titular, no siendo permitido el libre abandono de los inmuebles (1).

Nosotros, sin embargo, no creemos que tales razones fuercen a excluir la posibilidad teórica de la adquisición de inmuebles por ocupación. Falta en nuestro Código una disposición semejante a la contenida en el Código francés en su art. 713, por vir-

(1) Filomusi, *Dir. reali*, pág. 192; *Enc. giur.*, § 59, pág. 264, núm. 2; Venzi en Pacifici, *Ist. III*, I, pág. 371; Bianchi, *Corso Dir. civ.*, IX, página 6; Brugi, *Ist.* § 42, pág. 325; Vescia, *Se l'occupazione sia movo per acquistare la proprietà delle cose immobili abbandonate* (*Arch. giur.*, XXXVII, 1886, pág. 205 y siguientes).

tud de la cual los bienes que no tienen dueño corresponden al Estado, de modo que los casos de ocupabilidad de los bienes muebles por los particulares se consideran como renuncia del Estado a su privilegio (1). La enumeración contenida en el artículo 711, tiene valor de ejemplo en cuanto que tiende a enumerar las cosas que por regla general pueden hallarse sin dueño. No excluyen la hipótesis de un inmueble (*nullius*) los artículos 425 y 435, que declaran únicamente que los bienes pueden pertenecer al Estado, a los particulares y a los demás entes y que si correspondiesen al art. 713 del Código francés, no solamente los inmuebles sino también los muebles («bienes» se dice en él), vendrían excluidos del derecho de ocupación. Nada prohíbe que fracciones de territorio que se sustrajeron a la catastración se hallen actualmente sin propietario y puedan ser adquiridas por el primer ocupante, sin necesidad del transcurso del tiempo y de la usucapción (2).

Dos requisitos precisan, por regla general, para que se pueda adquirir mediante ocupación: a) la posesión de la cosa por quien primero la ocupa; b) la intención de hacerla propia. Como no hay necesidad de que ésta sea una voluntad específica de adquirir el dominio, bastando el *animus rem sibi habendi* tampoco precisa en cuanto al primer requisito que se verifique una aprehensión material, siendo suficiente el buscar la pieza de caza luego de haberla matado o el simple descubrimiento si se trata de tesoro.

Prescindiendo de los inmuebles, constituyen casos especiales de ocupación la caza y la pesca, el descubrimiento del tesoro, el hallazgo de cosas muebles abandonadas y el de cosas arrojadas al mar.

a) *Caza y pesca* (3).—Declara el art. 712 que el ejercicio de

(1) Zachariae, Man. I, § 185, pág. 526.

(2) En este sentido se manifiestan Simoncelli, *Dir. reali* (Lez. 1893), página 209 y Pacifici Ist. III, I, pág. 363; con mayor amplitud Brugi, *Proprietá*, II, § 94, ver Atzeri-Vacca, *Delle rinunzie*, pág. 117.

(3) Ver para la caza Landucci: *caccia*, (en *Enc. giur.*); Martinelli y Rabbeno, *La legislazione italiana sulla caccia*, Torino, 1890; De Maiorana, *La caccia e la sua legislazione*, Roma, 1898. Para la pesca, Levi-Morenos, *Lavoro e proprietá del suolo acqueo*, Torino, 1904.

la caza y de la pesca viene regulado por leyes especiales. Y efectivamente leyes especiales y diversas en cada región imperaban en Italia al tiempo de la publicación del Código civil cuando regían las legislaciones de los ex Estados, especialmente en lo referente a la caza, ejercicio del arte venatorio y caza con liga (1). Poco a poco se fué operando la unificación (2).

En cuanto a la caza, se consiguió luego de muchas tentativas con la ley de 24 de Junio de 1923, número 1.420 para la protección de las piezas y el ejercicio de la caza, con el Reglamento de 24 de Septiembre de 1923, número 2.448 y con los Decretos leyes de 20 de Marzo de 1924, número 533, y 4 de Mayo de 1924, número 754, han introducido modificaciones en la ley de 24 de Junio de 1923. Con éstas han quedado derogadas todas las leyes especiales de los antiguos Gobiernos italianos (artículo 41 de la ley de 24 de Junio de 1923). El principio general es que el derecho de caza se reconoce solamente en quien se halle provisto de licencia expedida por la autoridad y puede ejercitarlo en el propio fundo o en el ajeno, pero siempre en determinadas épocas del año y horas del día con armas y enseres también detallados en la ley y en las localidades en que no esté prohibido el ejercicio de tal derecho.

Se prohíbe en las propiedades de dominio público o privadas en que se hayan constituido vedados o lugares de reproducción de la caza y se hallen cercadas o se hayan fijado letreros que prohiban cazar (en ellas la prohibición de cazar es absoluta y vale también para el propietario o concesionario del vedado) y en las propiedades privadas que constituyen los cotos particulares que deben hallarse también cerradas y provistas de letreros (en las que sólo el concesionario o quien haya obtenido permiso escrito de éste puede cazar) (artículos 1.º al 14, ley de 24 de Junio de 1923). Y como los animales cazados fuera de los lugares y del tiempo fijados por la ley se hallan su-

(1) Ver el índice de las distintas leyes de caza en Filomusi, *Dir. reali*, pág. 195, núm. 2.

(2) Una amplia referencia en Brugi, *Proprietá*, II, pág. 490 y siguientes.

jetos a secuestro y comiso, se deduce que la adquisición por ocupación no tiene lugar en tal caso.

