

adhiro klapp sáez

== egresado de la universidad de concepción ==

sistema posesorio en el código civil mexicano

*memoria de prueba para optar al
grado de licenciado en la facultad
de ciencias jurídicas y sociales
de la universidad de chile*



concepción

1947

adhiro klapp sáez

== egresado de la universidad de concepción ==

sistema posesorio en el código civil mexicano

*memoria de prueba para optar al
grado de licenciado en la facultad
de ciencias jurídicas y sociales
de la universidad de chile*



concepción

1947

Concepción, Septiembre 2 de 1947.

SEÑOR DECANO:

Tengo el agrado de informar a Ud. la memoria de prueba de don Adhiro Klapp Sáez sobre «Sistema posesorio en el Código Civil Mexicano», realizada bajo la dirección del Seminario a mi cargo.

Dicha obra consta de una introducción y cuatro capítulos. La introducción está destinada a recordar algunas generalidades con respecto a la posesión, especialmente su evolución histórica a través de los derechos romano, canónico, medioeval, alemán y francés. También en ella se contiene una exposición comparativa y crítica de las doctrinas posesorias de von Ihering y Savigni, llegando el autor a la conclusión de que el Código mexicano ha seguido en esta materia al primero de los juristas nombrados.

El Capítulo Primero se ocupa, sucesivamente, de la definición, concepto, naturaleza jurídica y clasificación de la posesión. En este último punto, cabe destacar el estudio que ha hecho el señor Klapp de la posesión originaria y derivada, distingo que hace el legislador de México atendiendo a la persona que ejerce el poder de hecho sobre la cosa: es originaria aquella que ejerce el propio poseedor por sí y para sí; en cambio, es derivada, aquella que ejerce una persona distinta en lugar y a nombre del poseedor, es decir, reconociendo posesión o dominio ajeno. Se hace también un parangón entre esta última forma de posesión y la mera tenencia de la legislación chilena, dejándose constancia de las grandes semejanzas y leves diferencias que entre ambas instituciones existen. Termina el Capítulo haciendo resaltar las bondades de la doctrina objetiva que sigue el Código de México en materia posesoria ya que ella, al no exigir como elemento de la posesión el animus, favorece la explotación y aprovechamiento económico de los bienes dándoles el carácter y la protección de la posesión jurídica.

El Capítulo Segundo trata de la adquisición y pérdida de la posesión de las cosas muebles e inmuebles y, especialmente, se estudia la posesión inscrita y la organización del Registro de la Propiedad. Critica el autor, con mucho acierto, a nuestro parecer, la circunstancia de no ser indispensable la inscripción para adquirir o conservar la posesión de los inmuebles o derechos reales inscritos. En efecto, el legislador mexicano se ha limitado a conferir a la posesión inscrita ciertas ventajas sobre la no inscrita, la primera de las cuales consiste en que, en caso de contienda entre ambas posesiones, la posesión inscrita prevalece siempre sobre la que no lo está. También existe la ventaja de que la posesión inscrita permite adquirir el dominio mediante la prescripción positiva abreviada de cinco años, cosa que no ocurre con la no inscrita.

El Capítulo Tercero se ocupa de las diversas clases de posesión que contempla el Código de México y se halla dividido en cinco párrafos. El primero de ellos analiza la posesión en concepto de dueño, basada en una presunción de dominio equivalente a la que contiene el inciso segundo del Art. 700 de nuestro Código civil, y en una presunción de que la causa inicial de la posesión se mantiene inalterable durante ella, de modo que el peso de la prueba recae en aquel que alega el cambio de causa de la posesión. El párrafo segundo estudia la posesión de buena fe y, especialmente, esta última en relación con el error de hecho y de derecho, punto en que el señor Klapp llega a la conclusión de que, en la legislación mexicana, el error de derecho no se opone a la buena fe, como ocurre en el Código chileno. El párrafo tercero analiza la posesión viciosa, especialmente la violenta, clandestina y equívoca, aún cuando respecto de esta última el señor Klapp sostiene que no es propiamente una forma de posesión viciosa. El párrafo cuarto estudia la posesión con título, cuya falta origina posesión de mala fe y cuya existencia otorga al poseedor preferencia frente a los demás que puedan disputarle la posesión y, lo que es más importante, le permite adquirir el dominio por la prescripción abreviada de cinco años. Finalmente, el párrafo quinto y último de este capítulo analiza la posesión continua.

El Capítulo Cuarto está destinado al estudio de la protección posesoria que, tal como ocurre en la legislación alemana, el Código de México concede a todo poseedor, sin distinguir entre muebles e inmuebles, como lo hace el Código de Chile. Allí aparecen detalladamente estudiados los interdictos de amparo y de recuperación, cuya reglamentación se encuentra en el Código de Procedimientos Civiles mexicano. También el señor Klapp se ocupa de la acción publiciana que, si bien no se encuentra explícitamente reconocida por el Código de México, debe entenderse aceptada en forma implícita a través de diversas disposiciones legales que el autor de esta memoria expone y critica.

En conjunto, la memoria de don Adhiro Klapp Sáez es un esfuerzo meritorio y completo, exhaustivo del tema adoptado, y valorizado especialmente porque constituye no sólo un trabajo meramente expositivo sino de valorización crítica de las disposiciones e instituciones estudiadas. Cabe hacer presente que en él se ha consultado una abundantísima bibliografía, (cuarenta y cuatro obras jurídicas de foro, además de memorias, revistas y cuerpos legales), que el señor Klapp ha sabido enjuiciar con un criterio jurídico moderno, es decir, dando siempre mayor importancia a las soluciones prácticas que a los principios doctrinarios, teniendo presente que el derecho es precisamente una creación humana tendiente a satisfacer las necesidades imperiosas de las colectividades.

En el aspecto puramente formal, la obra acusa una racional división de las materias y una redacción correcta, a menudo elegante, y siempre de una excepcional claridad.

Por todas estas condiciones, estimo que la memoria de prueba en informe merece ser aprobada **CON LA MAS AMPLIA NOTA DE DISTINCION.**

Es cuanto puedo informar al señor Decano.

Saluda Atte. a Ud.

(Fdo.) Víctor Villavicencio Greenaway,
Director del Seminario de Derecho Privado de la
Universidad de Concepción.

INFORME DE DON MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA,
PROFESOR DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE
CHILE

AUTOR: ADHIRO KLAPP SAEZ.

TEMA: «SISTEMA POSESORIO EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO».

Señor Decano:

En mi calidad de profesor informante tengo el agrado de manifestarle la opinión que me merece la memoria del rubro.

El señor Klapp, a través de cuatro capítulos, analiza el sistema posesorio en el Código civil mexicano. No se limita a hacer un comentario escueto de los preceptos legales, sino que también estudia diversos puntos en doctrina exponiendo las opiniones de los autores, principalmente las de Savigni y de Ihering que, como se sabe, sustentan principios opuestos en materia posesoria. De aquí resulta que la tesis en informe como vulgarización de las ideas que contiene la legislación mexicana es demasiado; pero, en cambio, como estudio de la posesión resulta algo superficial. Sin embargo, justo es reconocer el mérito de la obra de saber aplicar al Derecho mexicano las ideas sustentadas por la doctrina en general.

Juzgamos que el Capítulo más interesante de la memoria es el primero: en él se contienen los principios fundamentales que informan el sistema posesorio en el Código mexicano.

Por las anteriores consideraciones el infrascrito estima que la tesis del señor Klapp TIENE MERITOS MAS QUE SUFICIENTES PARA SER APROBADA.

Saluda atentamente al señor Decano.

(Fdo.) Manuel Somarriva U.

DEL EXCELENTISIMO SEÑOR EMBAJADOR DE MEXICO
EN CHILE =====

Santiago, a 6 de Noviembre de 1947.

«La lectura de este meritorio trabajo revela que usted ha hecho una concienzuda investigación del tema mencionado y le deseo, muy sinceramente, que obtenga de parte de los señores profesores, las altas calificaciones que a mi juicio le corresponden a su tesis».

(Fdo.) Pedro de Alba,
Embajador de México.

INTRODUCCION

1.—EVOLUCION DEL CONCEPTO DE POSESION

La teoría de la posesión ha experimentado una transformación profunda en los tiempos recientes, que ha influido de manera decisiva en las legislaciones modernas (1).

En Derecho Romano, la posesión era el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y de disponer de ella como lo haría un propietario (2). Aparecía, pues, con un carácter eminentemente material y sólo se aplicaba, por lo mismo, a las cosas corporales que eran susceptibles de ser aprehendidas u ocupadas manual y físicamente. Mirada en esta forma, la posesión adquiría la cualidad jurídica establecida para el dominio, y aún estaba equiparada a éste. Con el correr del tiempo se observó que había posesiones que no requerían esa aprehensión material. El poseedor no tenía la cosa en su mano con el ánimo de ser dueño de ella, sino con el de ser detentador de la misma, como sucedía al poseedor de una cosa alquilada o a quien tenía en su casa un objeto en calidad de depósito. La posesión en calidad de dueño correspondía al titular de la relación posesoria en calidad de dominio, pero la aprehensión de la cosa correspondía al poseedor no dueño. Esta situación anómala frente al primitivo concepto de la posesión, hizo recurrir a los juristas a la idea de admitir una cuasi posesión para señalar con ella el hecho de la detentación de la cosa, pero no la posesión con ánimo de dueño. Por extensión se aplicó la frase cuasi posesión a los demás derechos reales, por ejemplo, a las servidumbres, en que el titular activo de las mismas tenía la «cuasi possessio» del derecho de goce sobre la cosa gravada (3).

«No podemos hoy—dicen Alas, De Buen y Ramos (4)—, con toda seguridad, decir cuál fuera la opinión de los romanos en punto a la adquisición de la posesión. Cada una de las diversas teorías intenta fundar sus opiniones en texto de diversos autores».

Saleilles (5) expresa que de hecho todas las opiniones existentes pueden apoyarse en textos del Digesto, lo que le hace a él creer que los diferentes sistemas expuestos por los autores se avienen perfectamente al desarrollo histórico de la doctrina romana en materia de posesión.

(1) Juan Antonio Babiloni.— “Anteproyecto de reforma del Código civil argentino”. Tomo III.— Derechos reales.— Pág. 37.

(2) Eugenio Petit.— “Tratado Elemental de Derecho Romano”.— Pág. 194.

(3) Licenciados José Gomis y Luis Muñoz.— “Elementos de Derecho civil mexicano”.— Tomo II.— Derechos reales.— Pág. 324.

(4) Leopoldo Alas, Demófilo De Buen y Enrique R. Ramos. “De la Usucapión”.— Pág. 154.

(5) Raymundo Saleilles.— “La posesión, elementos que la constituyen y su sistema en el Código civil del Imperio alemán”.— Pág. 19.

En la Edad Media, los glosadores y prácticos del Derecho extendieron el concepto de cuasi posesión. El principio jurídico de la posesión romana se hizo extensivo a todo estado de hecho en que una persona se hallara en relación con una cosa o con un derecho y se le concedió un amparo jurídico. La posesión existía, entonces, en la disposición directa de la cosa por parte del dueño, en la aprehensión que el ladrón hacía sobre el objeto robado, en la relación existente entre la cosa y su depositario, arrendatario, acreedor pignoraticio, etc.

Así nació la «Gewere» germánica, de la que Lehr ha dicho que indicaba tres cosas: 1.—El poder de hecho que se tiene sobre un objeto material o inmaterial (la posibilidad de disponer de él); 2.—El derecho que nace de ese poder de hecho; y 3.—El mismo objeto sobre el cual recaía ese poder o derecho (6) (7).

El Derecho canónico recogió la tradición germánica de la posesión, trasvasándola en la época moderna a los distintos ordenamientos legislativos que conocemos.

Savigni desarrolló la teoría romana, presentándola como la reunión de dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El primero consiste simplemente en tener la cosa a la disposición del tenedor; el segundo, en considerarse dueño y señor de ella. Cualquier acto material que sirva para expresar la circunstancia de tener la cosa «a su disposición» o su simple detentación, ejecutado con la intención de actuar por propia cuenta, basta para probar la posesión. El animus es, por tanto, un animus domini o animus rem sibi habendi. Es este el elemento esencial; lo que caracteriza la posesión. De ahí que se la llame teoría subjetiva.

La posesión es un poder físico sobre una cosa, un hecho o apropiación de hecho, a diferencia de la propiedad que es una apropiación de derecho. Lo único jurídico que existe en ella son los medios empleados por la ley para protegerla o destruirla, ya que en unos casos la defiende y en otros la condena en nombre de la reivindicación (8).

El Código francés consagró la teoría romana sobre la posesión. Se mantiene la posesión de las cosas y posesión de los derechos; en este sentido debe entenderse la definición del Art. 2228, según el cual, la posesión es «la detentación o el disfrute de una cosa». Es decir, detentación de la cosa o disfrute del derecho sobre ella. Igualmente se conserva la distinción entre posesión y simple tenencia a nombre de otro (9).

Poco importa, por tanto, averiguar si el poseedor tiene o no derecho sobre la cosa; basta con la presencia del hecho posesorio y tanto quien tiene derecho como quien no lo tiene están en idéntica situación como poseedores.

El Código civil chileno consagró también la noción romanista de la posesión. Existe posesión siempre que la cosa esté a disposición del poseedor y que éste tenga la voluntad de obrar por propia cuenta y no a nombre de un tercero. No se da a la posesión ninguna significación económica, ni se le asigna un fin de utilización o explotación de la cosa; lo que aparece más claro cuando se trata de fincas rurales. El poseedor no tiene obligación positiva alguna, sino que le basta con exteriorizar su ánimo de reconocerse dueño de cualquiera manera. Así, se admite como prueba de la posesión los simples cerramientos (10), lo que equivale a autorizar al poseedor para que mantenga la tierra en estado de inexploración y abandono.

Dentro de este sistema—y del nuestro, en consecuencia—se llega a los mismos resultados que con la noción individualista del dominio. El poseedor, como el propietario, puede conservar su calidad de tal sin necesidad de prestar servicio alguno a la colectividad.

Naturalmente, en los países en donde se adelanta una reacción contra el concepto individualista de la propiedad, para darle una función social y exigirle que preste un servicio efectivo a la colectividad, se ha ido a una reevaluación del concepto de posesión.

(6) Gomís y Muñoz.— Ob. cit. T. II. Pág. 324.

(7) Sobre el origen y desarrollo de la «gewere», véase Calixto Valverde y Valverde: «Tratado de Derecho civil español». Tomo II. Parte Especial.—Derechos reales.— Nota 1 de la pág. 316.

(8) Frédéric Charles de Savigni: «Traité de la possession en droit romain».—Pág. 87 y siguientes.

(9) Planiol y Ripert: «Traité pratique de droit civil français».—Tomo III. N.º 143. Pág. 155.

(10) Art. 925 del Código civil chileno.

En este terreno encontramos al jurista alemán Rodolfo von Ihering, en sus dos estudios «De la voluntad en la posesión» y «Fundamentos de la protección posesoria». Para Ihering la posesión no es el poder físico sobre la cosa, sino la exterioridad de la propiedad, es decir, el estado normal externo de la cosa **bajo el cual cumple su destinación económica de servir a los hombres** (11).

El Código alemán aceptó el criterio de Ihering en cuanto considera la posesión como un hecho económico y reconoce como poseedor a todo el que ejerce un poder de hecho sobre la cosa, aunque reconozca dominio ajeno, como el usufructuario y arrendatario (Art. 854). Para el Código alemán es poseedor tanto el que posee la cosa a nombre de otro como el que lo hace para sí. Por eso acepta, también, que puedan existir dos poseedores de una misma cosa, uno que tenga la posesión inmediata y el otro la posesión mediata (Art. 868). Y aun puede suceder que el poseedor mediato posea a su vez a nombre de un tercero (Art. 871).

Admite también el Código alemán la noción de simple detentación subordinada, pero en un sentido estricto, cuando se limita al ejercicio de un acto de administración o representación por otro (Art. 855).

Una concepción parecida adopta el Código suizo (Art. 818 y 819), con la diferencia que éste ha suprimido totalmente la idea de simple detentación, de modo que en todo caso de relación de hecho se produce relación posesoria.

Como se ve, el Derecho moderno tiende a corregir el sistema clásico, asignándole a la posesión un valor en si misma y dándole un contenido económico social.

Los autores alemanes Enneccerus, Kipp y Wolff (12), observan que «el concepto de la posesión, tal como aparece en el derecho moderno, es esencialmente de origen germánico». La «gewere» del derecho medioeval alemán es, al igual que el hecho de la posesión en el derecho moderno, y por lo regular, un puro señorío de hecho sobre la cosa. El derecho alemán no distingue entre posesión jurídica y detentación; tiene también «gewere» el que carece de animus dominantis.

«Los nuevos derechos particulares, y siguiendo su ejemplo, el Código civil, han recusitado el concepto germánico de la posesión. Actualmente, todo señorío de hecho representa posesión de hecho. La posesión es transmisible inter-vivos y mortis causa. Se conoce una posesión de varios grados. Sólo en cuanto al concepto del señorío mismo se han desechado las fórmulas poco maduras del derecho medioeval alemán, substituyéndolas por una orientación derivada de la possessio romana, y dedicando mayor atención a las particularidades de cada caso singular».

El catedrático español José Castán, hablando sobre las nuevas orientaciones del Derecho civil (13), ha hecho resaltar la importancia que ha de tener la posesión en el Derecho civil del porvenir. Y en este sentido, mira con verdadera extrañeza la omisión del Código soviético del estudio de la posesión, institución que, en su concepto, «merecía granjear todas las simpatías de un legislador comunista» (14).

Citando a Cimbali, Castán hace ver que la posesión todavía no alcanza aquel grado de organización y aquel conjunto de garantías que deben rodearla como saludable correctivo de la propiedad y su causa constitutiva» (15).

En el desarrollo de su conferencia, Castán sostiene que los nuevos Códigos civiles que se dicten deberán robustecer los efectos jurídicos de la posesión, al mismo tiempo que habrá de construirse una teoría sencilla y simplificada de ella, sobre la base del llamado

(11) Rodolfo von Ihering: «Fundamentos de la protección posesoria». Versión española de A. Posada. Pág. 207.

(12) Enneccerus, Kipp y Wolff: «Tratado de Derecho civil», Vol. I. Posesión. Derecho Inmobiliario. Propiedad.—Pág. 22 y siguiente.

(13) José Castán Tobeñas: «Hacia un nuevo Derecho civil».—Conferencias.—Pág. 103.

(14) En igual sentido: Gomis y Muñoz. Ob. y T. citados. Pág. 335, quienes agregan que el legislador soviético sólo habla incidentalmente de la posesión cuando se refiere al modo de ejercitar la acción reivindicatoria, lo que estiman un contrasentido. Véase también Valverde. Ob. y T. citados. Pág. 815.

(15) Enrique Cimbali: «La nueva fase del Derecho civil».—Pág. 274.

sistema objetivo, «que tan indudable predominio ha alcanzado en la doctrina y en las legislaciones modernos» (16).