Proveen a reprimir el acto abusivo de quien contra la prohibición o ilegalmente ejercite la caza, algunas disposiciones penales (Código penal, art. 428; artículos 28, 31, ley 24 de Junio de 1923).

En cuanto a la pesca, la unificación legislativa se produjo con la ley de 4 de Marzo de 1877, número 3.706 y Reglamento de 13 de Noviembre de 1882, número 1.090, para la pesca marítima, y con el Reglamento de 15 de Mayo de 1884, número 2.449, para la pesca fluvial y en lagos substituído por el Real decreto de 22 de Noviembre de 1914, número 1.486. Importantes innovaciones modificando la ley de 4 de Marzo de 1877 han sido introducidas con la ley de 24 de Marzo de 1921, número 312, que contiene normas en favor de la pesca y de los pescadores y que se refieren a la pesca marítima, a la fluvial y a la que se verifica en lagos. El principio general es que la pesca se consiente solamente a quien haya obtenido de la autoridad la correspondiente licencia y es libre, por lo general, en las aguas que son de dominio público marítimo y de los lagos, en el mar territorial (1); no es permitida en las aguas de propiedad privada sin el consentimiento del propietario. Pueden darse en las aguas públicas a favor de alguien derechos exclusivos de pesca que priven a los demás del ejercicio de tal derecho en aquel lugar; tales derechos, si no se han ejercitado en los treinta años anteriores a la ley de 24 de Marzo de 1921 se declaran extinguidos (artículos 16 y 22 de la ley) y caducan para los concesionarios que no los usen o hagan mal uso de ellos durante un quinquenio.

Está, por tanto, prohibida la pesca en las aguas públicas su-

(1) A la legislación Justiniana se debe la afirmación del principio que reconoce las riberas del mar *res communes* y la libertad de la pesca en aguas litorales aunque se opongan los propietarios de los edificios ribereños, ver Costa, *Le acque nel Dir. rom.*, Bologna, 1919, pág. 91 y siguientes; Ferrari, *Di alcune leggi bizantine riguardanti il litorale marino e la pesca nelle acque private* (*Rend. Ist. Lomb.*, XLII, 1909, pág. 591 y siguientes).

jetas a derecho exclusivo de pesca, y en las aguas privadas, sin previo consentimiento del concesario, del propietario o del poseedor (art. 37). Sanciones penales castigan el abuso; entre otras, la confiscación de los peces, siempre que éstos no sean reclamados por quien tenga derecho a ellos (art. 28). Disposición esta última muy importante porque de ella se deduce que (como en la caza) no tiene lugar en tales casos la adquisición por ocupación a favor del pescador y que (a diferencia de lo que ocurre en la caza) pudiendo ser reclamado el animal por el propietario de las aguas o por el concesionario del derecho exclusivo de pesca, corresponde en propiedad a éste, que consigue paralizar, no sólo el acto privado de la ocupación, sino también el público del comiso.

Para que la adquisición se verifique es preciso que se trate de animales selváticos, y son tales los que viven en estado natural de libertad. Para ellos, la adquisición se produce, por regla general, con la posesión, no por el solo hecho de herirlos o perseguirlos. Si la persecución de la pieza herida no impediría la adquisición por un tercero que antes que el cazador se apoderase de la pieza, puede afirmarse que la adquisición se da cuando el cazador la haya matado y acuda para cogerla (1).

No se admite el derecho de ocupación de animales domesticados, para los cuales el huir o alejarse de su dueño no es causa de que se conviertan en *nullius*. El Código reconoce en tal caso en el propietario un derecho a perseguirlos aun en el fundo ajeno, y sólo cuando haya desistido de la persecución, haya transcurrido un cierto término desde la fuga sin que el propietario ejercite su derecho reclamándolo de quien se los hubiere apropiado, consiente en que sean objeto de ocupación. Si el propie-

(1) La cuestión acerca del momento en que la adquisición se verifica, fué discutida en el derecho romano y luego resulta declarándose momento decisivo el de la efectiva posesión; ver § 13, Inst., 2, 1; fr. 5 § 1. D. 41. 1; fr. 54. D. cód. A falta de suposiciones explícitas en nuestro derecho, creemos que en el caso planteado en el texto puede hablarse de adquisición antes de la aprehensión material; en el matar la pieza y en el acudir a recogerla hay como la iniciación del acto de la posesión que otro no podría impedir legítimamente que se cumpliera.

tario de un enjambre de abejas que huyó de su colmena no lo haya perseguido dentro de los dos días siguientes a su huída, puede el poseedor del fundo donde se hayan fijado apropiárselo; y si el propietario de animales domésticos no los reclama dentro de veinte días, puede quien antes los haya poseído hacerlos propios (art. 713); la reivindicación no se admite para aquellos animales que, como las palomas, los conejos, los peces, pasando de uno a otro palomar o de una a otra conejera o pecera, vienen adquiridos por el propietario de ésta por derecho de accesión.

b) *Tesoro*.—No la posesión, sino la *inventio*, o sea el descubrimiento, hace adquirir al descubridor la propiedad del tesoro. Tesoro, es, según la definición romana (1), *vetus quaedam depositio pecuniae cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat* (2); y, según la aceptada por nuestro Código (art. 714, párrafo 1.º), «cualquiera mueble de valor que se halle oculto o enterrado y cuyo dominio no pueda probar nadie». Requisitos son, pues: 1) el ser mueble el objeto, de modo que no es tesoro la ruina antigua u otra parte de construcción incorporada al suelo; 2) el ser valioso, lo cual excluye aquellas cosas que carecen de valor; 3) el hallarse oculto o enterrado, de modo que es tesoro tanto el objeto sepultado bajo tierra cuanto el oculto en un muro o en un mueble, o que con intención de ocultar su existencia haya sido por alguien enterrado, o que por un accidente natural cualquiera haya sido enterrado; 4) el haber sido la cosa descubierta en condiciones tales que haga presumir que no existe un actual propietario ni sea posible hallarlo; no precisa, pues, que se trate de un depósito antiguo, si bien cuanto más antiguo sea el tiempo de la ocultación tanto más improbable resultará el

(1) Paulo, fr. 31. § 1. D. 41. 1.