Nos parece interesante citar también la autorizada opinión del doctor Valverde (17), quien expresa que «examinando la corriente legislativa moderna representada por los preceptos expuestos en los Códigos más recientes, se observará que la teoría subjetiva ha quedado preterida y la substituye la teoría objetiva respecto a la adquisición de la posesión, pues la influencia doctrinal de Ihering ha sido tan enorme, que el Derecho Comparado actual ha recogido los principios desenvueltos por el ilustre jurisconsulto alemán, transportándolas a las leyes vigentes modernas. La doctrina de Ihering representa un paso gigante, una revolución saludable que ha cambiado totalmente el concepto clásico y tradicional de la posesión, y ha conseguido incorporarse en las legislaciones vigentes de los pueblos más adelantados».

«Si examinamos con escrupulosidad—dice Saleilles (18)—las últimas corrientes legislativas acerca de la teoría de la posesión, observaremos el triunfo definitivo, en la legislación y en el Derecho Comparado, del concepto objetivo que, merced al influjo de Ihering, prevaleció en el campo de la doctrina».

Con posterioridad a la obra de Saleilles (19), el triunfo de la teoría objetiva está confirmado por el Código suizo de 1907, el del Brasil de 1916 y el mexicano de 1928. Cabe también señalar aquí el Código civil del Perú, que ha sido profundamente influenciado por la doctrina de Ihering y basado esencialmente en el Código alemán. En efecto, en el Art. 824 dispone que «es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos». Nótese la similitud que existe en la redacción de este artículo con los correspondientes de los Códigos alemán (Art. 854) y brasileño (Art. 485) (20).

En los «Motivos del Código», Mensaje con que se acompañó el Código de México para su aprobación (21), se dice textualmente: «Se ensayó implantar la teoría objetiva de la posesión, llevándose más lejos de donde habían llegado los Códigos alemán y suizo. En el Proyecto no se exige para conceptuar poseedora a alguna persona el animus domini de la Escuela clásica, ni siquiera el animus possidendi de la Escuela de transición, aceptada por el Código japonés, sino que basta para adquirir la posesión que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa, en provecho del que la tiene, sin perjudicar a la colectividad, y por eso se reconoce como poseedores al arrendatario y a todos los que conforme a la antigua escuela poseían a nombre de otro. De acuerdo con el Proyecto, los llamados detentadores serán poseedores, porque hay que proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico en si mismo. La posesión es la consagración que el derecho hace de una si-

(16) José Castán.—Ibidem.

(17) Calixto Valverde y Valverde.—Ob. y Tomo cit. Pág. 311.

(18) Raymundo Saleilles: «La posesión de bienes muebles». Pág. 29.—Véase Claro Solar. Tomo VII.—Pág. 437.—N.º 811.—José Castán: «Derecho civil español común y foral». T. II. Pág. 35.

(19) Creemos oportuno hacer resaltar en esta oportunidad que el profesor Saleilles se aparta en su concepción de la teoría posesoria de los dos jurisconsultos que marcan rumbos sobre la materia: Savigni y Ihering.—Saleilles hace una especie de clasificación de las teorías posesorias y las reúne en tres grupos, a saber:

1.—La de Ihering, que funda la posesión en el vínculo de explotación económica. En ésta es poseedor todo el que detenta, salvo que se halle exceptuado expresamente por la ley.

2.—En el extremo opuesto, tenemos la teoría de Savigni, que es la dominante, la cual funda la posesión en la relación de apropiación jurídica, y para él no hay más poseedores que los que pretenden la propiedad, y

3.—Entre estas dos teorías puede colocarse, a modo de grado intermedio, la que él expone, que funda la posesión en la relación de apropiación económica, y que declara poseedor a todo aquel que en el orden de los hechos aparezca gozando independientemente y como a quien entre todos aquellos que mantienen relaciones de hecho con la cosa, debe considerárseles, con justo título, como dueños de hecho de la misma. Define la posesión diciendo que «es la efectividad consciente y querida de apropiación económica de las cosas».—Entre la teoría de Ihering y la que él propone ve divergencias radicales, que estudia minuciosamente en el Cap. XII de la obra citada. Pág. 327 y siguientes. Véase también Valverde. Ob. y T. cit. Pág. 310. Alas, de Buen y Ramos. Ob. cit. Pág. 152.

(20) Código del Perú.—Véase para esta legislación: Germán Aparicio y Gómez Sánchez: «Código civil. Concordancias».

(21) Publicación del Licenciado Manuel Andrade. «Código civil mexicano y Motivos del Código y leyes complementarias». 7.ª edición.—México. 1943.

tuación de hecho y no necesita averiguar desde el punto de vista puramente individualista, lo que quiere y piensa el beneficiario de esta situación de hecho, sino cómo afecta ella a la colectividad a la que aquél pertenece como miembro. Mas, según que el poseedor reconozca o no en otro el derecho de propiedad de lo poseído, producirá la posesión diferentes efectos, sobre todo en lo relativo a la prescripción».

De estos antecedentes, podemos deducir cuán inferesante es el estudio de la posesión en el moderno Código civil mexicano que, innovando en los antiguos moldes de las legislaciones inspiradas en el Código de Napoleón, se lanza hacia las nuevas orientaciones del Derecho que, en materia de posesión, han marcado los códigos más modernos, como son el alemán, el suizo y el brasileño.

Disentimos, por cierto, de la opinión del señor Renato Maturana (22) quien expresa en su Memoria de Prueba que el Código de México ha estudiado la posesión en forma desordenada, sin obedecer a un orden determinado ni a un sistema; que no ha clasificado la posesión y que no la ha estudiado como lo hace el Código chileno. Es verdad que allí se ha estudiado en forma diversa a la nuestra, pero, como veremos más adelante, el Código de México clasifica la posesión y nos trae nuevas categorías de posesiones, como la posesión útil, por ejemplo, que corresponde a aquel que hace producir la cosa, rodeándola de garantías y reconociéndole efectos jurídicos importantes, en atención al beneficio que con ella recibe la colectividad. Es verdad, también, que en el Capítulo que se destina a la posesión se nota la ausencia de muchas disposiciones que los Códigos han estudiado tradicionalmente al referirse a la posesión; esto se explica porque el legislador mexicano las ha ubicado en otras partes del Código donde estima que corresponde estudiarlas; muchas de ellas, en los principios generales del Código; otras, al tratar del dominio y otras, en fin, al referirse a la prescripción. Esto lo ha hecho, sin duda, con el objeto de evitar repeticiones inútiles.

El Código civil mexicano fué publicado en el Diario Oficial de México desde el 26 de Mayo al 31 de Agosto de 1928, y empezó a regir, por disposición del Ejecutivo Federal, cumpliendo la disposición del Art. 1.º transitorio, el 30 de Octubre de 1932. Existe una edición del Licenciado Manuel Andrade, en que se contiene el texto del Código, con ligeras concordancias y referencias, el Mensaje y algunas leyes complementarias.

* * *

(22) Renato Maturana Lagos: "Breve comparación de los Códigos civiles de México y Chile". Memoria de Prueba.—Pág. 46.

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION

2.—**DEFINICION.**— El Código civil mexicano no define la posesión. En el Art. 790 se limita a dar un concepto de lo que se entiende por poseedor: «Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el Art. 793. Posee un derecho el que goza de él». La excepción a esta regla es la indicada en el Art. 793, que dice: «Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la tiene en provecho de éste, en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor».

Por otra parte, el Mensaje con que se acompañó el Código para su aprobación, dice: «Basta para adquirir la posesión que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa, en provecho del que la tiene, sin perjudicar a la colectividad».

La disposición del Art. 790, que hemos transcrito, es muy semejante a la que se contiene en el Art. 854 inc. 1.º del Código alemán, que dice: «La posesión de una cosa se adquiere obteniendo un poder de hecho sobre ella». Y es semejante también a la contenida en el Art. 919 del Código civil suizo, que dice: «Aquel que tiene el señorío efectivo de la cosa, tiene la posesión de ella». El Código del Brasil, por su parte, dice en el Art. 485: «Considérase poseedor todo aquel que tiene de hecho el ejercicio, pleno o no, de alguno de los poderes inherentes al dominio o propiedad». (23)

«Se ensayó implantar—dice el Mensaje—la teoría objetiva de la posesión, llevándose más lejos de donde habían llegado los Códigos alemán y suizo».

Castán—haciendo un comentario breve del Código mexicano—dice: «Recoge el legislador mexicano las inspiraciones de von Ihering, consagradas por los Códigos más modernos y prestigiosos (entre ellos el alemán, el suizo y el brasileño)» (24).

El Código en estudio se decide, pues, por la fórmula que se ha dado en llamar objetiva, inspirada en la crítica hecha por Ihering a la doctrina de Savigni, contenida en sus obras «Fundamentos de la protección posesoria» y «La voluntad en la posesión», crítica que tiende a relacionar el concepto de la posesión con el elemento económico, de modo que el llamado «poder de hecho», de que nos habla el Art. 790, es la relación entre la persona y la cosa tal como lo ordena el fin para que ésta se utiliza desde el punto de vista económico.

(23) Recuérdesse lo que dijimos sobre el Código peruano. Véase Pág. 10 de éste trabajo.

(24) José Castán. «El nuevo Código civil mexicano». Estudio publicado en la Revista de Derecho Privado (España) N.º 189. Año XIII.— Pág. 194.

Haciendo el estudio de la posesión en el Derecho alemán, Saleilles (25) dice que para esta legislación «poseer es asignar económicamente las cosas para el cumplimiento de nuestro fin individual». Expresiones que son valederas también para el Código de México, cuya fuente primera es el Derecho alemán.

Explica Loewenwarter (26) que esta potestad o poder de hecho no corresponde a la noción de detención de la cosa con un simple contacto corporal, sino que representa un poder real sobre la cosa, mirado desde el punto de vista de la utilización de la cosa en nombre propio.

«Savigni—agrega—tomó como punto de partida la mera detención, que, acompañada del ánimo de dueño constituye la posesión, en tanto que Ihering tomó como punto de partida la institución especial de la posesión que, a falta de ejercicio a nombre propio desciende a la mera detención».

La falta de una definición de la posesión en el Código mexicano contrasta con nuestro Código, ya que éste da una definición precisa y clara de ella en el Art. 700, cuando dice: «La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él», definición que Claro Solar (27) estima evidentemente defectuosa por hacer depender la posesión, o sea la naturaleza de la relación posesoria, del ánimo de señor o dueño del tenedor, que es una condición interna imposible de determinar exteriormente.

3.—POSESION ORIGINARIA Y POSESION DERIVADA

El Art. 791 del Código mexicano expresa: «Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria, el otro, una posesión derivada».

Angel Ossorio (28) estima que esta distinción de posesión originaria y derivada es meramente verbalista. Para él «poseer es tener. Lo que haya detrás de la tenencia serán otros fenómenos ajenos y superiores a la mera posesión». Para él es ociosa la sutileza de distinguir al tenedor del poseedor. El poseedor lo es porque tiene la cosa en su mano. El tenedor la tiene porque la posee. Si no se respeta plenamente el simple hecho posesorio, todo este fenómeno jurídico será una fuente de confusiones.

De la disposición del Art. 791 que transcribimos más arriba, podemos deducir que en el Código mexicano se distingue entre lo que se llama posesión originaria, por una parte, y posesión derivada, por otra, conceptos que difieren de nuestra terminología jurídica, pues, como veremos más adelante, considera poseedores derivados a aquellos que nuestro derecho califica de meros tenedores.

Entiéndese por posesión originaria la que se ejerce a título de propietario cuando la tenencia de la cosa se halla en manos de otro en virtud de un acto jurídico celebrado con aquél, como sucede en el caso del usufructo, del arrendamiento y del depósito. También debe ser considerada como tal, con mayor razón, la posesión en concepto de dueño que se presenta cuando el propietario es quien tiene bajo su poder la cosa objeto de la relación de dominio. «La posesión inmediata (que corresponde a la originaria del Derecho mexicano) nace mediante la obtención del señorío de hecho (adquisición originaria)» (29).

Posesión derivada es la que corresponde a aquellos que tienen la cosa en virtud del acto jurídico celebrado con el propietario de ella, de donde ha nacido el derecho de retener

(25) R. Saleilles.—Estudio de la posesión en el Derecho alemán, Pág. 344 y siguientes.

(26) Victor Loewenwarter.—“Derecho civil alemán”. Tomo II. De los derechos reales sobre los bienes. Pág. 9. Véase también Ihering: “La voluntad en la posesión”. Pág. 85 y siguientes.

(27) Luis Claro Solar: “Derecho civil chileno y comparado”. Tomo VII. Pág. 449.

(28) Angel Ossorio y Gallardo: “Anteproyecto del Código civil boliviano”. Pág. 273 y sigts.

(29) Ennocerus, Kipp y Wolff.—Ob. y T. cit. Pág. 55.

temporalmente la cosa en su poder. Tiene siempre por base un negocio jurídico: usufructo, arrendamiento, prenda, depósito u otro título análogo.

El Código mexicano, consecuente con la doctrina adoptada, ve un poseedor en todo aquel que ejerce actualmente un poder de hecho independiente y personal sobre la cosa, sin importar que el poseedor tenga sobre la cosa un derecho de propiedad u otro derecho cualquiera; da nacimiento así a la posesión derivada, que es como una especie de prolongación de la posesión del propietario en manos de un tercero que, reconociendo el derecho de propiedad del dueño, se comporta como un poseedor en virtud del acto jurídico que ha celebrado con el dueño de la cosa.

4.— POSESION DERIVADA.— CARACTERES

Todo aquel que detenta la cosa temporalmente en razón de la obligación particular que tiene para con el dueño de ella, es un verdadero poseedor, en concepto del Art. 791, y como tal está autorizado para defender su posesión por los diversos medios que la ley le franquea, exactamente como lo haría el que está en posesión originaria de la cosa. Así el Art. 803, dice: «Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho a poseer». Sólo cuando el poseedor derivado no pudiere o no quisiere recobrarla, podrá el poseedor originario pedir que se le dé la posesión a él mismo (Art. 792).

Con esto vemos que el Código en estudio ha ampliado la protección posesoria, ya que toma como norma el respeto a la situación en que el hombre se halla frente a las cosas, independiente de la relación jurídica en que éste pueda encontrarse a su respecto. Y va en auxilio de todo aquel que en un momento dado se halla ejerciendo sobre la cosa un poder de hecho, un poder efectivo, sin entrar a averiguar los motivos internos que tenga para ejercer esta potestad, ya que supone o presume que quien así procede lo hace porque tiene realmente derecho a ello. Y le concede la protección posesoria.

En el caso de que exista un derecho que sea superior al del poseedor, el titular debe ejercerlo por las vías legales, pero no le es dado alterar la situación de hecho existente, ni menos hacerse justicia por sí mismo. Esto es lo que fluye de la lectura del primer inciso del Art. 803 (30).

Caracterizando también esta posesión derivada, debemos decir que se le ha negado uno de los efectos propios de la posesión, el de conducir a la prescripción adquisitiva del dominio de la cosa. En efecto, el Art. 826 dispone que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto del dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción». El Art. 1151 refuerza este principio en cuanto dice que la posesión necesaria para prescribir debe ser: «1.º En concepto de propietario».

A esto debemos agregar las disposiciones del Art. 1139 que, refiriéndose al cambio de causa de la posesión, dice: «Para los efectos de los Arts. 826 y 827, se dice legalmente cambiada la causa de la posesión cuando el poseedor que no poseía a título de dueño comienza a poseer con este carácter, y en tal caso la prescripción no corre sino desde el día en que se haya cambiado la causa de la posesión».

5.—LA MERA TENENCIA Y LA POSESION DERIVADA

Según el Art. 714 del Código civil chileno, «se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño». De ahí podemos decir que, en términos generales, es mero tenedor todo aquel que tiene en su poder una cosa reconociendo dominio ajeno; éste no tiene ánimo de señor o dueño. Esta distinción es, en nuestro Código, absoluta; concepto que se halla aún más precisado en el Mensaje con que se presentó el Código civil chileno para su aprobación. Allí se dice: «El que a nombre ajeno

(30) Según expresa declaración del Mensaje, no se concedió a la posesión el procedimiento de la defensa privada que otros Códigos le conceden, «por no chocar con un precepto constitucional». (Art. 17 Const.)

posee no es más que un representante del verdadero poseedor, ni inviste más que la simple tenencia. Las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él (en el Código): la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno.

Tan amplia concepción de mera tenencia arranca de la doctrina misma seguida por nuestro Código que atiende, como elemento distintivo entre posesión y tenencia, a la intención con que se detenta la cosa: si esa intención es en el sentido de tener la cosa con ánimo de señor o dueño, se tiene la posesión; si, por el contrario, esa intención se orienta en el sentido de reconocer en otra persona el dominio, estamos en el terreno de la mera tenencia.

El Art. 714, que hace la distinción, da una norma general en su último inciso, diciendo que «lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno». Y en su inciso 1.º da como ejemplos de meros tenedores al acreedor prendario, al secuestre, al usufructuario, al usuario, al que tiene el derecho de habitación, cuyo derecho real les pertenece.

Sin contar al secuestre (depositario de una cosa que se disputan dos o más individuos y que debe restituirla al que obtenga una decisión en su favor, Art. 2249), todos los demás tienen un derecho real en la cosa cuya tenencia ejercen para hacer efectivo el goce de su derecho; no están en posesión de la cosa, ni invisten en ninguna forma el carácter de titulares del derecho de dominio; poseen sólo el derecho en cuya virtud ejercen la tenencia, que por ser real, es susceptible de posesión (Art. 715 en relación con los Arts. 576 y 577 del Código civil chileno). Gozan de la tenencia de la cosa en virtud del derecho real y en lugar del propietario, el cual debe reconocerles su derecho como una limitación de su dominio.

Sin dudá que tanto el usufructuario, como los demás que ejercen un derecho real sobre la cosa, no tienen intención de tener la cosa con ánimo de dueño, pero están en posesión de su derecho real, que ejercitan mediante la tenencia de la cosa. En realidad, tienen la posesión de su derecho y la tenencia de la cosa para poder ejercerlo y, para su defensa, la ley les presta la protección adecuada, la acciones posesorias, dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aún contra el mismo propietario (Art. 916 y 922), siempre que se trate de derechos reales inmuebles.

Para el Código mexicano, en cambio, siempre que existe un poder de hecho sobre una cosa, hay posesión. Excepcionalmente no la hay en el caso del Art. 793, que estudiaremos más adelante.

De lo expuesto resulta que el concepto de mera tenencia de nuestro Código es más amplio que el de posesión derivada del derecho mexicano. Esta supone la tenencia de la cosa en ejercicio de un derecho. Aquella comprende cualquier caso en que una persona detenta una cosa reconociendo dominio ajeno, con derecho o sin estar facultado para esa detentación. La figura cobra mayor interés en los casos de posesión derivada en ejercicio de un derecho real en la cosa. En tal evento, nuestro legislador distingue la situación del titular respecto del derecho y respecto de la cosa en que se ejerce. En lo primero, el titular es poseedor de su derecho y está amparado por las acciones correspondientes, aún las posesorias si concurren las demás condiciones prescritas en la ley. Tocante a la cosa, el titular es mero tenedor. La ventaja del sistema mexicano se presenta, pues, cuando el mero tenedor de nuestro Código no está amparado por las acciones posesorias, ya que el poseedor derivado siempre puede intentarlas.

He ahí, entonces, la diferencia entre posesión derivada y mera tenencia; esta última comprende a todo aquel que tiene una cosa en su poder reconociendo dominio ajeno y tiene protección legal en la medida en que le esté el derecho que ejerza en la cosa, si alguno tiene; el poseedor derivado tiene en cambio, la posesión de la cosa y, consiguientemente, está amparado en su goce por las acciones posesorias, sin perjuicio de las que amparen el derecho en cuyo ejercicio detenta la cosa.

6.—LA MERA TENENCIA DEL ART. 793; ESTUDIO DE LAS CONDICIONES QUE DEBEN CONCURRIR PARA ESE CASO

Dispone el Art. 793: «Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario

de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste, en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor».

Según este artículo, el que tiene materialmente la cosa en razón de la dependencia personal con el propietario, cuyas órdenes e instrucciones debe cumplir, no ejerce sobre la cosa un poder de hecho propio, sino el poder de hecho del propietario.

En este caso, el contacto material con la cosa—la relación de hecho—no importa, en realidad, una iniciativa personal del que detenta la cosa, sino que más bien es el medio como se ejercita la posesión de otro; el tenedor es un instrumento de posesión ajena. Es lo que se ha llamado un servidor de posesión, por oposición a mediador de posesión (poseedor inmediato). Como dice Planck—citado por Bibiloni (31)—«servidor de la posesión es el que relativamente a una cosa, no ejerce, en virtud de su dependencia de otro, un poder que le compete, sino que usa del poder que le corresponde a ese otro, según el concepto corriente de las relaciones de negocios. La medida decisiva para la determinación de esta situación es, pues, también aquí la opinión general en las relaciones económicas». Saleilles (32) dice que en este caso «se trata de posesiones subordinadas que se ejercitan en plena dependencia y subordinación social, que no merecen el nombre de posesión, porque los que la ejercen no tienen interés alguno en ella; como dice Bekker, están al servicio de la posesión de otro, son instrumentos mecánicos de posesión, *Besitzdiener* y no poseedores».

Es este un caso en que nosotros diríamos, mirando la cuestión a través de nuestros principios de Derecho, que hay mera tenencia. Pero un caso de mera tenencia muy restringido.

Para que exista esta mera tenencia, es menester, de acuerdo con el artículo que la singulariza, que concurren algunos requisitos. Ellos serían:

1.º—Que la persona que detenta la cosa, que la tiene materialmente, se halle en una situación de dependencia frente al propietario de ella. Es el caso del inquilino, del mandatario.

2.º—Que la cosa la tenga en provecho de su propietario, es decir, destinada a servir los intereses económicos de éste.

3.º—Que el que detenta materialmente la cosa, para servir los intereses del propietario, se conforme en su gestión a las órdenes e instrucciones que del propietario ha recibido; y

4.º—Que esta detentación material en provecho del propietario se demuestre, es decir, que sea visible, que a la vista de todos aparezca que aquel que se encuentra en la tenencia de la cosa es sólo un instrumento de la posesión del propietario; que no haya en la relación de hecho una iniciativa personal de parte del detentador, ya que aquél es sólo un medio de ejercitar y realizar la posesión de otro.

Reunidos estos requisitos, estamos en presencia de un caso en que se excluye la posesión en la persona que se halla en relación con la cosa.

La característica de este mero tenedor es que el dueño, puede, a su arbitrio, quitar el poder de hecho al que lo ejerce.

7.—CONCEPTO DE LA POSESION EN EL CODIGO CIVIL MEXICANO

Con los antecedentes expuestos puede afirmarse que el Código de México ha seguido las orientaciones de la teoría objetiva de la posesión.

En efecto, toda vez que se ejerza un poder de hecho sobre la cosa se tiene posesión. Toda relación posesoria constituye una posesión propiamente dicha, mientras no se establezca que la ley pone obstáculo a que el efecto de la posesión se produzca, o sea, mientras no se pruebe una causa *detentionis*, establecida en la ley. Los artículos 790 y 791, corroboran este aserto. Según el primero «es poseedor el que ejerce sobre la cosa un poder de hecho». El segundo dispone que cuando se detenta la cosa temporalmente en virtud de un acto jurídico celebrado con el propietario, se tiene siempre posesión (en este caso, derivada).

Es poseedor el que ejerce la potestad de hecho, sin consideración a si tiene sobre la cosa un derecho de propiedad u otro derecho cualquiera, o que se considere como titular de un derecho o que no tenga derecho alguno. El ladrón mismo posee. De aquí fluye que

(31) Juan Ant. Bibiloni. Ob. y T. cit. Pág. 50.

(32) Raymundo Saleilles: «La posesión, Elementos que la constituyen y su sistema en el Código civil del Imperio alemán».—Pág. 353.

no tiene importancia que el poder de hecho del poseedor derive de un derecho real, propiedad, usufructo, servidumbre, etc., o de un derecho personal, como el que origina la celebración de un contrato de arrendamiento, por ejemplo.

La potestad de hecho y la posibilidad de su utilización resultan tanto del hecho de tener la cosa bajo el poder absoluto en la detentación efectiva o en la conservación por el poseedor, como en el hecho de prestarla, darla en comodato, arrendarla, etc., actos todos que no hacen perder la potestad sobre la cosa, sino que, al contrario, importan su ejercicio. De ello se sigue que la posesión no se pierde o no se extingue por el hecho que el poseedor transfiera a otro un derecho real o personal restringido sobre la cosa: en todo caso la posesión es ejercida por el propietario y por el titular del derecho, y la prolongación de la posesión del dueño aparece también en el hecho de reconocer el titular del derecho restringido el derecho de propiedad del dueño.

El poseedor que es también propietario es llamado poseedor originario y aquel que posee en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario o con otro título análogo, es un poseedor derivado (Art. 791) Frente a nuestro Derecho, el Código de México aparece orientado hacia las tendencias más modernas en materia de posesión. En efecto, los Códigos promulgados en los últimos tiempos, como el alemán, el suizo, el brasileño, el peruano, etc., han abandonado la noción restringida de la posesión; en ellos ya no se habla más de *animus domini* como un requisito indispensable de demostrar para reputar a una persona en posesión de una cosa. Resultado de ello es que se ha ampliado la noción de posesión, dándole un valor en sí misma, ya que no se hace depender del ánimo de señor o dueño del tenedor, que es una condición interna imposible de determinar exteriormente.

8.—EXCLUSION DEL ANIMO

¿Qué es el ánimo? Siguiendo las explicaciones del profesor Stitckin (33), podemos decir que «este elemento de la posesión consiste en ejercer el derecho o en utilizar la cosa en beneficio propio (incorporar la cosa en el patrimonio del que tiene la aprehensión física). Siguiendo la teoría del Código civil chileno, es necesario que se tenga ánimo de que la cosa se posea para sí, no reconociendo dominio ajeno (Arts. 714, 925 y 2502 N.º 2.º)».

Hemos dicho ya que el Código mexicano no ha dado una definición de la posesión. Sin embargo, atendiendo a lo que dispone en su Art. 790 y de lo que hemos dicho en el Número anterior, tratando de dar un concepto de la institución en la legislación mexicana, podemos ver claramente que se ha excluido el ánimo como elemento constitutivo de ella.

«Si se ha privado a la posesión de todo concepto subjetivo individual; si se le ha arrebatado el factor de voluntad psicológica en el que posee, no ha sido para crear un estado puramente de fuerza, sin relación alguna moral con la totalidad de la vida colectiva; lo que se ha hecho es substituir la voluntad individual del interesado con la voluntad, o por lo menos con la conciencia en cierto modo latente, de la colectividad ambiente. Es poseedor aquel que mantiene con la cosa una relación tal, que, según la costumbre y la opinión públicas, debe respetársele en la apropiación de su actividad para utilizar y beneficiarse de la cosa.

«Detentar no es más aún que ejercitar un poderío material: asir; poseer es el disfrute normal con que un miembro del organismo social debe gozar de las obras conforme a su destino. Detentar, por consiguiente, es ejercitar un poder material, pero no una incorporación económica. Poseer es asignar económicamente las cosas para el cumplimiento de nuestro fin individual.

«El concepto económico de la posesión ha venido a substituir al concepto jurídico. La posesión es la apropiación económica de las cosas sin relación alguna con la posible existencia de un derecho sobre la cosa» (34).

(33) David Stitckin Branover.—Curso de Derecho civil profundizado y comparado, dictado en la Universidad de Concepción en 1946: "Posesión y Prescripción". Apuntes de clase.

(34) Raymundo Salelles. Ob. cit. Pág. 344 y siguientes.

Según Saleilles (35), la innovación más importante que trae el Código civil alemán en materia de teoría posesoria consiste en haber prescindido por completo de todo elemento subjetivo respecto a la adquisición de la posesión.

Como lo dice el Mensaje, el legislador mexicano ha seguido de cerca la teoría posesoria implantada en el Código alemán. Teniendo presente estos antecedentes, creemos oportuno oír lo que dice Cornil, cuando estudia el Derecho alemán en esta parte (36): «El Art. 854 del Código civil alemán proclama que la posesión de una cosa se adquiere por la obtención del poder de hecho sobre la cosa.

«Deliberadamente omite aquí el legislador alemán toda alusión a un elemento intencional o voluntario en la posesión, *animus possidendi* o *affectio tenendi*. Guardando así silencio sobre el elemento intencional subjetivo de la posesión, se ha objetivado la noción de la posesión, se dice en Alemania.

«De que la definición de la posesión no contenga ninguna alusión a la existencia de un elemento subjetivo cualquiera que sea ¿habrá que deducir que el Código alemán haría abstracción completa de todo elemento intención o voluntario en la posesión? Esta sería seguramente la teoría más objetiva que sea posible imaginar, pues llevaría el objetivismo hasta absorber en la posesión aquella especie de relación exterior que Ihering ha llamado tan justamente la relación de simple yuxtaposición local. Se reconocerá sin dificultad que habría en esto una exageración manifiesta: sería evidentemente chocar de frente con las ideas corrientes dar el nombre de posesión a una relación exterior establecida en una persona fuera de su voluntad.

«La fórmula del Art. 854 no ha suprimido la cuestión del rol de la voluntad en la posesión, sino que ha modificado únicamente la solución.

Más adelante—citando a Ihering—agrega que «en realidad, el corpus y el animus guardan entre sí una relación tal que el uno no podrá existir sin el otro: el corpus es el hecho de la voluntad, y el animus no existe sino en cuanto se realiza el corpus.

«Si, pues, los redactores del Código alemán han organizado la conspiración del silencio alrededor del *animus possidendi*, es seguramente porque han querido por lo menos colocarse en el terreno de Ihering, y considerar la voluntad del poseedor, no como un elemento constitutivo de la posesión que tendría por sí mismo una existencia propia y autónoma, sino solamente como un elemento implícito que se desprende de la relación exterior o poder de hecho en que se encuentra realizado.

Más adelante agrega: «El nuevo Código civil alemán ha dado un paso más en la vía del objetivismo, en el sentido de que no se preocupa de averiguar si el poder de hecho corresponde o no a una voluntad subjetiva: basta que las circunstancias en que se ha establecido el poder de hecho le den el aspecto de un poder establecido voluntariamente: basta que la voluntad se deduzca objetivamente de la situación de hecho establecida, sin que haya que averiguar si esta voluntad deducida objetivamente coincide o no con una voluntad subjetiva.

«En el Derecho alemán la circunstancia de hecho basta para adquirir la posesión; mientras que en Derecho romano la situación de hecho que presenta la apariencia o el aspecto exterior de una situación establecida voluntariamente, no podrá constituir una relación posesoria, sino cuando esta apariencia corresponda realmente a la voluntad subjetiva de aquel bajo cuya custodia ha entrado la cosa. Sin duda el Derecho romano no tomaba en cuenta una voluntad subjetiva que se hallara en contradicción con la voluntad que se deduce objetivamente de los hechos exteriores o de la actitud tomada por el poseedor; pero todavía era preciso que, tras una situación de hecho que apareciera objetivamente como querida, hubiera realmente una voluntad subjetiva. Es esta influencia de la voluntad subjetiva la que ha eliminado el Código alemán: para él desde el momento que una situación de hecho tiene la apariencia exterior u objetiva de una situación querida, hay posesión sin que pueda todavía alegarse que esta situación no procedería, en la especie, de la voluntad

(35) Saleilles.—Ibidem.

(36) George Cornil: «La voluntad de poseer y la distinción entre posesión y la detención en el Derecho alemán».—Artículo aparecido en la Revista de Derecho y Jurisprudencia.—Sección Derecho.—Tomo IV.—Año 1906 - 1907.—Pág. 145.

subjetiva del que se encuentra colocado en ella. El Código alemán no ha hecho tabla rasa del elemento intencional o voluntario de la posesión, pero en vez de considerar ese elemento intencional a la vez subjetivamente en la persona del poseedor y objetivamente en la relación de hecho establecida, se limita a considerarlo objetivamente en las circunstancias exteriores que han dado origen a la posesión.

«Así, en derecho alemán, cuando se llevan árboles a mi jardín, o se envían mercaderías a mi almacén, o se echan cartas a mi buzón, adquiero la posesión, aun cuando todas esas cosas hayan llegado a quedar bajo mi guarda sin mi conocimiento, o aun contra mi voluntad, pues la voluntad subjetiva del poseedor es indiferente: basta que las circunstancias exteriores hagan aparecer el poder de hecho como voluntariamente establecido.

«Por el contrario, si el sombrero de un transeunte es arrebatado por el viento y cae en mis terrenos, no adquiero la posesión, aunque el sombrero haya llegado así a quedar bajo mi guarda, como los árboles llevados a mi jardín o las mercaderías enviadas a mis almacenes o las cartas echadas a mi buzón. La razón por que no debe reconocerse la posesión al poseedor del terreno, no es la falta de voluntad subjetiva del poseedor, porque, aún cuando existiera esa voluntad, no poseería sin embargo el sombrero mientras lo dejara abandonado en el sitio a donde lo llevó el viento. Si no debe reconocérsele la posesión del sombrero, es únicamente porque las circunstancias exteriores en que se ha establecido la relación de hecho no le dan el aspecto de una relación establecida voluntariamente».

Conclusiones estas que, a nuestro juicio, son perfectamente aplicables al Código mexicano, desde que este Código ha hecho una adaptación del sistema posesorio del Código alemán, tanto porque así se deja ver en el articulado del Código, como por la declaración expresa que en este sentido se ha hecho en el Mensaje, tantas veces citado.

9.— TEORIA DE IHERING (37)

Rodolfo von Ihering, el célebre jurista alemán, ha formulado su teoría sobre la posesión, que el denomina objetiva, como un ataque a la teoría clásica del *animus domini*, cuyo principal expositor fué Savigni (38).

Según esa doctrina, la posesión consiste en el ejercicio de un poder de hecho sobre las cosas, conforme a su destino natural.

Esto no quiere decir que Ihering deseche por completo un elemento intencional en la relación posesoria, ya que sin intención tendríamos un simple hecho material de la relación entre una persona y una cosa, pero nunca posesión. Lo que ocurre es que ese elemento intencional no es distinto o independiente del elemento corporal, sino que se encuentra íntimamente unido a él. Es decir, para constituir la posesión le basta a Ihering la relación corporal del hombre con la cosa acompañada de la intención de persistir en esa relación.

Buscando la diferencia entre la posesión y la tenencia, la teoría objetiva parte de la base de que toda relación entre la cosa y el hombre que usa de ella, implica posesión, a menos que una disposición expresa de la ley establezca que hay solamente detención. Ha rehusado, entonces, buscar la diferencia en el *animus domini* o *animus rem sibi habendi* de la teoría clásica (39).

Cuando las dos condiciones que en general se requieren para la existencia de la posesión, esto es, el *corpus* y el *animus*, concurren, se tiene **siempre** posesión, a menos que una disposición legal prescriba excepcionalmente que sólo hay simple tenencia (40).

Al que sostiene la existencia de semejante fundamento de exclusión de la posesión, compete probarla. Para demostrar que hay posesión basta mostrar la existencia exterior de la relación posesoria (el *corpus*) que, como tal, implica el *animus*, incumbiendo al adversa-

(37) Además de las obras citadas de Ihering, cabe mencionar la obra de Saleilles que ha hecho un estudio comparativo de ambas doctrinas, con abundante bibliografía: "La posesión, elementos que la constituyen, y su sistema en el Código civil del Imperio alemán".

(38) Ihering: "La voluntad en la posesión" y "Fundamentos de la protección posesoria".

(39) Véase Raymundo M. Salvat.—"Tratado de Derecho civil argentino". Derechos reales. Pág. 24. N.º 38.

(40) Ihering.—Ob. cit. Pág. 268.

rio mostrar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión: si se trata de tenencia absoluta, la circunstancia de que la cosa no es susceptible de ser poseída, y si se trata de tenencia relativa, la existencia de una de las *causae detentionis*, tan conocidas en el Derecho romano (41). Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa. El demandante no necesita sostener la existencia de la voluntad jurídica de poseer, y su adversario no puede sostener la no existencia.

Ihering, refiriéndose a la teoría subjetiva, dice que ella descompone la relación posesoria en dos elementos, el *corpus* y el *animus*, entendiendo por el primero, la mera relación de lugar con la cosa, y por el segundo, el acto por el cual la voluntad se aprovecha de esa relación y hace de ella una relación de posesión (42). Colocándose de este modo el *corpus* y el *animus* en una sola y misma posición, como dos elementos completamente independientes, se corre el riesgo de caer en el error de creer que el *corpus* sería posible sin el ánimo, al modo como el ánimo es posible sin el *corpus*. De acuerdo con esta concepción que se critica, «estos dos elementos son tan distintos que pueden vivir independientemente y aun subsistir uno y desaparecer el otro. Esto equivaldría a que el *corpus* fuese sólo una relación de hecho sin mezcla alguna de elemento intencional, y que el *animus* fuese un acto de voluntad, en estado puramente intelectual, que pudiese existir de un modo independiente del estado de hecho creado por el *corpus*» (43).

De esta manera, la mera relación de lugar adquiere la importancia de un factor que precede al *animus*, que le prepara el lecho, en el cual aquél no tiene más que acostarse. En realidad, el *corpus* no puede existir sin el *animus*, como el *animus* tampoco puede existir sin el *corpus*. Ambos nacen al mismo tiempo por la incorporación de la voluntad en la relación con la cosa. La posesión no es, pues, la simple reunión del *corpus* y del *animus*, lo que implicaría para cada una de estas dos condiciones una existencia previa, sino que el *corpus* es el hecho de la voluntad; no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de pronunciada. El *corpus* y el *animus* son entre sí como la palabra y el pensamiento. En la palabra toma cuerpo el pensamiento, hasta entonces puramente interno; en el *corpus* toma cuerpo la voluntad, hasta aquel momento puramente interior; ninguno de los dos existía antes de entonces para la percepción. La relación de lugar no tiene otra importancia que la de ser la condición indispensable de la realización de la voluntad de poseer; pero no se convierte en *corpus*, sino desde que la voluntad le imprime el sello de la relación posesoria (44).

Para Ihering, los dos elementos de que según la opinión tradicional se compone la posesión, el *corpus* y el *animus*, no son independientes. El *animus* es el propósito de servirse de la cosa para sus necesidades, y el *corpus*, la exteriorización de este propósito. El *corpus* no puede darse sin el *animus*, porque no es una simple relación material con la cosa, sino la manifestación de una voluntad. En el hecho de la detentación hay ya una voluntad, un *animus*. No puede, por lo tanto, hacerse distinción, desde este punto de vista, entre posesión y detentación, tal como lo hacía la teoría subjetiva (45).