(2) Según Bonfante (*Melanges Girard*, I, pág. 123 y siguientes y *Scritti giur.*, Vari, II, pág. 904 y siguientes) el concepto de las fuentes es que tesoro es la cosa que no tiene ya propietario, es una *res sine domino*, de modo que el propietario no sólo no puede hallarse, sino que es inexistente. En contra, Pacchioni, *Corso Dir. rom.*, II, pág. 383. Para su concepto en el derecho moderno ver Gabba, *Osserv. intorno al concetto di tesoro nel Dir. it vigente* (*Giur. it.*, 1901, I, 2, pág. 563).

hallazgo del propietario; ni precisa tampoco que se pruebe la imposibilidad de hallar al propietario (lo cual no sería posible de un modo absoluto), sino que basta que las circunstancias de la *depositio* sean motivo racional para admitir tal imposibilidad.

Ahora bien: la regulación jurídica de la adquisición del tesoro—que en el Derecho romano experimentó vicisitudes muy varias en el curso de su historia (1)—, es en nuestro Derecho, como en el romano, la resultante de la conciliación de los derechos del inventor con los del propietario del fundo (o de la cosa mueble) en que ha sido descubierto. Es propiedad del propietario del fundo cuando éste mismo u otro que hubiese hecho por cuenta del propietario las necesarias investigaciones lo haya descubierto; corresponde por mitad al propietario del suelo y al descubridor cuando haya sido hallado en fundo ajeno (art. 714). Para que la adquisición se produzca en favor del descubridor es condición esencial la de que el hallazgo haya sido hecho por casualidad, no *data opera*; así que cuando sin encargo del propietario alguien se aplique a la investigación de un tesoro en fundo ajeno, si lo descubre no tiene derecho a parte alguna del mismo. No precisa la posesión efectiva, bastando (y es característica de este modo de adquirir, que, según algunos, se ha incluido erróneamente en el concepto de ocupación) el haber sacado la cosa de su estado de ocultación, es decir, el hecho del descubrimiento (*inventio*). La doble adquisición ocurre por derecho de accesión en favor del propietario del fundo; por derecho de invención o de ocupación en favor del descubridor. En qué fundamento repose el derecho de adquisición de uno y otro es cuestión muy discutida, y es cierto que especialmente después de las innovaciones (no siempre felices) introducidas en la materia por la ley de 12 de Junio de 1902 (luego ley de 20 de Junio de 1909, núm. 364) para el hallazgo de objetos artísticos o arqueo-

(1) Ver § 39, Inst. 2. 1; fr. 3. § 10. 11. D. 49. 14; l. l. c. Th. 10. 18, l. m. c. Just. 10. 15.

lógicos (1) una revisión de las disposiciones del Código se impone (2).

c) *Cosas muebles perdidas o abandonadas.* — Del mismo modo que de las cosas que nunca tuvieron dueño, se adquiere la propiedad de aquellas que fueron abandonadas por quien las halla y las posee (art. 711). Abandono es el acto de despojarse de una cosa con ánimo de renunciar a su dominio (*animus derelinquendi*); la propiedad se pierde inmediatamente a la actuación de este *animus*, rechazando la cosa y separándose de ella definitivamente (3). Distinta es la condición de las cosas perdidas o

(1) La profunda innovación introducida por la citada ley consiste en que ni el propietario del fundo ni el descubridor de objetos de excavaciones tienen derecho alguno sobre los objetos descubiertos, sino simplemente un crédito; el primero con relación al Estado; el segundo con relación al propietario del fundo.

(2) Sobre los requisitos para que se dé el tesoro en el derecho romano y en el civil, sobre aquellos que deben concurrir para que se dé la invención sobre la causa de la adquisición y otras cuestiones menores, ver Pampaloni, *Il concetto giuridico del tesoro nel Dir. rom. e odierno* (St. per Bologne, pág. 101 y siguientes); Ferrara, *Il carattere della scoperta nell'acquisto del tesoro* (Foro it., 1907, pág. 54 y siguientes), Perozzi, *Contro l'istituto giuridico dell'acquisto del tesoro* (Mon. Trib., 1890), *Tra la Fanciulla d'Anzio e la Nobide, Nuovi studi sul tesoro* (Riv. Dir. comm. VIII, 1, 1910, pág. 253 y siguientes). Este último escrito es una fuerte crítica de muchas de las doctrinas corrientes en la materia y del sistema general seguido por nuestro Código al regularla. Precisa reconocer que la ley no es congruente; donde la incongruencia se manifiesta es en el exigir el que no se realice obra de investigación, *non data opera*, para la adquisición de la mitad del inventor aun cuando el hallazgo lo haya hecho un tercero con aquiescencia del propietario; ya que si a quien de propósito practica obras de investigación en fundo ajeno, la ley no atribuye derecho alguno por no estimular las invasiones de la ajena propiedad, no está justificado el privar de tal derecho al inventor cuando sin lesionar el derecho ajeno ha hecho el hallazgo. El Código civil alemán (§ 984) elimina el requisito de la casualidad para la adquisición por el inventor. En cuanto al modo de dividir el tesoro (varios propietarios del fundo, varios inventores), ver Ranysoni, *Sulla distribuzione del tesoro* (Mem. R. Acc. di Sc. di Bologne, 1909-1910).