Cualquiera que sea la definición que demos del *corpus*—dice Saleilles (46)—lo cierto es que éste comprende necesariamente un acto de voluntad. Considerado el *corpus* como una toma material de posesión, o como Savigni quería, como una simple posibilidad de apoderarnos de la cosa, es indiscutible que siempre nos referimos a un acto especificado por la intención de su autor. Es necesario, por lo menos, haber querido apoderarse de la cosa y dominarla; en otros términos, el *corpus* no consiste en una situación pasiva, sino que supone un acto, el cual, como todos, es consecuencia de una voluntad.

Vemos, pues, que tanto la teoría objetiva como la subjetiva de Savigni, aceptan,

(41) Tenencia absoluta existe cuando la relación de tenencia significa que no hay posesión de una manera absoluta. Tal ocurre con el D. romano, en el caso de la relación posesoria, de las *res extra commercium*. Tenencia relativa, cuando no se niega la existencia de la posesión sino tan sólo en la persona del tenedor: la *detentio aliene nomine*.—Ihering. Ob. cit. Pág. 264.

(42) Ihering.—Ob. cit. Pág. 291.

(43) Saleilles: «La posesión, elementos que la constituyen, etc.» Pág. 6.

(44) Ihering.—Ob. cit. Pág. 291.

(45) Alas, De Buen y Ramos.—Usucapión.—Pág. 151.

(46) Saleilles.—Ob. cit. Pág. 7.

para que exista la posesión, que junto al hecho material de la simple detentación, concurra o se agregue un elemento psicológico, cual es la voluntad de poseer. Pero, al paso que en la teoría subjetiva se exige el *animus domini* o *animus rem sibi habendi*, en la objetiva sólo se requiere que la ley no deniegue la existencia de la posesión, disponiendo que sólo habrá detentación. En ambas teorías se requiere la voluntad de poseer (*corpus* y *animus*), pero en la subjetiva debe agregarse a ella el elemento *animus domini*, para pasar de la detentación a la posesión; en la teoría de Ihering, la posesión existe con independencia de la voluntad del que detenta la cosa y sólo cuando aparece la disposición legal que le establezca, la posesión se transforma en detentación (47).

Para Savigni (48), la posesión consiste en la posibilidad física de obrar inmediatamente sobre la cosa y de apartar de ella toda acción extraña.

Para que nazca la posesión, según el sistema de Savigni, es necesario, como dice Saleilles (49): 1.º la disponibilidad de la cosa; 2.º la posibilidad directa e inmediata de someterla a su poder físico; 3.º la posibilidad de excluir toda intromisión de extraños.

En resumen, para este jurisconsulto, el *corpus* no es el poder material sobre la cosa, sino el que ésta se halle colocada bajo la guarda del poseedor, bajo la custodia del poseedor, puesto que estando así, la tenemos en nuestro poder y la podemos excluir de la aprehensión de los demás.

Expresa Valverde que esta razón de custodia la extienden algunos autores no sólo al radio de la casa, sino a cuanto se halle bajo la vigilancia del poseedor, como en los jardines—corrales, y algunos como Randa, la extienden a las mercaderías que se encuentran a la puerta de la casa del poseedor (50).

Ihering no acepta la concepción de Savigni. Criticándola, sostiene que para él «la posesión es la exterioridad de la propiedad y por exterioridad de la propiedad entiende el estado normal externo de la cosa, bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Este estado toma, según la diversidad de las cosas, un aspecto exterior diferente; para las unas se confunde con la detención o posesión física de las cosas; para las otras, no» (51).

El pensamiento capital dominante del concepto de posesión para Ihering es que ésta no es más que un medio para proteger la propiedad, de suerte que debe existir donde la propiedad se pone al descubierto mediante su ejercicio externo; en una palabra, que la posesión es el aspecto externo de la propiedad.

De esto se deduce que el aspecto material de la posesión es el conjunto de actos o estados de hecho, mediante los cuales se manifiesta el derecho de propiedad con relación a la cosa que constituye el objeto de este derecho.

Puede—como dice Saleilles—aceptarse otra definición: el elemento material de la posesión se concreta en el hecho de conducirse como lo haría el propietario (52).

Según el pensamiento de Ihering, el elemento material de la posesión es la visibilidad de la propiedad, el aspecto exterior de la misma, lo que pone en evidencia y hace, en cierto modo, perceptible al propietario.

Ciertas cosas se tienen ordinariamente bajo la vigilancia personal o real—dice Ihering;— otras quedan sin protección ni vigilancia. El labrador deja sus mieses en pleno campo, el arquitecto deja en sus obras los materiales destinados a la construcción; pero nadie trata así sus objetos preciosos, sus muebles, etc., todo el mundo los encierra en su casa. El mismo estado que para las primeras cosas es normal, aparece para las segundas anormal, como un estado en el cual la exterioridad de la propiedad no se manifiesta habitualmente con respecto a esas cosas; de donde resulta, si nuestra teoría es exacta, que la posesión de-

(47) Ver Ihering. Ob. cit. Pág. 307,—y la cita de Loewenwarter que aparece al pie de nuestra Pág. 14, en el número (26).

(48) Savigni.—Ob. cit. Pág. 87 y siguientes.

(49) Saleilles.—Ob. cit. Pág. 26 y siguientes.—Véase tb. Calixto Valverde. Ob. cit. T. II. Cap. X.—Pág. 293 y siguientes.

(50) Valverde, Calixto.—Ob. cit. T. II.—Pág. 301.—Véase también Saleilles. Ob. cit. Pág. 30.

(51) Ihering.—Fundamentos de la protección posesoria.—Pág. 207.

(52) Raymundo Saleilles. Ob. cit. Pág. 45.—Véase también Valverde, Calixto. Ob. cit. Tomo II. Pág. 302.

be continuar para las primeras y cesar para las segundas. El que encuentra una cosa de la primera categoría en esas condiciones, debe pensar que se encuentra allí por la voluntad de su dueño, mientras que debe pensar lo contrario si encuentra en tal condición una cosa de la segunda categoría. En el primer caso, si toma la cosa para remitirla al poseedor, se ingiere en una relación de voluntad extraña, visible; no es esto así en el segundo caso, donde, por el contrario, presta un servicio al poseedor tomando la cosa y enviándosela. De esta manera, el carácter jurídico de la relación en que esta cosa se encuentra con su propietario, se hace visible en ambos casos. La posesión lo mismo que la no posesión es visible, y precisamente esta visibilidad es para su seguridad de la más alta importancia. En efecto, la seguridad de la posesión no descansa sólo en el elemento físico, es decir, en medidas de seguridad tomadas para protegerla, sino también en el elemento moral o jurídico, a saber, en el temor de lesionar los derechos de otro, inspirado por el sentido jurídico o por la ley. Si yo paso cerca del lazo puesto por otro en el bosque sin apoderarme del tordo en él cogido, el motivo que me retiene no es de naturaleza física, sino puramente moral; es el respeto a la propiedad de otro. El ladrón, es verdad, no se detiene ante tal motivo; pero para él ni los muros ni las cerraduras, ni los cerrojos ofrecen una seguridad suficiente, pues como lo prueba la experiencia se roban muchas más cosas de las que están *in custodia* que de las otras» (53).

La distinción entre la posesión y la tenencia se halla contenida en el obstáculo para la posesión residente en la persona del tenedor. La cuestión de la naturaleza de la relación posesoria encuéntrase de este modo libre de las fluctuaciones de la voluntad subjetiva; es tan clara objetivamente como fácil de resolver. La regla del Derecho y no la voluntad es quien decide de la posesión y de la tenencia. El orden y la seguridad reinan en todo.

Los obstáculos de la posesión son de derecho positivo, siendo preciso preguntar lo que ha determinado a los romanos a excluir a la posesión en ciertos casos, a pesar de la reunión de sus condiciones legales (54).

De la teoría de Ihering, que hemos tratado de presentar brevemente, se deducen las tres consecuencias siguientes:

1.º Como el corpus lleva implícito el animus, cualquiera detentación, en nombre propio o ajeno, se convierte en posesión, ya que existen los dos elementos de ésta; 2.º Sólo cuando la ley, por vía de excepción, disponga que se prive al detentador de la tutela posesoria, se dejará de amparar al poseedor en la perturbación de su posesión; y 3.º El actor, en materia de posesión, sólo tiene que probar el corpus o detentación, mientras que el contradictor o demandado debe demostrar que la ley ha privado a la detentación que se impugna, de la protección de los interdictos.

El profesor Stitckin (55) estima que la importancia de aceptar una u otra doctrina radica en la prueba. Si se acepta la de Savigni es necesario probar el corpus y el animus para que exista la posesión. En cambio, si se acepta la de Ihering, basta acreditar el corpus, y probado éste queda probado el animus y, por consiguiente, la posesión; lo cual no significa que el animus se presume, sino que **no hace falta, no se necesita, no se requiere**. El corpus—dice Ihering—lleva involucrado el animus, como la idea va contenida en la palabra. Tocará a la otra parte probar que concurren circunstancias que privan a la posesión de sus efectos propios».

Concluyendo, podemos decir, tal como lo deja expresado Claro Solar (56), que las enseñanzas de Ihering han contribuido a aclarar y precisar las ideas sobre la posesión como institución jurídica y han tenido indiscutible influencia en la legislación positiva y en las codificaciones más modernas».

Consecuencia de ello es que las modernas legislaciones se han ido liberando del concepto del animus domini como elemento indispensable en la posesión y tienden a considerar toda relación posesoria como una posesión propiamente dicha, pasando la detentación

(53) Ihering.—“Fundamentos de la protección posesoria”.— Pág. 207.

(54) Ihering.—“La voluntad en la posesión”.— Pág. 643.

(55) David Stitckin B.—Apuntes de Derecho civil profundizado y comparado (1946) citados.

(56) Luis Claro Solar.—Ob. cit. T. VII.—Pág. 437.—En el mismo sentido puede verse Valverde, Calixto. Ob. cit. T. II. Pág. 312.

o mera tenencia a ser una institución excepcional. Por ello es que se dice que la doctrina de Ihering ha ampliado la noción de la posesión, comprendiéndose en ella casos que, en concepto de la teoría clásica, eran netamente de detentación. Lo vimos ya al estudiar la posesión originaria y derivada en el Código de México. Allí se dice que aun el que detenta la cosa en calidad de usufructuario, acreedor pignoraticio, arrendatario, etc., es un poseedor.

Esto implica que el legislador mexicano ha adoptado la teoría de Ihering. Efectivamente, podemos deducir de lo ya dicho que siempre que hay una relación entre la cosa y el hombre que usa de ella, hay posesión (Arts. 790 y 791), a menos que una disposición expresa de la ley establezca que hay solamente detentación (Art. 793).

10.— LA POSESION ORIGINARIA Y LA PRESCRIPCION

La posesión originaria, según lo hemos visto, es aquella que se ejerce a título de propietario (Art. 791), cuando la cosa se halla temporalmente en poder de otra persona en virtud de un acto jurídico celebrado con el poseedor. Con mayor motivo, debe considerarse originaria la posesión en concepto de dueño que se presenta cuando el propietario es quien tiene bajo su poder la cosa objeto de la relación de dominio.

De la debida concordancia del Art. 791 con los Arts. 826, 1139, 1151 inc. 1.º y 1152 N.º 1.º, podemos deducir consecuencias importantes que la diferencian de la posesión derivada.

En efecto, el Art. 826 nos dice que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción».

El Art. 1139 prescribe que «para los efectos de los Arts. 826 y 827 se dice legalmente cambiada la causa de la posesión cuando el poseedor que no poseía a título de dueño comienza a poseer con este carácter, y en tal caso la prescripción no corre sino desde el día en que se haya cambiado la causa de la posesión».

Respecto de este artículo, debemos hacer una pequeña observación. El nos habla del «cambio de causa en la posesión». Este cambio del título, esta mutación de la causa de la posesión, base de la transformación de la relación posesoria, se conoce en doctrina con el nombre de interversión del título (57), que en derecho romano se sintetizaba en la máxima: «Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión».

La interversión del título o cambio de causa de la posesión, no puede tener lugar por un acto de propia y exclusiva voluntad del poseedor. Se requiere que la voluntad de cambiar el título o la causa de la posesión y de transformar, por consiguiente, la naturaleza de la relación posesoria, se exteriorice por actos que no dejen lugar a dudas, que revelen claramente que ese ha sido el propósito. Por ejemplo, mediante la celebración de un acto jurídico en virtud del cual el arrendatario compra la cosa que arrienda. Mientras la voluntad de cambiar la causa de la posesión no se exteriorice, no puede haber lugar a una interversión del título.

Como dice Ihering (58), en esta materia de la transformación de la relación posesoria, son posibles dos hipótesis: transformación de la tenencia en posesión y de la posesión en tenencia.

La prueba del cambio de causa corresponderá, de acuerdo con los principios generales que rigen el **onus probandi**, al que la invoca. Si ésta se ha producido a consecuencia de la celebración de un acto jurídico, la prueba se dirigirá a acreditar la existencia del acto que ha dado origen a la nueva figura jurídica. Si se invoca un acto material, la prueba del cambio podrá acreditarse por cualesquiera medios.

Estos principios de la interversión del título se hallan aceptados por el Código de México. El Art. 827 dispone que «se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, a menos que se pruebe que ha cambiado la causa de la posesión». Y el Art. 1139, antes citado, agrega: «Se dice legalmente cambiada la causa de la posesión cuando el poseedor que no poseía a título de dueño comienza a poseer con este carácter, y en tal caso la prescripción no corre sino desde el día en que se haya cambiado la causa de la posesión».

(57) Véase Raymundo M. Salvat. Ob. cit. Pág. 19, N.º 19.

(58) Ihering.—La voluntad en la posesión.—Pág. 430.

El cambio de causa de la posesión que puede conducir a ganar la cosa por prescripción es, pues, aquel en que el poseedor comienza a poseer a título de dueño, como un poseedor originario.

El Art. 1151, señalando los requisitos de la prescripción positiva (59), exige, en primer lugar, que debe ser «en concepto de propietario». He aquí reafirmado el principio que ya había establecido el Art. 826: sólo cuando la cosa se adquiere y disfruta en concepto de dueño o propietario de la cosa, puede ganarse por prescripción.

Finalmente, el Art. 1152 señala los plazos de prescripción en materia de inmuebles y establece en el N.º 1.º que cuando ellos se posean en «concepto de propietario», con buena fe, pacífica, continua y públicamente, el plazo de prescripción será de cinco años.

11.— LA POSESION DERIVADA Y LA PRESCRIPCION

Posesión derivada es el poder de hecho que tiene una persona sobre una cosa que ha pasado a sus manos en virtud de un acto jurídico celebrado con el propietario de ella y que le autoriza para retener temporalmente la cosa en su poder.

Esta clase de posesión no conduce a la prescripción. En efecto, el Art. 826, disposición de carácter imperativo, le priva expresamente de alcanzar este resultado, cuando dice que «Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída (poseedor originario), puede conducir a la prescripción». Lo que equivale a decir que fuera de la posesión en concepto de dueño no hay otra que pueda ganarse por la prescripción. La posesión derivada no se adquiere o disfruta en este carácter, sino que por el contrario, sólo se adquiere y disfruta en virtud del acto jurídico celebrado con el dueño de la cosa. Resultado que vemos confirmado, además, con lo que estatuye el Art. 1151, que señala los requisitos para ganar la cosa por prescripción positiva, exigiendo, en primer lugar que la cosa se tenga «en concepto de propietario».

Para que hubiera lugar a la prescripción en este caso sería menester que se produjera un cambio de causa de la posesión en favor del poseedor derivado. Por ejemplo, el que sólo era usufructuario pasa a ser propietario en virtud de un acto jurídico celebrado con el poseedor originario. Pero en todo caso la prescripción no corre sino desde el día en que se haya cambiado la causa de la posesión. Todo ello, en conformidad a las prescripciones del Art. 1139.

12.— PROTECCION DE LA POSESION ORIGINARIA

La protección posesoria se traduce en las acciones que la ley acuerda al poseedor cuando ésta es turbada o arrebatada.

Salvat (60), siguiendo a Mayns, dice que las acciones posesorias son aquellas que tienen por fundamento la posesión y por fin protegerla. Tienen por fundamento la posesión porque ellas nacen del solo hecho de la posesión, considerada en sí misma, como una institución distinta e independiente de la propiedad.

Como en un Capítulo aparte hablaremos especialmente de la Protección Posesoria, haremos aquí breves consideraciones.

El Código de México concede la protección posesoria tanto al poseedor originario como al derivado en la forma de las acciones de retener y recobrar la posesión. «Todo poseedor—dice el Art. 803, inc. 1.º—debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer». Aclarando lo que debe entenderse por mejor derecho, expresa que «es mejor la posesión que se funda en título y cuando se trata de inmuebles, la que está inscrita. A falta de título o siendo iguales los títulos (es mejor), la más antigua».

Es un principio inconcuso que la posesión cede siempre en favor de quien tiene me-

(59) «La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva» (Art. 1136, primera parte). Es la misma figura jurídica que nuestro Derecho estudia bajo el nombre de prescripción adquisitiva.

(60) Raymundo M. Salvat.—Ob. cit. Pág. 205

por derecho a ella, sea por razón de buena fe, de título, de inscripción o de antigüedad. Si se presenta alguien con mejor derecho a poseer la cosa que se encuentra a nuestra disponibilidad, o del derecho de que gozamos, la cuestión puede resolverse de común acuerdo o por la vía judicial; y si se llega a la vía judicial, habrá que tener en cuenta lo que cada legislación disponga al valorar las razones para preferir una posesión de otra.

Y cuando las posesiones fueren dudosas, las cosas se pondrán en depósito hasta que se resuelva a quien pertenece la posesión.

En caso de despojo, el poseedor originario tiene un derecho especial que se presenta cuando aquel que tiene la posesión derivada no puede o no quiere recobrar la posesión. Se halla establecido en el Art. 792: «En caso de despojo, el que tiene la posesión originaria goza del derecho de pedir que sea restituído el que tenía la posesión derivada, y si éste no puede o no quiere recobrarla, el poseedor originario puede pedir que se le dé la posesión a él mismo». Este derecho se ha establecido, sin duda, para proteger la posesión del poseedor originario, ya que por la desidia o negligencia del poseedor derivado podría ver en peligro su posesión. Según Gomís y Muñoz (61) este precepto podría prestarse a interpretaciones erróneas, ya que a simple vista parece querer decir que solamente el propietario tiene el derecho de invocar la protección posesoria si ésta es perturbada en la persona del poseedor (62). Haciendo concordar este artículo con el 803, estos autores llegan a la conclusión que los poseedores derivados están en situación de defender su posesión y sólo subsidiariamente correspondería actuar al dueño, ya sea porque así lo exija el poseedor, sea por desidia, inacción u omisión de éste no se impida la perturbación de la relación posesoria. Como vemos, es la misma interpretación que le habíamos ya dado.

Por otra parte, en el interdicto de recuperar la posesión, para que el poseedor tenga derecho a él, es menester que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo. (Art. 804).

Como resultado del ejercicio de la acción posesoria, se reputa como nunca perturbado o despojado, el que por medio de la justicia ha sido mantenido o restituído en la posesión (Art. 805). Y ello, como un resultado o premio por haber hecho uso de la acción judicial y no de la justicia privada.

El Mensaje del Código dice que «por no chocar con un precepto constitucional (Art. 17) no se concedió a la posesión el procedimiento de defensa que otros códigos, entre los que se cuentan el alemán, el suizo y el brasileño, le conceden; el de la defensa privada; sólo se concedieron las acciones tradicionales de retener y recobrar la posesión».

El poseedor originario puede pedir también la inscripción de su posesión en el Registro de la Propiedad, en la forma que establece el Capítulo Quinto, del Título Segundo del Libro Cuarto.

«En suma, el poseedor a título de dueño puede hacer en la cosa poseída aquello que la ley autoriza al propietario, y la jurisprudencia de todos los países se inclina resueltamente por proteger al dicho poseedor como si fuera dueño efectivo, incluso otorgándole el derecho del tanto, las indemnizaciones por expropiación forzosa, etc.» (63).

13.— PROTECCION DE LA POSESION DERIVADA

El Art. 809 del Código mexicano dice que «los poseedores a que se refiere el Art. 791 (poseedores derivados), se regirán por las disposiciones que norman los actos jurídicos en virtud de los cuales son poseedores, en todo lo relativo a frutos, pago de gastos y responsabilidades por pérdida o menoscabo de la cosa poseída».

Pero esta disposición debe entenderse que rige las relaciones jurídicas entre el poseedor derivado y el originario. Respecto de terceros, el poseedor derivado gozará de la protección posesoria según los interdictos tradicionales y el que resulte vencido le deberá las prestaciones por percepción de frutos y deterioros de la cosa conforme a las reglas que

(61) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 330.

(62) Angel Ossorio, en su "Anteproyecto del Código civil boliviano", Pág. 273, le da a este artículo del Código de México la interpretación que aquí se rechaza.

(63) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 348.

rigen las prestaciones mútuas. Obsérvese que es aquí donde cobra mayor interés la posesión derivada. En Chile, el poseedor derivado es un mero tenedor y en tal carácter no goza de protección posesoria. Sin perjuicio de la que le compete al derecho real en cuyo ejercicio detenta la cosa. Pero los que ejercen la mera tenencia en virtud de un derecho personal o de un derecho real mueble, están desprovistos de acción, salvo la querrela de despojo violento, que no puede calificarse de posesoria propiamente.

La posesión derivada es tan varia como varios son los actos jurídicos que le dan origen, y por lo tanto habrá que estarse a las normas que los interesados hayan establecido en el contrato respectivo o a las que subsidiariamente señala el Código al reglamentar el contrato que haya dado nacimiento a esta clase de posesión.

14.— LA POSESION ES UN HECHO

Esta materia nos lleva al planteamiento de la naturaleza jurídica de la posesión. Y surge la controversia que durante tanto tiempo ha dividido a la doctrina frente a la pregunta: ¿la posesión es un hecho o es un derecho?

Algunos tratadistas estiman que es un derecho (64). Ihering, para quien los derechos son intereses jurídicamente protegidos (65), llega a la conclusión que desde el momento que la ley ha considerado necesario dispensar a la posesión la protección que ella acuerda, debe admitirse que hay allí un derecho. Sostiene que hay que estudiar si la posesión constituye este elemento, es decir si es un interés que merece ser protegido y si realmente está protegido. Si bien en su teoría aparece la posesión como un estado de hecho, como la existencia de hecho de la propiedad, sin embargo, este hecho, dice el mismo Ihering, tiene un interés económico, es una condición de utilización económica de la propiedad, que está destinada a satisfacer las necesidades generales de la humanidad, razón por la cual constituye un interés suficiente para que el legislador pueda protegerla. Y este interés está realmente protegido: la existencia de las acciones posesorias prueba suficientemente esta condición.

De ser un derecho, deberá ser real, desde que es independiente de toda obligación personal de un tercero a su respecto.

El derecho de posesión se diferenciaría de los demás en que en éstos el hecho generador del derecho es transitorio (tradición, accesión, ocupación, etc.), mientras que en la posesión es permanente y dura lo que dura el hecho (66).

Otros juriconsultos han admitido la existencia de un derecho de posesión, si bien no podría clasificarse de real ni personal. Entre ellos se cuenta Huberus, citado por Troplong (67). Habría un derecho de posesión como fundamento de las acciones posesorias; pero este derecho no es otra cosa que una garantía dada al hombre que posee a fin de que sea puesto a cubierto de la violencia de otros (68). El *jus in re*, el derecho real, es un derecho que afecta a la cosa y le sigue donde quiera que se encuentre, mientras que el derecho de posesión es momentáneo y desaparece desde que la cosa es quitada al poseedor (69).

Otros autores (70) consideran, en cambio, que la posesión es un simple hecho, si bien acarrea consecuencias de derecho.

Savigni (71) enseña que es un hecho si se le considera en sí misma, y un derecho si se le considera en los efectos que produce—los interdictos. Explicando el primero de estos aspectos, dice: «La posesión, no siendo en principio sino un simple hecho, su existen-

(64) En este sentido, puede verse: Demelombe: "Cours de Code de Napoléon". T. IX. Pág. 366.—Duranton. "Cours de droit français". T. IV.—Pág. 487.—Marcadé y Pont: "Explication en théorique et pratique du Code civil". T. XII. Pág. 15.—Los autores argentinos son, en general, partidarios de esta idea y llegan a establecer que el legislador así lo ha expresado en el articulado del Código. Salvat. Ob. cit. Pág. 28.—Galiano: "De las cosas, la posesión y las acciones posesorias". Pág. 39.

(65) Ihering: "L'esprit du droit romain".—Pág. 317.

(66) Julio Verdugo Alvarez.—"El título en la posesión". Memoria de prueba.—Pág. 12.

(67) Citado por Claro Solar.—Ob. cit. T. VII. Pág. 460.

(68) Misma cita anterior.

(69) Claro Solar.—Ob. y T. cit. Pág. 461.

(70) Pothier: "Oeuvres de Pothier". T. IX. Pág. 268.—Guillourd: "Traité de prescription", citado por Claro Solar.—Troplong: "Le droit civil expliqué". De la Prescription. T. I. Pág. 356.

(71) Savigni.—Ob. cit. Pág. 21.

cia es, por lo mismo, independiente de todas las reglas que el derecho civil, o aun el *ius gentium*, han trazado para la adquisición o la pérdida de los derechos. Es así que la adquisición o la pérdida de la posesión puede resultar de la violencia, aunque ésta no sea por cierto un acto jurídico».

El aspecto de derecho se mira sólo en relación con los interdictos posesorios, pero no como fundamento o base de prescripción, pues en tal aspecto es simplemente un hecho, ya que a la prescripción se llega por el simple hecho de poseer por el tiempo determinado por la ley. Pero no podría considerarse—en el aspecto de derecho—como un derecho real, porque Savigni considera que los interdictos posesorios se fundamentan en el derecho a la integridad del poseedor, en que toda turbación o embarazo a ella importa un atentado a la persona del poseedor.

Angel Ossorio (72) expresa que la discusión sobre si la posesión es un hecho o un derecho es un debate pueril. «La posesión, como todas las cosas de la vida, es un hecho que se apoya en un derecho. Si no se armonizan ambos conceptos, no hay nada en la tierra». Más adelante agrega que la posesión está practicada como un mero hecho. Pero está amparada por las leyes; de modo que detrás del hecho hay una legalidad. Cuando se posee por título jurídico, el derecho está en el título y cuando se posee por mera ocupación material, incluso la del ladrón, el hecho está amparado por aquel aforismo jurídico que impide que nadie se tome la justicia por su mano; de suerte que en este fenómeno tan sencillo de la posesión, aparecen igualmente concertados que en todos los de la vida el hecho y el derecho. Las realidades sin derecho amparador, viven a la intemperie. Los derechos sin realizaciones, son palabras baldías».

En el Derecho mexicano, tanto como en el nuestro, creemos que no cabe discutir la naturaleza jurídica de la posesión.

La posesión constituye un estado de hecho al que la ley atribuye efectos de derecho, que son del todo independientes de la existencia del derecho que el poseedor pretenda hacer valer; una persona goza de una cosa; es un propietario o pretende serlo, cree tener un derecho o sabe positivamente que no lo tiene (he ahí al ladrón, al usurpador); en caso de controversia no se entra a discutir el dominio, salvo en cuanto sirva para acreditar el hecho de la posesión, sino lisa y llanamente el hecho de la posesión existente y su perturbación o embarazo.

Haciendo una diferencia entre posesión y dominio, el profesor Stitckin (73) enseña que «la posesión es el poder de hecho que se tiene sobre una cosa, es un estado de hecho que crea derechos y que llamaremos **derechos de la posesión**. Se dice **de la posesión**, para significar que arrancan, que emanan de ella. Tales son, la acción publiciana, acciones posesorias, presunción de dominio. El dominio es el poder legal que se tiene sobre una cosa, es el poder sancionado por la ley sobre una cosa y cuya finalidad u objeto es un estado de hecho (el hecho posesorio). Este estado de hecho tiene, a su vez, como finalidad el beneficio pecuniario, el goce económico a que da lugar la cosa, que se obtiene mediante actos materiales y jurídicos».

Del articulado del Código de México aparece que este es el criterio adoptado. Así, por ejemplo, se dice: «Es poseedor de una cosa el que **ejerce sobre ella un poder de hecho**» (Art. 790). El Mensaje expresa en una de sus partes: «Basta para adquirir la posesión **que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa** en provecho del que la tiene, sin perjudicar a la colectividad». Más adelante, agrega: «Los detentadores serán poseedores, porque hay que proteger **un estado de hecho** que tiene valor social y económico por sí mismo. La posesión es **la consagración que el derecho hace de una situación de hecho** y no necesita averiguar desde el punto de vista puramente individualista lo que quiere y piensa el beneficiario de esa **situación de hecho**».

Se ve, tanto en el cuerpo del Código como en el Mensaje, que la idea ha sido estimar la posesión como un simple hecho, que siendo por naturaleza complejo y de variadas

(72) Angel Ossorio.—Ob. cit. Pág. 272.

(73) David Stitckin.—Curso de Derecho civil profundizado (1946), Posesión y Prescripción. Apuntes de clase citados.

manifestaciones, la ley lo ha revestido de la protección suficiente para garantizar la estabilidad social.

Por otra parte, el Código mexicano trata de la posesión a continuación de los bienes, sus diversas clases, etc., y antes de hablar de la propiedad. Le dedica el Título Tercero y habla de ella en un Capítulo Único.

Si fuera un derecho, sería sin duda real y lo habría tratado el Código junto a los otros derechos reales; no lo hizo así y por el contrario lo trató separadamente.

Al definir el usufructo, por ejemplo, ha dicho que «Es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos» (Art. 980). En cambio, cuando habla de la posesión se refiere al poder de hecho.

Sin embargo, los Licenciados Gomís y Muñoz, que han hecho un estudio del Derecho mexicano, opinan que la posesión es un derecho real. Así, dicen: «Respecto a que la posesión sea un derecho real para el Código de 1928, no puede haber la menor duda» (74).

Estudiando la naturaleza jurídica de la institución, estos autores no llegan, en realidad, a pronunciarse de una manera franca sobre la cuestión. En efecto, después de reproducir las opiniones de Windscheid que, según ellos, encabeza el bando de los que estiman que la posesión es un hecho, de Ihering, que en su sentir, encabeza el bando contrario; después de remontarse a la época del Derecho romano, reproduciendo las ideas de Paulo—quien afirmaba que poseer es cosa de hecho y no de derecho; de Papiniano, que sin negar que sea un hecho, entendía que tomaba mucho del concepto de derecho; después de sondear la opinión de Savigni, de Filomusi (La posesión es una relación protegida por la ley incluso contra el propio dueño de la cosa poseída); de Gans, para quien la posesión no es otra cosa que una propiedad o dominio incipiente, creen estos autores (75) que la discusión carece de la importancia que se le ha querido atribuir. La posesión es un hecho jurídico complejo en grado sumo y que tiene por una parte calidad de simple hecho y por otra calidad de derecho. Según sea más o menos intensa dicha calificación, así será hecho o derecho.

(74) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II.—Pág. 335.

(75) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II.—Pág. 328.

CAPITULO SEGUNDO

ADQUISICION Y PERDIDA DE LA POSESION

15.—REQUISITOS DE LA ADQUISICION

Vimos en el Capítulo anterior que existen fundamentalmente dos doctrinas sobre la posesión y sus elementos substanciales: la subjetiva, que exige el concurso de la detentación material de la cosa (*corpus*) y la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (*animus rem sibi habendi* o simplemente *animus*), y la objetiva, según la cual basta la detentación material de la cosa acompañada de la voluntad de tenerla.

Lógicamente, entonces, para adquirir la posesión se exigirá la concurrencia de los elementos o requisitos necesarios según la doctrina que se adopte. Ya dejamos dicho que el Código de México se había pronunciado por la fórmula de Ihering, con lo cual deberemos reconocer que los requisitos de esta adquisición son, esencialmente, dos: a) que se trate de cosas susceptibles de ser poseídas, y b) que se ejerza sobre ellas un poder de hecho.

16.—COSAS SUSCEPTIBLES DE SER POSEIDAS

El primer requisito de la adquisición de la posesión es, pues, que se trate de cosas susceptibles de ser poseídas.

Es el elemento objetivo de la posesión y está constituido por las cosas y derechos que pueden hallarse bajo la relación posesoria.

Cosa, en el concepto legal de la palabra, son los objetos materiales susceptibles de tener un valor económico. Los autores españoles Alas, de Buen y Ramos (76) dan un concepto de cosa que nos parece muy aceptable. Dicen que «cosa—en sentido jurídico—son todos los bienes corporales, con excepción del cuerpo humano». Se toma la palabra en su sentido restringido, como cosa corporal. El Derecho romano, como es bien sabido, distinguía entre res corporales y res incorporales. Este es también el sentido en que la toma el Código alemán en el Art. 90: «En el sentido legal sólo son cosas los objetos corporales». Ellas entran en la consideración jurídica en cuanto son o puedan ser el objeto de relaciones de derecho, es decir, en cuanto son bienes.

El Art. 794 del Código mexicano dice a este respecto: «Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación». Con la disposición de este artículo se ha eliminado la discusión de si pueden ser susceptibles de posesión las cosas incorporales, los derechos, ya que allí se dice de una manera expresa que pueden ser objeto de posesión los derechos, con tal que puedan ser objeto de apropiación. Por lo demás el Art. 790 del mismo Código dispone que «posee un derecho el que goza de él».

(76) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 131.

En la definición que nuestro Código civil da de la posesión se exige que la cosa sea determinada. Refiriéndose a esta determinación de la cosa, el profesor Stitckin (77) dice que ella puede ser mueble e inmueble, corporal e incorporal (Arts. 565, 566, 715, 916, 1576 inc. 2.º y 2456). En todo caso es necesario que se trate de una cosa determinada. Ahora bien, ¿qué significa que una cosa sea determinada? Esa expresión equivale a cosa «singular» que emplea el Código en la acción reivindicatoria. Cosa singular, a su vez, significa especie o cuerpo cierto. Los Tribunales emplean la palabra especie o cuerpo cierto como equivalente a cosa singular. La determinación se refiere a la cosa y al género o clase. Deducimos esto de los Arts. 1066 y 1508 del Código civil. Luego, es cosa determinada una especie o cuerpo cierto.

«¿Por qué se exige cosa determinada? Porque la posesión es un dominio aparente, la exteriorización de él, o el medio que conduce a su adquisición cuando el poseedor no es dueño; y como el dominio es un derecho real y todo derecho real se ejerce sobre cosa determinada, ocurre que este requisito se hace también necesario en este caso. Así, la acción reivindicatoria, según el Art. 889, se ejerce respecto de una cosa singular».

El Código mexicano no exige en forma expresa la determinación de la cosa, pero sí que sea susceptible de apropiación, lo que en último término implica que deba ser determinada y, por tanto, son valederas para esta legislación las observaciones que hemos transcrito y que corresponden al estudio del Derecho chileno.

Refiriéndose a la vieja cuestión de si son o nó poseíbles los derechos, Angel Ossorio (78) expresa que no vale la pena detenerse a explicar que esto es posible, lo mismo que las cosas materiales. Antiguamente había la preocupación contraria. El Art. 2400 del Código argentino dice que «los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesión». Después, con mejor sentido se ha venido a reconocer que los derechos pueden ser objeto de posesión, lo mismo que las cosas. Así, por ejemplo, el que ha firmado un contrato de arrendamiento de una casa, está en posesión del derecho a ocuparla y el que ha comprado un objeto está en posesión del derecho de recibirlo. Ambos pueden oponerse a cualquiera que los estorbe en la posesión de tales derechos y deben ser amparados, ya que sería grave perjuicio exigirles el trámite de un juicio ordinario para defender su clarísimo estado posesorio.

Atentos a la disposición del Art. 794 del Código de México, para saber cuáles son los bienes susceptibles de apropiación debemos recurrir a los principios que el Código establece para el dominio, lo que nos lleva a analizar el Art. 747, llegando a la conclusión de que pueden ser objeto de posesión todas aquellas cosas que se encuentran en el comercio, por oposición a aquellas que se hallan fuera del comercio humano, que son inapropiables, principio que se refuerza en el Art. 1137, ubicado en la Prescripción, que dispone que «sólo pueden prescribirse los bienes y obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas por la ley» (79) (80).

Al decir de Girard (81) «las cosas in patrimonio o in commercio son aquellas que están bajo la propiedad privada de una persona o, por lo menos, y en esto está—dice el autor citado—la importancia de la clasificación, las que pueden estarlo. Cosas extra patrimonium son las que no pertenecen ni pueden pertenecer a ningún particular». Esta distinción encuadra, a nuestro juicio, dentro de las prescripciones del Código de México que estamos analizando.

La inapropiabilidad de las cosas se funda en las cualidades físicas de las mismas o en una disposición de la ley. «Las cosas pueden estar fuera del comercio—dice el Art. 748—por su naturaleza o por disposición de la ley. Están fuera del comercio por su naturaleza

(77) Stitckin, David —Apuntes de clase que se han citado.

(78) Angel Ossorio.—Ob. cit. Pág. 272.—Véase también Claro Solar. T. VIII, Pág. 450 y V. Loewenwarter. Ob. cit. T. II.—Pág. 16.

(79) Sobre la distinción de cosas en el comercio y fuera de él, véase Alas, de Buen y Ramos. Ob. cit. Pág. 132 y siguientes.—Manresa y Navarro: «Comentarios al Código civil español». T. VIII. Valverde. Ob. cit. T. I. Pág. 403 y siguientes.

(80) Angel Ossorio estima que hoy en día no puede hablarse de bienes fuera del comercio y al efecto justifica su afirmación dando las razones que pueden verse en Ob. cit. Pág. 193.

(81) Girard.—Citado por Alas, De Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 133.

las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a la propiedad particular. Baudry-Lacantinerie y Barde (82) estiman que una cosa puede estar fuera del comercio: 1.º por su naturaleza, como el aire corriente y el mar; 2.º por su destino, como las cosas del dominio público; 3.º por consideraciones de orden público, como las substancias venenosas, cuya venta está sometida a importantes restricciones; ciertas armas, los animales sospechosos de enfermedades contagiosas o que las padezcan, las funciones públicas, las sucesiones futuras.