(3) Esto es indudable relativamente al derecho moderno; pero en derecho romano clásico fué objeto de viva discusión entre proculyanos y sabinianos el momento preciso en que la propiedad se pierde, esto es

extraviadas (*épaves*, según la terminología francesa, que distingue las *épaves maritimes* de los *fluviales* y de los *terrestres*), las cuales no se hallan sin dueño y no pueden ser, por tanto, objeto de ocupación. No adquiere, pues, quien las halla, su propiedad, sino que debe restituirlas al propietario, y si se las apropia comete un delito (hurto, según el Derecho romano; fr. 43, § 4, D. 47, 2; apropiación indebida, según el nuestro; Código penal, art. 420, núm. 1). Sin embargo, se produce una adquisición *ex lege* a favor del que las halló cuando transcurrió un cierto tiempo sin reclamarlas el propietario.

Las disposiciones que nuestro Código contiene en los artículos 715 y 718 representan una conciliación equitativa del derecho del propietario que ha perdido la cosa con el legítimo derecho del que la halle en obtener una compensación por el cuidado habido por él en recogerla y conservarla o su total valor si el propietario no la reclama, sin que el Estado participe en aquél. El antiguo Derecho francés atribuía, en efecto, las *épaves* al Rey o a los Jueces superiores (*seigneurs justiciers*), pero la ley de 13 y 20 de Abril de 1791 suprimió este derecho de los *seigneurs* sin declarar a quien en lo sucesivo debía corresponder; de aquí surgió una controversia entre los autores, que ante el silencio del art. 717 del Código francés discuten si las cosas extraviadas pertenecen al Estado o a quien las halló. La relación, según nuestro Derecho, se da únicamente entre el propietario y quien las halla. Este último debe, cuando no se trate de tesoro, restituir la cosa extraviada al poseedor anterior, si lo conoce; cuando ignora quién sea éste tiene, la obligación de consignarla al Alcalde del lugar en que ha sido hallada (art. 715). Esta consignación tiene por objeto asegurar la cosa y proveer a su conservación

si era éste el del simple abandono o el en que un tercero ocupase la casa abandonada. La controversia se resolvió por Justiniano en el primer sentido, que es también el concepto moderno. Sobre la ciencia de la derelictio en derecho romano ver Bonfante, *La derelizione di res mancipi* (*Scritti giur.* II, pág. 327 y siguientes); *La derelizione e l'apprensione di cose derelitte* (ib. pág. 342 y siguientes); Berger, *In tema di derelizione*, Roma, 1915; Rotondi en *Att. R. Acc., Torino*, L, 1915, pág. 864 y siguientes y en *Rend. Ist. Lomb.*, XLVIII, 1915, pág. 725 y siguientes.

por la autoridad pública que esté autorizada a promover su venta, si no puede conservarse sin deterioro o destrucción (art. 717). A fin de informar al propietario del hallazgo ocurrido, se impone la obligación a la Autoridad municipal de dar aviso durante dos domingos sucesivos (art. 716). Dentro de los dos años a partir de la última publicación, el propietario puede reclamar la cosa; al que la halló corresponde un premio que la ley fija en la décima parte del valor de la cosa, reducido a la vigésima parte en cuanto al exceso cuando su valor exceda de dos mil liras (art. 718) (1). Transcurrido un bienio inútilmente sin que el propietario se presente, la cosa (o su precio) es atribuída en propiedad a quien la halló y debe serle restituída (art. 717).

De estas disposiciones resulta que la reivindicación no se extingue en el propietario ni con el transcurso del bienio si quien halló la cosa no cumplió con su obligación de consignarla a la Autoridad municipal cuando no conociera el precedente poseedor (artículos 708 y 709); que premio no corresponde en tal caso a quien la halló por no haber obrado legalmente; que la adquisición de la cosa por quien la halló, transcurrido dicho término, se opera en cuanto que, habiendo resultado inútiles los anuncios públicos, la cosa debe considerarse *nullius* por disposición de la ley, aun cuando el propietario no haya cesado de averiguar su paradero, ni cuando no se hubiese apercibido de haberla perdido.

d) *Cosas arrojadas en el mar.*—Diversa es la disciplina de

(1) Se ha discutido si el derecho al premio de quien halla la cosa es ejercitable sólo contra el propietario o contra quien se halle en relación con éste y tenga la facultad de reivindicar el objeto; por ejemplo, la Administración postal por objetos certificados y extraviados, ¿debe pagar el premio a quien los halle? Brugi responde afirmativamente *Proprietá*, II, página 556; negativamente, Pacchioni en *Riv. Dir. comm.*, 1916, II, página 454; es preferible la solución afirmativa. De todos modos creo que la solución exacta hay que hallarla en base de una distinción; si la cosa extraviada ha sido directamente restituída al anterior poseedor, es éste quien debe el premio a quien la halló; si por el contrario, la cosa se depositó ante la Autoridad municipal, el derecho de premio deberá ejercitarse por quien la halló contra el propietario porque a éste y no a otro debe la Autoridad consignar de nuevo la cosa.

las cosas arrojadas al mar con ocasión de un naufragio o que hayan sido arrojadas por el mar y la de las plantas y hierbas que crecen en sus riberas. El art. 719 recurre para todas ellas a leyes particulares y rigen los artículos 125 y siguientes del Código para la Marina mercante. Las plantas y hierbas de las riberas pertenecen al Estado, porque estas últimas son de dominio público en nuestro Derecho. Las cosas arrojadas a lmar para aligerar las naves pertenecen a sus propietarios porque la echazón no implica abandono y no hace las cosas *nullius* (1); los que las hallen están obligados a hacer la denuncia y consignarlas a la Autoridad (marítima o municipal), pero también a ellos corresponde un premio distinto, según las circunstancias del hallazgo (la tercera o décima parte, o por el exceso de 2.000 liras la vigésima). También varía el término en que los propietarios pueden hacer la reclamación (un año o un quinquenio) (2).

(1) Conforme era el principio seguido en el derecho romano que acogió las reglas de la *lex Rhodia de iactu*; ver § 48, Inst. 2, 1; fr. 9. § 8. D. 41, 1; fr. 8. D. 14. 2. En la Edad Media prevaleció la costumbre bárbarica del *ius naufragii* por la cual las cosas del naufrago arrojadas a la orilla eran objeto de libre apropiación por el tercero y luego atribuidas al Príncipe.

Ver Bonfante, *Il saluataggio e l'assistenza nel Dir. marittimo*, Torino, 1849; Contuzzi, *Dei naufragi e dei recuperi*, Napoli, 1905 (Pappafara en *Studi per Chironi*, I, pág. 272 y siguientes.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — *Concordancias*. — El art. 711 del Código italiano que enumera las cosas susceptibles de ocupación concuerda exactamente con el 610 del español. El 712 del italiano concuerda con el 611 del español.

Las disposiciones especiales que regulan los derechos de caza y pesca son la ley de 17 de Mayo de 1902 y el Reglamento de 3 de Julio de 1903, Real orden de 1.º de Julio de 1902 para la ejecución de aquella ley y la de 19 de Septiembre de 1896 sobre protección a los pájaros.

La pesca fluvial está regulada por la ley de 27 de Diciembre de 1907 y Reglamento de 7 de Julio de 1911, siendo también de aplicación los artículos 123, 129 y siguientes y 214 y 254 de la ley de Aguas. La pesca marítima se rige por los artículos 11, 12 y 14 a 46 de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, Real orden de 1.º de Junio y Reglamento de 27 de Febrero del mismo año, de 24 de Enero de 1885 y 18 de Enero de 1886 y Reglamento de 9 de Julio de 1908 para la pesca con almadraba y ley de 30 de Diciembre de 1912 sobre la pesca del salmón.

Ver artículos 612 y 613 sobre propiedad y adquisición de un enjambre de abejas, animales amansados y palomas, conejos y peces que de su respectivo criadero pasen a otro, perteneciente a distinto dueño.

§ 54.—*Accesión*

Brugi, Ist. § 43; Pacifici, Ist. III, 1, pág. 248; Chironi, Ist. I, §§ 130, 134, 137; Filomusi, Dir. reali, §§ 65-67; Zachariae, Man. I, §§ 186-189; Aubry et Rau, Cours. II, 202-206; Planiol, Traité I, núm. 2.717 y siguientes; Windscheid, Pand. 1. 2, §§ 186, 188, 190 (1).

Modo de adquirir la propiedad es el derecho de accesión y el que más figuras comprende en sí. Es causa de ello la amplitud del concepto de accesión; recuérdese lo que a su tiempo observamos sobre el amplio significado de cosa accesoria. Por ello son oscilantes y varios los criterios de los autores y de los legisladores que ven en la accesión un modo de adquirir el dominio o atraen a su esfera un número mayor o menor de casos.

Si, en efecto, se parte del concepto de que todo lo que la cosa produce o a ella se incorpora o une natural o artificialmente no es más que efecto de la intrínseca potencia de expansión y desenvolvimiento del dominio, puede aparecer razonable el pensamiento de aquellos (que es también el de nuestro legislador, art. 443) que no ven en la accesión un modo de adquirir, porque ya se trate de frutos ya de otra cosa accesoria que se

Sobre tesoro oculto, ver artículos 614, 351 y 352 del Código civil y la ley de 7 de Julio de 1911.

Sobre cosas muebles perdidas o abandonadas, ver artículos 615 y 616 del Código civil y 48, 49 y 51 de la ley de Aguas, art. 151 de la de Ferrocarriles de 8 de Septiembre de 1878 y el Reglamento de servicio de campaña de 5 de Enero de 1882 sobre presas de guerra.

Sobre cosas arrojadas al mar o sobre las que las olas arrojan a la playa, ver art. 617 del Código civil, artículos 5 al 12 de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, Instrucción de Marina de 4 de Junio de 1873, artículos 206 al 208 y la ley de 16 de Mayo de 1835 llamada de *Mostrencos* (de *mostrar*, porque se disponía en nuestro Derecho histórico que toda cosa perdida o desamparada debía ser entregada, *mostrada*, a la justicia del lugar) subsistiendo por virtud de lo dispuesto en los artículos 617 y 1.976 del Código civil que establece que pertenecen al Estado los buques que por naufragio arriben a las costas del reino y sus cargamentos, cuando pasado el tiempo prevenido en las leyes no tengan dueño conocido.