Comentando la disposición del Art. 748, los autores Gomís y Muñoz (83) dicen que esta clasificación es incorrecta pues hay muchas cosas que están fuera del comercio por disposición de la ley y que, sin embargo, no son irreductibles a la propiedad particular. Tales las drogas venenosas, los estupefacientes, las armas de fuego, las obras artísticas de valor nacional, etc., que la ley autoriza a adquirir y vender mediante determinados requisitos. Por ello, estos autores estiman que al Art. 747 debe dársele una interpretación más restringida y limitarse a considerar fuera del comercio las cosas comunes y las de dominio público.

Siguiendo estas ideas, debemos decir que en el Derecho mexicano los bienes son de dominio público o de la propiedad de los particulares (Art. 764). Son bienes del poder público los que pertenecen a la Federación, a los Estados o a los Municipios (Art. 765). El Art. 770 agrega que los bienes destinados a un servicio público son también inalienables e imprescriptibles, mientras no se les desafecte del servicio público a que se hallan destinados. Estos bienes se contraponen a los bienes patrimoniales o bienes propios de la Federación, de los Estados o de los Municipios, los cuales son alienables y prescriptibles.

Las cosas comunes no se prestan a su apropiación en forma absoluta, como sucede con el aire que respiramos, el agua corriente de los ríos, el agua del mar y otros elementos de la naturaleza. Sin embargo, para precisar bien el concepto, debemos establecer que esos elementos son susceptibles de ser aprovechados de una manera limitada por el hombre. Tal sucede cuando se envasa agua o gases de la atmósfera, o cuando se canaliza una corriente de agua con el objeto de aplicarla a un edificio o a un fundo determinado. Estas cosas entran así en el patrimonio, pero salen de él tan pronto como hayan dejado de ser útiles al fin para que fueren apropiadas.

La Ley General de Bienes de la Nación, de 31 de Diciembre de 1941 (84), hace una enumeración de los bienes que en la legislación mexicana se estiman de uso común.

17.—COSAS MUEBLES

Para dar el concepto de cosa mueble, el Código de México se vale de tres criterios o modos: 1.º se basa en la naturaleza movable o inmovible de la cosa (Art. 753); 2.º por vía enumerativa (Arts. 754, 755, 756 y 757); y 3.º por vía de eliminación (Art. 759).

Son muebles por su naturaleza los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior (Art. 753). Los bienes muebles por su naturaleza, que se hayan considerado como inmuebles, conforme a lo dispuesto a varias fracciones del Art. 750, recobrarán su calidad de muebles cuando el mismo dueño los separe del edificio, salvo el caso de que en el valor de éste se haya computado el de aquéllos para constituir algún derecho real a favor de un tercero (Art. 751).

Son muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal (Art. 754). Por igual razón se reputan bienes muebles las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles (Art. 755). Las embarcaciones de todo género son bienes muebles (Art. 756). Los materiales procedentes de la demolición de un edificio y los que se hubieren acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación (Art. 757).

(82) Baudry-Lacantinerie y Barde: Tratado teórico y práctico de Derecho civil, Obligaciones T. I. N.º 248.

(83) Licenciados Gomís y Muñoz, Ob. cit. T. I. Pág. 397.

(84) Véase en Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. I. Pág. 398 y 399.

Los derechos de autor se consideran bienes muebles (Art. 758). En general, son bienes muebles todos los demás no considerados por la ley como inmuebles (Art. 759).

Esta clasificación de los bienes corresponde en términos generales a la que adopta nuestro Código en los artículos 565 siguientes.

Debemos remarcar aquí la importancia que tiene el Art. 754 mexicano en cuanto estima como bienes muebles los derechos y acciones que tienen por objeto cosas muebles y en el Art. 750 en que se estima como bienes inmuebles aquellas cosas incorporales o derechos que se ejercen sobre los bienes de la misma naturaleza. Esta distinción se halla también establecida en el Art. 580 de nuestro Código civil, que dispone: «Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe». Esta distinción tiene importancia en nuestro estudio para los efectos de la adquisición por prescripción de los derechos reales en cuyo ejercicio se posee la cosa, lo que equivale a decir que los derechos reales pueden poseerse y adquirirse por prescripción del mismo modo que el dominio, caso que ha de ocurrir en la llamada posesión derivada. A esta materia nos referiremos en el Capítulo Tercero.

Precisado el concepto de bienes muebles corresponde examinar cómo se adquiere la posesión de ellos. Desde luego, por regla general, todos los bienes muebles son susceptibles de apropiación y, consiguientemente pueden ser poseídos. Se llenaría, pues, la primera condición exigida en el Art. 794. Sólo quedarían excluidos aquellos bienes muebles que se hallen fuera del comercio, ya sea por su naturaleza o por disposición de la ley, dado que las cosas que están fuera del comercio no pueden ser objeto de apropiación (Art. 747) ni consiguientemente de posesión (Art. 794).

Respecto del segundo requisito, poder de hecho, deberá adoptarse el criterio de Ihering, entendiéndose que existe cuando el detentador emplea la cosa conforme a su destinación económica ordinaria.

18.—COSAS INMUEBLES

En el Derecho mexicano no se encuentra una definición de bienes inmuebles. Surge así la dificultad de fijar un concepto genérico de ellos.

De la lectura del Art. 750, que se refiere a ellos, se observa que para la legislación en estudio los bienes inmuebles son todas aquellas cosas corporales constituidas por el suelo y adherencias naturales o artificiales que enumera esa misma disposición, a las que debe agregarse las cosas incorporales o derechos vinculados a inmuebles.

Fluye de este artículo una clasificación de estos bienes en inmuebles por su naturaleza, por su incorporación y por su destino.

a) **Inmuebles por naturaleza.**—Son exclusivamente el suelo y el subsuelo, en razón de su absoluta inmovilidad.

b) **Inmuebles por incorporación.**—Son aquellos que se hallan unidos o adheridos al suelo o al subsuelo de una manera permanente, como los edificios, árboles, plantaciones, frutos pendientes, acueductos, pozos, etc.

c) **Inmuebles por destino.**—Son aquellas cosas muebles por naturaleza que unidas total o parcialmente a un inmueble, forman un todo ideal con él, por servir de un modo permanente a sus fines, a la explotación o a la utilización del inmueble. Se inmovilizan estos bienes siguiendo la intención de su propietario y esta inmovilización—como dicen Gomís y Muñoz, citando a Planiol (85)—es una ficción legal, fundada en una razón práctica: evitar que los objetos muebles, que son accesorios obligados de un fundo, sean separados en ciertos casos sin la voluntad del propietario y en detrimento del interés general, pues importa que los accesorios sigan al fundo para que este pueda prestar todos los servicios de que es susceptible».

Estos bienes que por una ficción se estiman inmuebles, recobran su calidad de muebles cuando el mismo dueño los separe del edificio; salvo el caso de que en el valor de éste se haya computado el de aquellos, para constituir algún derecho real a favor de un tercero (Art. 751).

(85) Planiol, citado por Gomís y Muñoz. Ob. cit. T. I. Pág. 392.

d) **Inmuebles por analogía.**—Clemente de Diego (86) agrega a la clasificación anterior los inmuebles por analogía, que son aquellas cosas incorpóreas que se asimilan a los inmuebles por recaer sobre bienes de esta naturaleza (derechos reales, de enfiteusis, hipoteca, etc.) (87).

Como ya observamos, el Art. 750 no da una definición de inmuebles; se limita a hacer una relación casuística de las cosas que entiende por tales sin ocuparse de clasificarlos por grupos.

La posesión de los bienes inmuebles se adquiere por la obtención del poder de hecho sobre la cosa, es decir, por la posibilidad de realizar sobre ellos estos materiales de dueño.

Excluidas las cosas que se hallan fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley, en concepto de los Arts. 748 y 749, son susceptibles de apropiación. Se llena respecto de ellos el primer requisito o elemento que hemos apuntado como necesario para que opere la adquisición de la posesión.

Respecto del segundo elemento, el poder de hecho, cabe preguntarse si basta para adquirir la posesión de los inmuebles este simple poder de hecho o si se necesita título o inscripción.

¿Qué hemos de entender por título posesorio? Entiéndese por título—dice el último inciso del Art. 806—«la causa generadora de la posesión». Este concepto, que aparentemente es tan genérico, resulta ambiguo, ya que, para comprender bien lo que el Código en estudio estima por título, sería necesario entrar a explicar qué se entiende por causa.

Según la opinión de Gomís y Muñoz (88), «el legislador mexicano ha querido referirse aquí al hecho jurídico en razón del cual se adquiere la posesión, sea por medio de un negocio jurídico, sea por hecho proveniente de la voluntad unilateral del hombre o de las fuerzas de la naturaleza, como cuando la corriente de un río deposita en nuestro fundo un árbol ajeno, con lo cual se nos confiere una posesión forzosa».

En nuestro concepto, para adquirir la posesión de los bienes inmuebles no es necesario que exista título posesorio; basta con el poder de hecho. Ello porque la presencia de un título posesorio mejora la posesión, según se desprende de la lectura del Art. 803 inc. 2.º; si no se tiene título, la posesión será de calidad inferior, pero en todo caso habrá posesión, sin perjuicio de que el que ejerce el poder de hecho sobre la cosa esté expuesto a perderla en presencia de aquel que tiene título. Por otra parte, el mismo inciso agrega que a falta de título o cuando los títulos sean iguales, prevalecerá la posesión más antigua, lo que nos deja ver claramente lo no exigibilidad del título. A mayor abundamiento, y como veremos en el Número siguiente, dado el sistema de Registro de Inmuebles que se sigue en México, la inscripción es meramente facultativa; se ha seguido en esta materia un sistema ecléctico.

19.— EXAMEN DE LA POSESION INSCRITA

El régimen legal de la posesión inscrita está contenido en los Arts. 2999 a 3043 del Código civil mexicano y en el Reglamento del Registro de la Propiedad de 21 de Junio de 1940.

El Registro de la Propiedad es de una naturaleza ecléctica en cuanto establece que las personas interesadas en la inscripción de los negocios jurídicos que son susceptible de ello, **pueden** instar la inscripción en el Registro; pueden, pues, no acudir al Registro, sin que por esto pierdan eficacia los negocios jurídicos celebrados.

Como de las materias que dicen relación con el Registro Público sólo nos interesan las inscripciones de posesión, limitaremos a este solo aspecto nuestro estudio.

Por medio del Registro, la ley tiende a favorecer en todo caso los derechos inscritos frente a los que no lo están. Hay que tener en cuenta que solamente se puede inscribir la posesión de los inmuebles y de los derechos reales, con excepción de las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, ni tampoco el derecho hipotecario (Arts. 3024 y 3028).

(86) Citado por Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. I. Pág. 393.

(87) Compárese con la clasificación que se hace en nuestro Código en el Art. 568 y sigtes.

(88) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 339.

El Art. 3024 dispone: «El que tenga una posesión apta para prescribir de bienes inmuebles no inscritos en el Registro en favor de persona alguna, aun antes de que transcurra el tiempo necesario para prescribir, puede registrar su posesión, mediante resolución judicial que dicte el juez competente, ante quien la acredite del modo que fije el Código de Procedimientos Civiles.

La información que se rinda para demostrar la posesión se sujetará a lo dispuesto para el registro de las informaciones de dominio».

El sistema que la ley mexicana señala para las inscripciones de dominio tiende a suplir la carencia de títulos y, al efecto, crea un procedimiento sumario para todo aquel que siendo titular de un derecho de dominio o estando en posesión de un inmueble, carezca de título legítimo y válido para ejercitar su derecho.

El que se halla en estas circunstancias puede ocurrir al juez competente demostrando que ha tenido la posesión, sujetándose en esta prueba a las prescripciones del Código de Procedimientos Civiles. A su solicitud debe acompañar certificado del Registro Público que acredite que los bienes no están inscritos. Esta información se recibe con citación del Ministerio Público, del respectivo Registrador de la Propiedad y de los colindantes. Los testigos que depongan deben ser, por lo menos, tres, de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la información se refiere. No se recibirá la información sin que previamente se haya dado lugar a una amplia publicidad, por medio de la prensa y de avisos fijados en los lugares públicos, a la solicitud del promoviente. Comprobada debidamente la posesión, el juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario, en virtud de la prescripción y tal declaración será inscrita en el Registro Público (Art. 3023).

Este es el procedimiento que debe aplicarse a las informaciones de posesión, en virtud de que así lo dispone el Art. 3024.

Las declaraciones de testigos que se exigen en este caso versarán sobre el hecho de la posesión, sobre los requisitos que deben tener para servir de base a la prescripción adquisitiva y sobre el origen de la posesión. El efecto de la inscripción será tener la posesión inscrita como apta para producir la prescripción al concluir el plazo de cinco años, contado desde la misma inscripción (Art. 3024 inc. 3.º y 4.º).

Las inscripciones de posesión expresarán las circunstancias exigidas para las inscripciones en general y además las siguientes: 1.º Los nombres de los testigos que hayan declarado; 2.º El resultado de las declaraciones; y 3.º La resolución judicial que ordene la inscripción (Art. 3025).

Cualquiera que se crea con derecho a los bienes cuya inscripción se solicita mediante información de posesión, podrá alegarlo ante la autoridad judicial competente. La interposición de su demanda suspenderá el curso del expediente de información; si estuviere ya concluido y aprobado, deberá el juez ponerlo en conocimiento del Registrador para que suspenda la inscripción; y si estuviera hecha, para que se anote la inscripción de la demanda. Para que se suspenda la tramitación del expediente o la inscripción, así como para que se haga la anotación de ésta, es necesario que el demandante otorgue fianza de responder de los daños y perjuicios que se originen si su oposición se declara infundada. Si el opositor deja transcurrir seis meses sin promover en el juicio de oposición, quedará éste sin efecto, haciéndose en su caso la cancelación que proceda (Art. 3026).

Transcurrido el plazo que fija la parte final del Art. 3034 (cinco años) sin que en el Registro aparezca algún asiento que contradiga la posesión inscrita, tiene derecho el poseedor, comprobado este hecho mediante la presentación del certificado respectivo, a que el juez competente declare que se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y ordene que se haga en el Registro la inscripción de dominio correspondiente (3027).

El efecto que producen estas inscripciones de posesión es meramente declarativo y ello porque el sistema que adopta el Código de México es el ecléctico en cuanto no obliga a recurrir al Registro para tener la posesión de un inmueble. De ahí, pues, que no sea necesario inscribir los títulos justificativos de ella. La inscripción sólo concede algunas ventajas para el titular. Así, en caso de controversia sobre posesión de inmuebles, prefiere la inscrita, según el Art. 803. Y conduce a la prescripción positiva de 5 años, o sea, de corto

tiempo o abreviada, Art. 1152 N.º 2.º. El carácter voluntario de la inscripción se desprende también de las disposiciones ya citadas que tratan del Registro Público (89).

20.—INMUEBLES POR ACCESION, DESTINACION

En el Número 4 de este Capítulo dimos el concepto de bienes inmuebles por accesión, que allí denominamos por incorporación siguiendo la terminología usada por los autores mexicanos que hemos consultado, y también de los inmuebles por su destino.

Nos remitimos a lo ya dicho en aquella parte para fijar los conceptos que comprenden esta categoría de bienes inmuebles.

Ahora diremos solamente que respecto de esta clase de bienes se aplican las disposiciones relativas a los inmuebles por naturaleza. Ello en virtud de la disposición del Art. 802 que dice: «La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallan en él».

21.— APROPIACION DE LA COSA (PODER DE HECHO)

Es el segundo elemento que debe concurrir en la adquisición de la posesión; es el elemento material o corporal de ella.

En el antiguo derecho romano esta aprehensión o apropiación consistía en un contacto inmediato con la cosa, de tal manera que sólo se admitía su existencia cuando se ponía la mano sobre la cosa mueble o el pie sobre un inmueble (90). Para Savigni, la aprehensión consiste no en el contacto inmediato del hombre con la cosa poseída, sino en la posibilidad física que el poseedor tenga de disponer de ella; desde que exista esta posibilidad habrá aprehensión, es decir, tendremos el elemento corporal de la posesión aunque no exista el contacto inmediato de que hablaban los antiguos glosadores y comentaristas del Derecho romano (91).

Para Savigni, la posesión nace, por lo tanto, de un acto material inductor de la potestad que desea ejercer sobre la cosa el mismo que lo realiza (92). Como dice Saleilles (93), para que nazca la posesión según este sistema, es necesario: 1.º la disponibilidad de la cosa; 2.º la posibilidad directa e inmediata de someterla a su poder físico; 3.º y último, la de excluir toda intromisión de extraños».

Esta concepción de Savigni ha sido objeto de críticas. Baudry-Lacantinerie et Tissier (94) dicen que en el Derecho francés no se exige ya para que haya aprehensión la presencia de la cosa y la posibilidad física de disponer de ella; se exige solamente la posibilidad de realizar sobre la cosa actos materiales de dueño.

Es, en el fondo, la misma idea del Código civil alemán cuando establece que la posesión de una cosa se adquiere por la obtención del poder de hecho sobre ella (95).

Ihering ha criticado más profundamente esta concepción. Este autor estima que, por un lado, existen numerosos casos de posesión en los cuales ella existe aunque el poseedor no tenga la posibilidad física de disponer de la cosa poseída. En un sentido inverso, la posesión no existe en muchos casos en que una persona tendría la posibilidad física de disponer de la cosa (96). Para Ihering, el elemento corporal de la posesión se vincula a la idea fundamental de que la posesión no es otra cosa que la exterioridad de la propiedad. Siguien-

(89) El interesante sistema de Registro Público que adopta el Código de México puede verse expuesto con mayores detalles en Gomís y Muñoz. Ob. cit. T. II. Pág. 341 y 527 y siguientes. Sobre esta materia cabe tener presente que según expresa mención de los legisladores se ha tomado por base la Ley Hipotecaria española, lo que daría margen a hacer un interesante estudio comparativo con otros regímenes.

(90) Savigni.—Ob. cit. Pág. 139.

(91) Savigni.—Ob. cit. Pág. 190 y siguientes.

(92) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 27.

(93) Saleilles.—Ob. cit. Pág. 27.

(94) Baudry-Lacantinerie et Tissier.—Prescription.—Pág. 178.

(95) Código Civil alemán, Art. 854.

(96) Saleilles.—Ob. cit. Pág. 27.

do esta idea, podemos decir que para Ihering la posesión existe siempre que la cosa poseída se encuentre en las condiciones que constituyen el modo normal del ejercicio del derecho de propiedad. Así, una pila de frutos recogidos y amontonados en el campo, una pila de materiales preparados para la edificación, un hotel ubicado en la cumbre de una montaña que se abandona durante el invierno, un campo cubierto de agua por la inundación, son cosas que deben considerarse en posesión de sus dueños, porque ellos se encuentran en las condiciones normales como se ejerce el derecho de propiedad; un reloj o una cartera que se encuentran en medio del campo, no pueden considerarse ya en posesión de nadie, porque no es esa la forma como normalmente se ejerce el derecho de propiedad de estas cosas (97).

Según Alas, De Buen y Ramos (98), para Ihering la posesión es la vanguardia de la propiedad, y en su virtud nace tan sólo cuando se descubre y hace visible el propietario de la cosa. En vez de ser la idea de dominación como en Savigni la que nos sirve de criterio para determinar el nacimiento de la posesión, en Ihering es la de ejercicio del derecho la que nos sirve de guía. La forma de este ejercicio puede variar según las diversas circunstancias y hay, por lo tanto, que atender a cada caso concreto para determinar si se trata o no del ejercicio correspondiente al propietario.