(1) Bechmann, *Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession*, Kiel, 1867; De Crescenzo, *Accessione* (en *Enc. giur.*); Caporali, *Accessione* (en *D iz. prat. di dir. priv.*); Brugi, *Proprietá* II, pág. 107 y siguientes.

una a la principal, no se adquiere en virtud de un título nuevo, sino que es la propiedad de la cosa madre o principal que, atribuyendo la propiedad de los frutos o de la cosa accesoria, se extiende a éstas. Si se parte de la idea de que es la propia atracción material (1) de las cosas la que determina la sumisión de la accesoria al mismo señorío a que está sujeta la principal, aparece más fundada la opinión contraria porque es este hecho nuevo el que origina la propiedad de la cosa accesoria en el propietario de la principal, rompiendo la relación jurídica de pertenencia que antes la ligaba a otro titular y substituyendo aquél primero por un segundo. Pero esta idea, como se ve, no es aplicable a la adquisición que hace el propietario de los frutos de su cosa; es la idea de extensión del dominio por su intrínseca virtud de expansión la que mejor se aplica a los productos de la cosa fructífera, porque antes de separarse de la cosa madre no tienen los frutos existencia jurídica autónoma e independiente, sino que son partes de aquélla. Menos correcta aún es la idea del natural desenvolvimiento del dominio respecto a todo lo que se incorpora o se une; es decir, respecto de cosas que antes de la incorporación o conjunción tenían una individualidad propia y distinta. En realidad, aquí hay una propiedad que se adquiere por un hecho nuevo (accesión propiamente dicha) sobre cosa que se hallaba en el dominio ajeno; allá una propiedad única que tiene por objeto la cosa fructífera y, por tanto y por su contenido necesario, los productos todos de la misma.

Sólo, pues, una concepción demasiado amplia e inadecuada puede recoger en una fórmula única la adquisición por incorporación o conjunción y la adquisición de los frutos; nunca se podría incluir en ella la adquisición de los frutos, no dependiente o consecuencia del derecho de propiedad, sino fundada en otra relación con la cosa, como la del poseedor de buena fe; y por ello con razón nuestro Código ha separado esta figura de la adquisición del propietario, colocándola en el lugar en que regula la posesión y a toda otra adquisición de frutos en virtud de un

(1) Paulo, fr. 23, § 4. D. 61. *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praerentionem alienam rem trahit meamque efficit...*

derecho real de goce o disfrute, como el usufructo o la enfiteusis, o en virtud de una relación obligacional, como, por ejemplo, el arrendamiento, no es aplicable al concepto de accesión.

Abstracción hecha de esta adquisición, los varios casos de accesión pueden agruparse en dos órdenes, según que la accesión se verifique relativamente a los inmuebles o a los muebles; este es el criterio seguido por el Código, que recoge en dos grupos los diferentes casos (artículos 447-462, 463-475), teniendo en cuenta si la cosa a la cual la accesoria se une es mueble o inmueble.

Más lógica es la tripartición de la teoría tradicional romanística, que distingue la accesión de inmueble a inmueble, de mueble a inmueble y de mueble a mueble. La primera categoría está representada casi exclusivamente por los incrementos fluviales, pero a las cuatro figuras típicas de éstos se debe añadir un quinto caso: el paso de los animales, considerados inmuebles por destino, de un fundo a otro; constituyen la segunda dos casos de siembra, plantación, construcción en fundo ajeno; figuran en la tercera todas las especies de adjunción (pintura, tejido, la «ferruminatio», inclusión, etc.), y sólo por extensión el concepto puede ampliarse hasta abarcar la conjunción del trabajo con la materia (especificación) y la mezcla de diversas materias.

El principio general que domina todos estos casos es el de que la propiedad de la cosa accesoria se adquiere por el propietario de la principal cuando la separación no sea posible ni socialmente útil; accesoria es siempre la cosa mueble respecto a la inmueble; decide la función o el destino del todo en el determinar qué cosa sea principal y accesoria entre dos cosas muebles y opera por sí sólo o en concurrencia con otros elementos el criterio del mayor valor. Pero (y esto hay que tenerlo presente) adquisición de la propiedad ajena por accesión no significa que se deba verificar siempre gratuitamente sin compensación patrimonial a aquel que pierde la cosa que se une a la de otro. Por esto, salvo en los casos en que no se da la compensación (y son, por regla general, aquellos en que la adjunción o incorporación ocurre por obra de las fuerzas naturales), en todos los demás se dan reglas especiales por la ley para restablecer el equilibrio

económico de ambos patrimonios que ha sido alterado por el paso de una cosa de uno a otro.

a) *Accesión de inmueble a inmueble*.—Las figuras más importantes están representadas por los cuatro casos de incrementos fluviales (1) regulados ya en el Derecho romano: el *alluvio*, la *avulsio*, la *insula in flumine nata* y el *alveus derelictus*. No se aplica el concepto de adquisición por incremento fluvial sino a los casos de aguas públicas, es decir, a los ríos y torrentes; es requisito que se trate de aguas públicas, ya que si un curso de agua es de propiedad privada, a su propietario pertenecerían siempre y exclusivamente las formaciones nuevas del curso. Ni se aplica igualmente—cuando un incremento análogo sea posible—al mar, a los lagos, estanques en que se forme una isla o cuyas riberas u orillas adquieran mayor extensión por la lenta retirada de las aguas o por el incremento que produzcan los materiales contenidos en ellas. Esto se halla declarado expresamente en los artículos 454 y 455 para el aluvión y para los terrenos abandonados por el mar, mientras que faltando para los otros casos, incluso las condiciones de hecho necesarias para una adquisición, una declaración expresa se consideraba superflua (2).

α) *Aluvión*.—Es el *alluvio* (3), según la definición del artículo 453, toda unión de tierra o incremento que se forma sucesiva e imperceptiblemente en los fundos lindantes con las riberas de los ríos y torrentes; las fuentes romanas (4) lo definen *incrementum latens, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adiciatur*. Y en dos formas puede darse el incremento; o con la sedimentación de las par-

(1) Ver Serragli, *Le accessioni fluviali nel dir. rom. e nel Cód. civ. italiano* (Arch. giur., XLI, 1888, pág. 456 y siguientes).

(2) Ver fr. 12. pr. D. 41. 1., para los lagos y estanques, § 32, Inst. 2. 1., para la isla en el mar formada.

(3) Ver Chardon, *Traité du droit d'alluvion*, 1840; Fiorini, *Delle alluvioni*, Bologna, 1878; Ayrál, *Traité du droit d'alluvion*, París, 1888; Villani, *I precedenti storici dell'alluvione* (Mon. giur., 1889, pág. 241 y siguientes); Brugi, *Delle alluvioni e dei cambiamenti nel letto dei fiumi*, Catania, 1885; Pomo, *Alluvione* (en Dig. it.).

(4) Párrafo 20, Inst. 2. 1.; Gayo, fr. 7. § 1. D. 41. 1.

tículas de tierra que la corriente transporta (aluvión en sentido propio, art. 453) o con la insensible retirada de las aguas de una orilla a otra (terreno abandonado, art. 454). La nueva formación que resulta es atribuída al propietario ribereño de la orilla en que ocurrió el fenómeno (1). No influye en la adquisición la aptitud o ineptitud para la navegación o flotación del curso de agua, pero como en los ríos navegables o aptos para el transporte se impone siempre una limitación con la servidumbre de sendero, la adquisición va asociada en tal caso a la obligación de respetarlo. No se verificaría adquisición si no hubiese continuidad o adherencia entre la nueva formación y la propiedad privada del ribereño; de modo que si una vía pública separase ésta de aquélla no se daría la adquisición a favor del propietario fronterizo (2), y tanto menos si entre la ribera y el incremento aluvional corriese una vena o brazo del río (3).

Arreglo patrimonial entre los propietarios de aquellas orillas que hayan sido mermadas o cubiertas por las aguas y aquellos otros que resulten favorecidos por el incremento, no tiene lugar; no pueden los primeros, ni siquiera cuando (como en la segunda de ambas figuras) se puede más fácilmente reconocer la pérdida sufrida, reclamar de la orilla opuesta el terreno perdido (artículo 454).

(1) ¿Se extienden los efectos de la adquisición de la persona del propietario a otros que de él traen causa como, por ejemplo, el arrendatario? La materia es muy disticutada; ver Bonfante, *Sul diritto del consuttore alle alluvioni* (Foro it. 1921, pág. 172).

(2) El caso es naturalmente distinto del normal de la servidumbre de andén o sendero; la obligación de dejar un sendero a lo largo del curso del agua, es una limitación que presupone la propiedad privada de la orilla, de modo que el incremento no hace sino desplazar el lugar por el que el sendero debe correr. Si éste se considerase como vía pública, puesto que la obligación de dejar el andén o sendero es general para todos los cursos navegables, es evidente que no se daría nunca la adquisición por aluvión a favor de los particulares.

(3) Esto es negado por algunos, por ejemplo Pacifici Ist. III, 1, página 274 y pág. 299, núm. 9, pero nos parece que erróneamente porque en tal caso se tendría una isla y serían aplicables las reglas especiales de accesión fluvial.

β) *Avulsión*.—Se da la avulsión (1) cuando una parte considerable y reconocible de un fundo contiguo al curso de un río o de un torrente haya sido por fuerza repentina e instantánea, separada y transportada a un fundo inferior o a la orilla opuesta (*incrementum patens*). La regla de nuestro Código es diversa de la sentada por el Derecho romano; consideraba éste (quizá más lógicamente) que la propiedad del trozo de tierra continuase en el propietario originario, el cual podía reivindicarlo hasta que no se hubiese verificado la cohesión orgánica con el nuevo fundo mediante la vegetación (2); dispone, por el contrario, el art. 456 que el propietario de la parte separada puede reclamar la propiedad dentro del año y eventualmente incluso luego de transcurrido este término si el propietario del fundo al que aquella parte se unió no ha adquirido aún la posesión de la misma; independientemente, por tanto, de la cohesión de la parte separada con el punto nuevo de la orilla (3). Se comprende que no haya lugar a una compensación por la adquisición, por concederse al propietario que pierde un término para reclamar.

γ) *Isla nacida en el río*.—De los varios modos en que una isla puede formarse en un río, sólo en dos es la accesión aplicable: 1) cuando por la sedimentación de los materiales transportados por la corriente surja de las aguas una formación nueva de tierra en medio del río (*cum paulatim colluendo locum eminentum supra alveum [amnis] fecit et eum alluendo auxit*); 2) y cuando por desecación del lecho en algún punto una parte del cauce quede al descubierto (*cum locum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere coepit*). De estos dos casos, que son los únicos

(1) Landucci, *L'avulsio. Studio di dir. rom. e di dir. it.* (Arch. giurid., XXX, 1883, pág. 157 y siguientes, 498 y siguientes.