Saleilles estima que en Ihering el pensamiento capital dominante del concepto de la posesión es que ésta no es más que un medio para proteger la propiedad; de suerte que debe existir donde la propiedad se pone al descubierto mediante su ejercicio externo; en una palabra, que la posesión es el aspecto externo de la propiedad. Allí donde la propiedad se ejercite, debe presumirse la existencia del derecho de propiedad; y esta existencia posible del derecho de propiedad es lo que hay que proteger y defender a través y mediante el ejercicio positivo de la propiedad; en suma, que hay que atenerse a las apariencias para proteger la realidad.

De esto se deduce que el aspecto material de la posesión es el conjunto de actos o estados de hecho mediante los cuales se manifiesta el derecho de propiedad con relación a la cosa que constituye el objeto de este derecho. Puede aceptarse otra definición: el elemento material de la posesión se concreta en el hecho de conducirse frente a la cosa como lo haría el propietario. Como dice Ihering, el elemento material de la posesión es la visibilidad de la propiedad, el aspecto exterior de la misma, lo que descubre y hace en cierto modo perceptible al propietario. Luego, pues, en vez de la idea de dominación se nos aparece la de ejercicio (99).

En el Art. 790 del Código de México se halla establecido este requisito mediante una fórmula amplia comprensiva, a nuestro juicio, de las dos concepciones: «Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho». Este poder de hecho, agregaremos nosotros, puede consistir en la posibilidad física de disponer de la cosa poseída de que habla Savigni, o en el ejercicio de los actos propios del dominio a que se refiere Ihering.

22.—APROPIACION POR HECHOS LICITOS

El poder de hecho puede obtenerse sobre aquellas cosas y derechos susceptibles de apropiación por hechos lícitos o ilícitos. Esta afirmación es consecuencia de lo dispuesto en el Art. 790, que hemos transcrito varias veces. De su lectura se puede deducir que no hace distinciones en cuanto a la buena o mala fe con que haya adquirido la posesión. Se es poseedor tanto si el poder de hecho se adquiere por medio lícitos como si se obtiene por medios ilícitos. Únicamente se exceptúan aquellas personas que retienen una cosa en provecho del propietario cumpliendo las órdenes o instrucciones que de él han recibido (100).

Este mismo criterio aplica Angel Ossorio en su Anteproyecto del Código boliviano (101). En la redacción del artículo correspondiente dice: «La posesión se adquiere por la mera ocupación material con o sin formalidades legales o por un título jurídico que expre-

(97) Ihering.—Ob. cit. Pág. 207.—Véase también Galiano. Ob. cit. Pág. 76 y siguientes.—Saleilles. Ob. cit. Pág. 56 y siguientes.

(98) Alas, De Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 155 y siguientes.

(99) Saleilles.—Ob. cit. Pág. 45 y siguientes.

(100) Véase Capítulo Primero N.º 5 de este trabajo.

(101) Angel Ossorio. Ob. cit.—Art. 532 inc. 1.º, Pág. 274/75.

samente la transfiera». Y en el comentario que a este artículo hace agrega que es preciso distinguir tres formas de adquisición: a) Ocupación material sin formalidades legales: el que por equivocación se lleva una prenda de vestir ajena; el que ocupa una habitación amueblada creyendo que es la que alquiló y no lo es; el que roba un objeto. Hasta este último está protegido por la ley, pues nadie tiene el derecho de arrebatarle por la violencia el objeto robado sino el de denunciarle a la autoridad para que lo desposea de él. b) Ocupación material con formalidades legales: en una diligencia legal de deslindes de fincas se atribuye a un colindante una parte de tierra que no era suya. Andando el tiempo se deshace la equivocación, pero mientras tanto el adjudicatario ha poseído de hecho mediante una formalidad legal. c) Posesión por título jurídico: el que compra una cosa, el que la arrienda, el que la hereda, etc.

23.— APROPIACION POR HECHOS ILICITOS

La adquisición de la posesión se caracteriza esencialmente porque es el resultado del ejercicio del poder de hecho sobre la cosa. Como acabamos de decir en el Número anterior, en el Art. 790 no se hacen distinciones en cuanto a la licitud o ilicitud con que la posesión haya sido adquirida. De ahí, entonces, que pueda adquirirse también por medios ilícitos.

El Art. 814 se refiere al «poseedor que haya adquirido la posesión por algún hecho delictuoso...», lo cual supone que ello es posible jurídicamente. Así, el ladrón posee en la misma forma que posee el usurpador. Claro que dará lugar a una posesión viciosa. Pero esta posesión, nacida u originada ilícitamente, puede convertirse en posesión útil para adquirir el dominio por la prescripción positiva. Toda posesión adquirida en esta forma puede ser rechazada, o mejor dicho, puede ser contradicha en los Tribunales de justicia por el que ha sido privado de ella; pero esto no quiere decir que tal posesión no pueda convertirse en real y efectiva y por tanto amparada por el Derecho mediante la continuidad en la misma, sin oposición de nadie.

Si ha pasado más de un año desde que se adquirió ilícitamente la posesión, no podría ya recuperarse por parte del antiguo poseedor mediante los interdictos posesorios. A ello se opone la disposición del Art. 804 en relación con el 828 N.º 5. El primero establece que para ejercitar el interdicto de recuperar la posesión se requiere que no haya pasado más de un año desde que se verificó el despojo. El segundo dispone que la posesión se pierde si la posesión del despojado dura más de un año.

24.— ADQUISICION PERSONAL

El Art. 795 del Código civil mexicano dispone que «puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona a cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique».

Desde luego, toda persona puede adquirir la posesión por sí misma, siempre que tenga voluntad de poseer la cosa cuya tenencia ha adquirido. Debe existir en el adquirente una voluntad consciente de poseer, ya que no se puede ejercer un poder de hecho sobre una cosa sin tener para ello intención de hacerlo, pero sin que esta voluntad signifique en modo alguno el *animus domini* de la teoría subjetiva. Al exponer la teoría de Ihering, seguida por el Código de México, dijimos que este autor no desecha por completo el elemento intencional en la relación posesoria, ya que sin intención tendríamos un hecho simplemente material de relación entre la persona y la cosa, pero no habría posesión. Lo que ocurre en verdad es que el elemento intencional no es distinto e independiente del elemento material o corporal, ya que se encuentra íntimamente unido a él. A Ihering le basta para estimar constituida la relación posesoria el contacto del hombre con la cosa acompañado de la intención de persistir en esa relación.

Como dice Claro Solar (102), «sin voluntad de adquirir con la tenencia la posesión,

(102) Clara Solar. Ob. cit. T. VIII. Pág. 530.

esta no puede existir» y cita un ejemplo de Pothier: Se me introduce en el gabinete de una persona a quien voy a visitar: esperándola, tomo un libro que hallo sobre un mueble, para examinarlo. Es evidente que, aunque lo tengo en mis manos, no adquiero por esto la posesión, porque no tengo la voluntad de poseerlo».

25.— CAPACIDAD

En primer término, el sujeto que por sí mismo va a adquirir la posesión debe tener capacidad para ello, siendo esta capacidad la misma exigida para la adquisición del dominio o la que se requiere para realizar el negocio cediendo el derecho de retener la cosa temporalmente.

Dentro del Capítulo destinado a la Posesión el Código no habla para nada de capacidad necesaria para adquirirla. El Art. 795 señala sólo por quién puede adquirirse. Pudiera estimarse que siendo la posesión el poder de hecho sobre una cosa, bastaría la simple capacidad de goce, siempre que el adquirente, pudiendo manifestar voluntad, ejecutara el hecho material de la aprehensión.

Los comentaristas del Derecho alemán (103) enseñan que la voluntad para constituir la posesión no necesita ser una voluntad especialmente determinada. El que, por ejemplo, destina un recipiente (buzón de cartas, aparato automático) para que se depositen en él cosas de determinada clase, se convierte en poseedor por sólo la introducción de tales cosas (no de otras). Así también los peces entran en la posesión del pescador sólo por caer en la red tendida por él. El zorro que queda apresado en mi trampa y los animales fieros que están dentro de mi cercado, están en mi posesión.

Tampoco ha de ser una voluntad jurídicamente cualificada. Incluso el incapaz de obrar puede constituir un señorío, siempre que su voluntad sea suficientemente madura para poder dirigirse a una relación duradera con la cosa. El que curado de una enfermedad mental, que motivó su incapacitación, siga aún sujeto a tutela, puede adquirir la posesión; el niño que va a la escuela posee su cartera y sus libros; mientras que el loco furioso, la persona sumida en el delirio de la fiebre o el niño de pecho no pueden constituir la posesión.

Por nuestra parte estimamos que no habiéndose legislado especialmente sobre la capacidad para la adquisición de la posesión en el Título destinado a ella, debe entenderse que el legislador se ha remitido a los principios generales que la rigen. No existe en el Código una disposición semejante a nuestro Art. 723. Un impúber (Art. 26) puede, entre nosotros, adquirir la posesión de bienes muebles porque la ley estima que, al hacerlo, manifiesta voluntad consciente para ello, a pesar de ser absolutamente incapaz en concepto del Art. 1447.

Esta disposición de nuestro Código se aplica solamente a las cosas muebles, porque la posesión de los bienes raíces no puede adquirirse sino mediante actos jurídicos que no podría realizar quien no tiene capacidad de ejercicio.

Comentando esta disposición, Claro Solar (104) dice que la toma de posesión de cosa mueble es el acto más simple y sencillo que puede realizarse en la vida jurídica. El impúber que se encuentra una concha, un caracol, una perla en la playa del mar y la coge con voluntad de apropiársela, adquiere la posesión de ella y su dominio. Pero la ley le advierte que no puede ejercer los derechos de poseedor, sino con la autorización que compete, es decir, no podrá contratar con respecto a la cosa mueble cuya posesión ha adquirido, ni disponer de ella, porque para esos actos jurídicos es incapaz».

De la lectura del artículo y las consideraciones hechas por el autor citado, vemos que es ésta una autorización especialísima que se le ha concedido al impúber para realizar este acto adquisitivo de la posesión; es una autorización muy restringida y a la cual se le han impuesto varios requisitos. Si no hubiera existido este artículo en el Código civil chileno, aquel que no tiene la libre disposición de sus bienes no habría podido adquirir la pose-

(103) Enneccerus, Kipp y Wolff.—Ob. y T. cit. Pág. 557.—En igual sentido, Loewenwarter, Víctor. Ob. cit. T. II, Pág. 12.—Saleilles: «La posesión de bienes muebles».—Pág. 65 y siguientes.

(104) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII. Pág. 532.

sión de bienes muebles; habría sido preciso que actuara por medio de su representante legal. Pues bien, en el Código mexicano no existe esta autorización en favor del impúber; por tanto será preciso aplicar los preceptos generales sobre capacidad.

Insistiendo sobre el punto, vale la pena ilustrar nuestros argumentos con la autorizada opinión del doctor Valverde (105).

En el Código español existe una disposición semejante a nuestro artículo 723, que es el 443, en virtud del cual los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas, pero necesitan la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor. Valverde estima que este precepto supone un gran atrevimiento legislativo, y buena prueba de ello es que no se ha consignado con esta generalidad en ningún Código y sienta una doctrina completamente nueva. Cita también, en el mismo sentido el testimonio de Manresa (106).

En realidad, el artículo citado del Código español es mucho más amplio que el nuestro, ya que incluye a todos los incapacitados y no hace distinciones entre muebles e inmuebles.

Continúa diciendo este autor que «el legislador español les concede a los menores capacidad o aptitud para adquirir la posesión, lo que no pueden es usar de los derechos que nazcan de la posesión, sino por medio de sus representantes legítimos. El Código incurre en una grave confusión, que es originada por no tener un concepto preciso de la posesión. El no distinguir el Código entre la detentación y la posesión, le hace incidir en el error de afirmar que los menores e incapacitados pueden adquirir la posesión, y esto no puede ser así, porque la posesión civil requiere intención y ésta no la pueden tener los incapacitados ni los menores; podrán tener una cosa, detentarla, pero no podrán poseer. Juzgo, pues, que la capacidad de los menores e incapacitados para adquirir la posesión, no puede referirse más que a la posesión natural (107), nunca a la civil. En lo que respecta a la posesión que se ejercita en nombre de otro, la capacidad de poseer estará en relación directa con el título que motiva la representación; así, si se trata de menores, serán sus padres o tutores los que la ejerzan en su nombre; si se trata de un mandato, la capacidad para ser mandatario autoriza para adquirir la posesión en nombre del mandante, y en lo que se refiere a la capacidad para adquirir en nombre propio, ya que el Código no expone ningún precepto singularmente aplicable al caso, será la general para adquirir la propiedad y demás derechos reales».

Estudiando los principios de la capacidad, vemos que el Código mexicano reconoce la mayor y la menor edad, cuya edad divisoria es 21 años. Todo aquel menor de esa edad debe actuar por representante. No aparece de las disposiciones pertinentes del Código que pueda adquirir la posesión por sí mismo.

Se exceptúan de la representación legal el menor emancipado por matrimonio (Art. 641) o por otorgación (Art. 642) (108), los cuales pueden disponer libremente de su persona y bienes, con las restricciones señaladas por la ley hasta que cumplan los 21 años, entre las cuales no se halla la de no poder adquirir la posesión (109).

Hay, sin embargo, actos y hasta negocios jurídicos que el menor de edad está facultado para realizar, es decir, tiene el menor una capacidad civil aumentada. Tampoco hemos encontrado allí capacidad para que el menor pueda adquirir por sí mismo la posesión (110).

(105) Calixto Valverde.—Ob. cit. T. II. Pág. 324.

(106) Manresa y Navarro.—Ob. cit. T. IV. Pág. 175.

(107) Posesión natural es, en el Código español (Art. 430) la mera tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho; y posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derechos como suyos. Estas expresiones, posesión natural y civil, son desconocidas en nuestro Derecho, así como en la legislación mexicana.

(108) Los mayores de 16 años que estén sujetos a patria potestad o a tutela tienen derecho a que se les emancipe si demuestran su buena conducta y su aptitud para el manejo de sus intereses. Los padres o tutores pueden emancipar a sus hijos o pupilos que se encuentren en las condiciones indicadas en el párrafo anterior siempre que éstos consientan en su emancipación (Art. 642). La otorgación equivale a la habilitación de edad que existía en nuestro Derecho (Tit. XVI. Lib. I) con la diferencia de edad que quedó anotada (16 años en México), institución que fué suprimida por la Ley 7612 de 21-X-1943.

(109) Ver Arts. 643 y 644 del Código civil mexicano.

(110) Véase Gomís y Muñoz. Ob. cit. T. II. Pág. 219 y siguientes. También Angel Ossorio en su comentario al Art. 32 de su Anteproyecto. Ob. cit. Pág. 32 y siguientes.

Por estas consideraciones, estimamos que el menor no puede adquirir por sí mismo la posesión, debiendo, en consecuencia actuar por medio de su representante legal. En igual situación se hallan los que están bajo tutela (111), las personas jurídicas o morales y, en general, los que deben actuar por representante legal. En esta afirmación nos acompaña también, a nuestro juicio, el Art. 1138, ubicado en el Título de la Prescripción, que dice: «Pueden adquirir por prescripción positiva todos los que son capaces de adquirir por cualquier título; los menores y los demás incapacitados pueden hacerlo por medio de sus legítimos representantes»

26.—ADQUISICION DE LA POSESION POR REPRESENTANTES

Como se ha dicho, la posesión se puede adquirir por medio de representantes.

La adquisición por medio de representantes nos viene desde el Derecho romano, el cual la había admitido primero para la adquisición de la posesión por intermedio de personas sujetas a potestad, y después, desde el siglo II adelante, para la adquisición por medio de personas libres (112).

En el Derecho moderno, es un principio uniformemente admitido que la posesión, lo mismo que cualquier otro derecho, puede ser adquirida por medio de representante. Puede tratarse de un representante legal o un representante voluntario, y en este último caso, de un mandatario o de un tercero que obre como simple gestor de negocios.

Lo normal en el Derecho es que los actos jurídicos sean ejecutados personalmente, es decir, que quienes adquieren los derechos y soportan las obligaciones que de ellos derivan, sean quienes consistieron en dichos actos o declaraciones de voluntad.

Excepcionalmente, en el caso de los representantes, el acto jurídico realizado o la declaración de voluntad hecha, afecta a personas distintas de las que intervinieron directamente, pero por cuya cuenta y a cuyo nombre actuaron las primeras (113).

El tratadista francés Capitant, sostiene que «hay representación cuando un acto es celebrado por una persona, pero por cuenta de otra, en condiciones tales que los efectos se producen directa e inmediatamente en la persona del representado, como si este mismo hubiera celebrado el acto» (114).

El profesor Stitckin sostiene que «la representación es una institución por la cual una persona que está facultado para ello, afecta el patrimonio de otra al cumplimiento y demás consecuencias jurídicas del acto que celebra en nombre y por cuenta de esta última» (115).

Es, pues, la representación una institución por la cual una persona realiza un acto o negocio jurídico en nombre de otra y ocupando el lugar de ésta, de tal manera que el negocio efectuado por el representante deba recaer precisamente, con todos sus efectos y de una manera exclusiva, sobre la persona representada.

Como se dejó dicho en el Número anterior de este trabajo, el Código de México acepta que la posesión pueda adquirirse por representante (116), que puede ser legal o voluntario.

a) **Representante legal.**—La representación legal es aquella que la ley confiere a determinadas personas en virtud del cargo u oficio que desempeñan o por razón del estado de familia (117).

Las personas que ejercen la representación legal obran a nombre de otras incapacitadas para hacerlo por sí mismas.

(111) Ver Art. 537 del Código mexicano.

(112) Mayores comentarios sobre el antecedente histórico en Salvat. Ob. cit. Pág. 93.

(113) Véase Gustavo Villagrán C.—«Del dolo y la mala fe en los representantes».—Memoria Pág. 13 y siguientes.

(114) Capitant, Henry: «Introduction al étude du droit civil». Pág. 384.—Citado por Villagrán. Mem. Pág. 13.

(115) David Stitckin.—«La representación en los actos jurídicos».—Memoria de prueba.—Pág. 67.

(116) Art. 795 del Código de México.

(117) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. I.—Pág. 236.—En el Cap. IV del I Tomo de esta obra se desarrolla la teoría de la representación en el Derecho mexicano.

Los principales casos de representación legal que admite el Código de México son:

1.—Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que se hallan sujetos a ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen (Art. 425). Están sujetos a patria potestad los menores que, de acuerdo con el Art. 646, son aquellos que no han cumplido 21 años (118). En los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso (Art. 440).

2.—La tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, o que tienen incapacidad natural o legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley (Art. 449). El tutor está obligado a representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros actos estrictamente personales (Art. 537).

La incapacidad natural—según la entienden Gomís y Muñoz (119)—es aquella que por razón de la naturaleza defectuosa que afecta al sujeto éste carece de la madurez conveniente y justa para realizar negocios jurídicos. La incapacidad legal es aquella que la ley fija de una manera taxativa y que impide que el sujeto pueda realizar aquellos actos que la norma le prohíbe por razones puramente inherentes a su persona.

3.—Procede también la representación legal respecto de los ausentes e ignorados (120). El nombramiento de ellos lo determina el Art. 654. En el siguiente se explica cómo caduca el poder conferido por el ausente; el Art. 657 fija el orden que debe seguirse en el nombramiento de estos representantes. El Art. 680 prevé la apertura del testamento ológrafo del ausente en presencia de su representante. El Art. 720 dice que el representante tiene la legítima procuración del ausente en juicio y fuera de él.