(2) Cfr. § 21 Just., 2, 1; fr. 7 § 2, D., 41, 1.

(3) Esto significa que una toma de posesión hecha dentro del año de la separación del trozo de tierra, no destruye en el propietario originario el derecho de reivindicarla, y, por otra parte, que el solo transcurso del tiempo con o sin cohesión no es suficiente para hacer adquirir el dominio. La propiedad no se adquiere, pues, *ipso iure* por efecto solo de la unión del trozo a la orilla, sino por aprehensión de la posesión, salvo la limitación de que no sería eficaz si se realizase antes de cumplirse el año.

que deben considerarse comprendidos en el art. 458, son diversos otros dos, recogidos, respectivamente, en el 459 y en el 460: 1) el de un río o torrente que formando un nuevo curso atraviere y circunde formando una isla un fundo que viene así a hallarse separado de las tierras circundantes (*cum agrum, qui alvei non juit, amnis circum fluit*) (1); 2) y el otro que es una forma mixta de isla nacida en el río y de avulsión, siendo una parte de terreno por fuerza instantánea separada de una orilla y transportada al centro del río o torrente (2). No cambia en ambas hipótesis la *causa proprietatis* (como expresa Pomponio); subsiste la relación de pertenencia del terreno a su propietario; el terreno circundado por las aguas, el separado y transportado al centro de la corriente, continúan siendo de su propiedad, salvo una limitación, la de que si se trata de río navegable o flutable, el Estado, por el interés público que va unido al uso del río, tiene derecho de ganar su propiedad mediante el pago de la correspondiente indemnización (art. 459).

Ahora bien; en los dos primeros casos, únicos a que es aplicable la adquisición por accesión, la relación jurídica derivada a nuestro Derecho del romano (3) se funda en la idea de que la línea media del río señala el límite de las adquisiciones por parte de los propietarios de las orillas opuestas, y como la isla puede extenderse en longitud de modo que se halle enfrente de varios propietarios ribereños de la misma orilla o de ambas, una ulterior limitación es determinada por las líneas imaginarias perpendicularmente trazadas desde los puntos extremos de cada fundo a la línea media del río (art. 458). Si se halla formada a un solo

(1) Este y los dos casos anteriores son previstos por Pomponio en el fr. 30 § 2. D. 41. 1.

(2) Sobre este segundo caso ver Pampaloni, *Sopra l'isola formate per avulsione nei fiumi in dir. romano e odierno*, Prato, 1885 y en *Studi Senesi*, III, pág. 241 y siguientes.

(3) Párrafo 32, Inst. 2. 1 No obstante la incerteza de las fuentes, la regulación en derecho romano debe considerarse ser la indicada en el texto, por analogía con la del cauce abandonado (con relación al cual las fuentes son terminantes) ya que los jurisconsultos romanos juzgaron el caso de la isla no distinto del de cauce abandonado; ver Scialoja op. cit., página 488.

lado de la línea media y es fronteriza a un solo fundo, la isla viene adquirida por uno solo; si la línea media atraviesa la isla y varias propiedades se hallan frente aquélla, la distribución se opera *pro modo longitudinis et latitudinis*. Una notable limitación es introducida por nuestro Derecho, que no fué conocida de los romanos, para la protección de la libre navegación y flotación del río; la adquisición sólo es posible para los ríos o torrentes no navegables ni aptos para el transporte; en caso contrario, la isla pertenece al Estado (art. 457).

δ) *Cauce abandonado*.—Cuando el río, alterando su curso, abandone el propio cauce (1), éste se adquiere por los propietarios ribereños en la medida antes indicada para la adquisición de la isla; viene repartido entre ellos hasta la mitad del cauce y proporcionalmente a la extensión del fundo de cada uno (artículo 461) (2). La regla es idéntica a la contenida en el Derecho romano (3); opuesta es, por el contrario, la del Código francés (artículo 563), que atribuye el cauce abandonado a los propietarios de los terrenos ahora invadidos por el nuevo curso y en proporción a la pérdida de terreno por éstos sufrida (4). Aquí domina la idea de una compensación; en nuestro Derecho y en el romano, la del interés más directo e intenso que tienen los propietarios ribereños en apropiarse la zona desecada. Parece este sistema preferible, pero en tal caso sería oportuna una indemnización de parte de los propietarios que experimentan el aumento de terreno a aquellos otros que sufren la pérdida del mismo, para restablecer de este modo el equilibrio patrimonial.

ε) *Animales inmuebles por destino*.—Una figura particularísima de adquisición por accesión (5) de inmueble a inmueble es

(1) Andrich, *Del alveo abbandonato dal fiume in dir. rom.* (*Arch. giur.*, LVI, 1896, pág. 101 y siguientes; LVII, 1896, pág. 59 y siguientes).

(2) ¿Puede recurrir el Juez a otros sistemas de división? Ver Abello, *Su vari sistemi di divisioni dell'alveo abbandonato* (*Giur. it.*, 1898, IV, página 337 y siguientes).

(3) Párrafo 23, Inst. 2. 1; fr. 7, § 5. D. 41. 1.

(4) Ver también el Código austriaco, §§ 409-410.

(5) Arnó, *L'art. 462, c. c. e l'attrazione reale* (*Scritti per Chironi*, I, página 21 siguientes), sostiene que no se dan aquí a rigor los extremos de la accesión verdadera y propia; se trata de un caso típico de atracción,