4.—Las personas jurídicas o morales son representadas legalmente por las personas a quienes las disposiciones estatutarias les hayan conferido este carácter (121).

b) **Representación voluntaria.**—La representación voluntaria es aquella que se confiere al representante por un acto de voluntad del representado.

Puede ella ser definida en la forma que lo hace Castán (122) diciendo que «es una declaración de voluntad por la que una persona autoriza a otra para que concluya en su nombre uno o varios negocios jurídicos que han de producir sus efectos, como si la primera, por sí misma, hubiese operado».

El Art. 1801 se refiere a ella cuando dice que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley».

Respecto de la capacidad del apoderado, los autores Gomís y Muñoz (123) estiman que ésta deberá ser la general fijada por la ley. Sin embargo, y a pesar de que el Código nada diga taxativamente respecto a la capacidad del emancipado para ser mandatario o apoderado, ni contenga a este respecto la indicación afirmativa de los códigos español, venezolano, francés, etc., opinamos que el menor emancipado puede ser mandatario, salvo en el

(118) El Código mexicano reconoce la potestad—en los Arts. 414 y 415—conjuntamente al padre y a la madre, al abuelo y a la abuela y a los dos progenitores del hijo natural si viven juntos. Este principio lo atenúa en parte, en el Art. 426 que dice que en los casos de potestad conjunta el administrador de los bienes será el varón, pero con la obligación de «consultar en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración». Compárese este principio con las disposiciones de los Tít. IX y X del Libro I del Código civil chileno.—Véase Comentario de Angel Ossorio.—Ob. cit. Pág. 176 y 177.

(119) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. I. Pág. 228.

(120) Recordemos que éstos no son representantes judiciales como se ha pretendido llamarlos por el hecho de ser nombrados en una resolución judicial. La misión del juez se reduce a designarlos, pero su existencia está determinada por la ley.

(121) Respecto a la adquisición de bienes inmuebles hay que tener presente el Art. 27 constitucional (federal) que establece fuertes restricciones a la adquisición del dominio, posesión y a la administración de terrenos por parte de las personas morales, negándoles en absoluto esta capacidad a las asociaciones religiosas denominadas iglesias.

(122) Castán, citado por Gomís y Muñoz. Ob. cit. T. I. Pág. 233.

(123) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. I. Pág. 239.

supuesto del mandato judicial, en virtud de que el Art. 2585, en su fracción primera, impone que los incapacitados puedan ser procuradores en juicio».

La forma del poder o mandato puede ser verbal o escrita (Art. 2550). El mandato escrito puede otorgarse en escritura pública, en escrito privado, o en carta poder. El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes; hayan o no intervenido testigos (Art. 2552).

Por lo que toca a la determinación específica de los negocios que el apoderado pueda realizar en nombre del representado, el Código en su Art. 2553 establece que el mandato puede ser general o especial. En todos los poderes generales se indicará si estos son para pleitos y cobranzas, o para administrar bienes o para ejercer actos de dominio; en todos estos casos el poderdante podrá establecer las limitaciones que estime convenientes. El poder especial es aquel que se confiere para un negocio determinado o para cualquier acto que no tenga carácter de apoderamiento general (Art. 2553 y siguientes).

El Código confunde entre mandato y poder. Sus redactores no tuvieron en cuenta las modernas doctrinas que estiman la representación como «una institución autónoma, independiente de las relaciones causales que la originan» (124).

Así, pues, la posesión puede ser adquirida por medio de un representante voluntario que deberá tener capacidad suficiente, con un poder otorgado en forma legal y que se halle vigente al momento de tomar la posesión. Deberá haberse determinado específicamente en el poder que él se confiere para adquirir la posesión en favor del poderdante.

27.—AGENCIA OFICIOSA

El agente oficioso es aquel que actúa sin mandato alguno.

El Código se pone también en la posibilidad de que la posesión se adquiera por un agente oficioso. En efecto, dice el Art. 795 que la posesión puede adquirirse por un tercero sin mandato alguno; en este caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona a cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

La voluntad de la persona a cuyo nombre se tomó la posesión no puede existir mientras ésta no tenga conocimiento del hecho y acepte la adquisición que se ha hecho en su nombre; esta voluntad se manifiesta por medio de la ratificación que retrotrae la aceptación de la persona a cuyo nombre ha procedido el tercero sin mandato, al momento en que éste tomó la posesión.

La gestión de negocios está regulada en el Código en los Arts. 1896 y siguientes. El primero de ella ensaya una definición diciendo que «el que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio».

En el Capítulo IV del Título I del Libro IV del Código, que se inicia con el Art. 1896 se estudia lo referente a esta institución. De entre estos artículos, cabe citar el 1906 en cuanto confirma la disposición del Art. 795. Dispone que «la ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato. La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió».

Refiriéndose a la adquisición por agente oficioso, Angel Ossorio (125), que en su Anteproyecto de Código civil boliviano estampa una disposición muy semejante a la del Art. 795 mexicano, dice que este es un caso raro, pero que puede darse. Cita, al efecto, el siguiente ejemplo: Una persona que va a venir de Francia a Bolivia recibe un objeto para traérselo a otro que en Bolivia reside. El que toma el objeto no tiene mandato de su destinatario. Sin embargo, es un poseedor verdadero pues tiene el deber de custodiar y el derecho de reivindicar. Pero su función será provisional, pues si al llegar a Bolivia el destinatario no quiere recibir la cosa, el portador tendrá que buscar otra solución al encargo, ya

(124) David Stitchkin.—Memoria de prueba cit. Pág. 83.—Sobre la naturaleza jurídica de la representación, véase Stitchkin: «La representación en los actos jurídicos». Memoria.—«El Mandato civil», publicado en la Rev. de Derecho de la Univ. de Concepción. N.º 33 y siguientes. «Naturaleza jurídica de la representación» publicado en la Rev. de Derecho y Jurisp. T. XXXV.—Véase además René Lazo Fernández: «Ensayo de una teoría general de las modalidades en los actos jurídicos». Memoria de prueba.—Gustavo Villagrán Cabrera.—Memoria cit. Pág. 13 y siguientes.

(125) Angel Ossorio.—Ob. cit. Pág. 275. Nota al Art. 533.

pidiendo nuevas instrucciones al comitente, ya constituyendo depósito en manos de la autoridad pública. De todos modos, mientras el caso no se resuelva, el encargado seguirá siendo un verdadero poseedor».

Debemos hacer presente en esta oportunidad que para este autor la distinción entre posesión originaria y derivada es meramente verbalista; que es ocioso distinguir entre tenedor y poseedor, de ahí que él estima que en ejemplo propuesto el que trae el objeto de Francia es un verdadero poseedor. Nosotros creemos que en este caso no lo es, porque se produce la situación que contempla la teoría de Ihering que él llama de simple yuxtaposición local, en que la relación con la cosa carece de toda significación para la posesión.

28.—PERDIDA DE LA POSESION

La posesión de las cosas se pierde por los distintos modos que señala el Código en el Art. 828; y la de los derechos, por las causales que se señalan en el Art. 829.

La posesión se pierde en cuanto se extingue la relación posesoria. La pérdida de la posesión es, pues, el hecho jurídico que por si solo sea capaz de disolver esta relación.

Generalmente es admitido como modos de perder la posesión el hecho jurídico proveniente de la voluntad del poseedor y el hecho jurídico que no depende de esa voluntad: modos voluntarios y modos forzosos. Podríamos agregar a éstos la pérdida que se produce por causa de la naturaleza.

Entre los modos voluntarios, contempla el Código, en primer lugar, el abandono de la cosa por el poseedor. Aquí el poseedor renuncia a su derecho; hace dejación de él; su ánimo es dejar de ser poseedor de la cosa; es el acto jurídico contrario a la adquisición. También cabe dentro de esta categoría la pérdida que se opera por la cesión hecha a otra persona a título oneroso o gratuito.

Entre los modos forzosos, o que dependen de un hecho ajeno, cabe hacer una distinción en cuanto a que la pérdida se produzca judicial o extrajudicialmente.

Extrajudicialmente se pierde la posesión, según el Código, cuando la cosa se destruye o se pierde o cuando queda fuera del comercio; en el caso de despojo y en el de la expropiación por causa de utilidad pública.

Podríamos agregar a éstos un modo que no contempla el Código y sería la muerte del poseedor.

La posesión se pierde judicialmente en el caso de resolución judicial, a consecuencia de un juicio contradictorio, como el de reivindicación intentado por el propietario.

29.—CONSERVACION DE LA POSESION

Intimamente unida a la pérdida está la conservación de la posesión. Haciendo un razonamiento lógico, podemos afirmar que ella debe conservarse y continuar mientras no haya ocurrido un hecho que haga extinguirse la relación posesoria.

Savigni—para quien la posesión exige el concurso de los elementos conocidos: corpus y animus—enseña que ella se conserva mientras estos elementos se hallen unidos, pero se pierde desde que uno cualquiera llegue a desaparecer y con mayor razón si desaparecen ambos (126).

Según hemos visto al comienzo de este trabajo, Ihering estima que la posesión es la exteriorización de la propiedad, o sea, el estado normal externo de la cosa bajo el cual cumple el destino económico de servir a los hombres. Teniendo esto presente, Ihering sostiene que la posesión debe reputarse subsistente mientras la cosa poseída se encuentre en las condiciones en que normalmente la tendría un propietario. Así, en el caso de los materiales destinados a la construcción y que se hallan en el lugar de la obra, deben reputarse poseídos por el dueño o el constructor. Al contrario, cuando las cosas se encuentran fuera de las condiciones en que regularmente se ejerce el derecho de propiedad, la posesión debe estimarse perdida, como sería el caso de una billetera abandonada en el campo (127).

(126) Savigni.—Ob. cit. Pág. 312 a 314.

(127) Ihering.—Ob. cit. Pág. 185 y siguientes.—Véase, además Galiano. Ob. cit. Pág. 111 y siguientes en que trata de adaptar la doctrina Ihering al Código civil argentino.

En el Código de México no encontramos disposiciones que digan relación con este fenómeno de la conservación de la posesión. Los principios que sobre ella expondremos los trataremos de deducir del contenido de sus disposiciones.

Una vez adquirida la posesión, no es necesario para conservarla la subsistencia en todo momento de una voluntad positiva y formal de poseer. Basta—como dice Pothier (128)—una voluntad negativa, es decir, que la voluntad que se ha tenido de adquirir la posesión no haya sido revocada por una voluntad contraria. Esta es la razón por la cual el poseedor no pierde su posesión durante el sueño, aunque no manifieste ni pueda manifestar una voluntad positiva de poseer todo lo que posea antes de dormirse.

Tampoco será necesario la tenencia personal de la cosa. De la misma manera que es posible la adquisición por medio de otra persona es también posible la conservación por otra persona que la retiene a nuestro nombre.

Mientras se ejerza el poder de hecho de que nos habla el Art. 790, se conservará la posesión. El Art. 827 dice que «se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió». Ello importa reconocer, siguiendo la teoría de Ihering, adoptada por el Código, que la posesión debe reputarse subsistente mientras la cosa poseída se encuentre en las condiciones en que normalmente la tendría el propietario. Así, por ejemplo, una cosa transitoriamente perdida dentro de una casa—habitación o en un campo poseído, se reputa subsistente mientras haya esperanza probable de encontrarla (129). La posesión se conserva por la sola voluntad del poseedor, la que debe prevalecer porque se trata de una imposibilidad accidental o temporaria de ejercer actos posesorios sobre la cosa.

30.— PERDIDA VOLUNTARIA DE LA POSESION

Dos son las maneras por las cuales el poseedor pierde su posesión voluntariamente: a) por el abandono que hace de las cosas, para que otro cualquiera las ocupe. b) por la cesión de la cosa a otra persona, ya sea por un título oneroso o por uno gratuito. Ambos modos los contempla el Código en los N.ºs 1.º y 2.º del Art. 828.

a) **Abandono.**—Aquí el poseedor tiene la voluntad absoluta de perder la posesión y le es del todo indiferente la persona a cuyo poder pueda pasar la cosa: en cambio en la cesión, el que la hace tiene la intención de perderla para que sea adquirida por una persona determinada.

El abandono puede ser expreso o tácito. Si es ostensible, como cuando alguien arroja alguna cosa que estaba poseyendo con la evidente intención objetiva de desampararla, el abandono es expreso. Pero si esta intención carece de ostensibilidad, la ley debe presumir que no hay tal abandono. No es lo normal en la vida que se esté haciendo abandono de las cosas. Sería la inacción del titular con el transcurso del tiempo el que nos vendría a dar ciertas posibilidades para decir que ha habido allí abandono. Son estos dos elementos que sientan la base jurídica de la usucapción o prescripción adquisitiva.

Sobre este respecto, vale la pena recordar el Art. 1142 que dice: «La renuncia de la prescripción es expresa o tácita, siendo esta última la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido».

Para que el abandono haga perder la posesión es necesario que sea hecho por una persona capaz. No lo dice el Código, pero es una consecuencia lógica, ya que él importa desprenderse de un derecho y sólo puede hacerlo una persona capaz. En caso de incapacidad, debe proceder por intermedio de su representante.

Además, debe ser voluntario, es decir, espontáneo, de tal manera que no existiría abandono si se hiciera presionado por la fuerza o por el temor. Sería éste un caso de despojo, que el Código estudia en otra parte.

El efecto del abandono es la pérdida de la posesión. Perdida la posesión, aparece una nueva consecuencia: la cosa abandonada puede ser poseída en adelante por cualquiera persona que la ocupe o se apodere de ella.

(128) Citado por Claro Solar. Ob. cit. T. VII.—Pág. 546.

(129) El ejemplo es de Salvat; Ob. cit. Pág. 124, quien hace aplicación del Art. 2450 del Código argentino y cita a Pothier.

b) **Cesión.**—Como dice el Código en el N.º 2 del Art. 828, la posesión se pierde «por cesión a título oneroso o gratuito».

Esta cesión no es más que la tradición que el poseedor hace de su derecho a poseer a otra persona. Etimológicamente es esta su significación; tradicio significa la entrega o trasmisión de una cosa (130).

«La verdadera tradición, dice Claro Solar (131), consiste en la entrega que el dueño hace de ella a otro con la intención por su parte de transferirle el dominio y del otro de adquirirlo; encierra la voluntad de perder el dueño la posesión, pues si el tradente era efectivamente dueño de la cosa, el dominio que transfiere lleva consigo el derecho a la posesión de la cosa que entrega, *ius possidendi*; y si el que entrega la cosa no era realmente dueño de ella y no ha podido realizarse verdaderamente la tradición del dominio, sino de los derechos que pudiera tener en la cosa entregada, al entregarla con intención de transferirla a aquel a quien la entrega y al recibirla éste con ánimo de hacerla suya, se desprende aquél de la posesión y la adquiere éste».

Por eso es que en nuestro Derecho se dice (132) que la tradición da al adquirente el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido este derecho. Como nadie puede transferir más derechos que los que tiene, el tradente no transfiere el dominio. Es el adquirente el que por un hecho suyo adquiere en todo caso la posesión de la cosa, la que, unida al transcurso del tiempo, puede convertirlo en propietario, por vía de prescripción adquisitiva (prescripción positiva, como se dice en la legislación mexicana).

Quedaría fuera de la órbita de este trabajo hacer un estudio in extenso de la tradición. Bástenos lo dicho. Ella es un modo de perder la posesión. El Código habla de cesión a título oneroso o gratuito. Ya sabemos que la cesión no es más que la tradición de los derechos sobre la cosa. En el caso en estudio, es la tradición de los derechos del poseedor sobre la cosa poseída en favor de otra persona determinada.

31.—PERDIDA DE LA POSESION POR HECHO AJENO

Con respecto a esta forma de perder la posesión, hemos hecho ya una distinción entre la pérdida que se produce extrajudicialmente y la que se opera con intervención de la justicia.

a) **Destrucción o pérdida de la cosa.**—La cosa poseída puede dejar de existir y, en estas circunstancias, desaparecido el objeto de la posesión, ésta debe también desaparecer. Como dice Salvat (133), la cosa puede dejar de existir material o jurídicamente. Materialmente la cosa deja de existir en tres casos: 1.º—muerte de la cosa poseída, si ésta fuere animada, como ocurre con los animales. 2.º—destrucción total de ella, si fuere cosa inanimada, como ser, destrucción de los muebles de una casa, etc. 3.º—transformación de una especie en otra, es decir en el caso de la especificación, como si de uvas ajenas se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave (134). En realidad, en este último caso, si bien desaparece la posesión sobre la especie primitiva, ella continúa, sin embargo, sobre los restos de la cosa poseída o sobre la nueva especie.

Jurídicamente deja de existir la cosa cuando, por razón de la ley o de un hecho jurídico, se rompe la relación posesoria (135). Como expresa Salvat (136), citando el Art. 2459 del Código argentino, «se pierde la posesión cuando la cosa sufre un cambio que la hace legalmente no ser susceptible de ser poseída».

Por la misma causa, se pierde la posesión de las cosas muebles perdidas materialmente y que se ignora donde se hallan. Tal es el caso que le ocurre a un viajero con las

(130) Salvat.—Ob. cit. Pág. 64.—Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 250.

(131) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII.—Pág. 550.

(132) Art. 683 del Código civil chileno.

(133) Salvat.—Ob. cit. Pág. 128.

(134) Ejemplos tomados del Art. 662 del Código Civil chileno.

(135) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II.—Pág. 278.

(136) Salvat.—Ob. cit. Pág. 129.

cosas que se le caen del carruaje donde viaja o al individuo que se le pierde un pañuelo que se le cae de su bolsillo.

De acuerdo con la doctrina de Ihering, la posesión se pierde en estos casos porque el poseedor deja de conducirse como propietario, es decir, desde que no realiza las gestiones necesarias para recuperar la posesión de ellas (137).

Pero no se pierde la posesión de aquellas cosas muebles mientras se hallen bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero (Art 727 del Código civil chileno). Son cosas que se hallan en realidad en la casa del poseedor, y por lo mismo, bajo su guarda o custodia, o en el lugar que él las ha colocado para conservarlas bajo su poder, aunque momentáneamente haya olvidado en el lugar que las ha puesto (138).

b) **Cosas que quedan fuera del comercio.**—Ya sabemos lo que son cosas fuera del comercio en el Derecho mexicano, por las consideraciones que hicimos al comienzo de este Capítulo.

Nos remitimos a lo allí dicho, pudiendo agregar que es lógico que por esta causa se pierda la posesión, porque—como dice el Art. 747—para que las cosas puedan ser objeto de apropiación es necesario que se hallen en el comercio humano. Las cosas que están fuera del comercio son inapropiables y, por lo tanto, no susceptibles de posesión. Por otra parte, tampoco pueden prescribirse, en conformidad al Art. 1137.

Ahora, si una cosa que estaba en el comercio, deja de estar en él, pierde su cualidad de apropiable con todas las consecuencias que acabamos de exponer.

c) **Despojo.**—Contempla esta forma de pérdida de la posesión el N.º 5 del Art. 828 y dice que la posesión se pierde «por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año». Esta misma forma de pérdida es la que contempla el Código civil chileno en el Art. 726 que dice: «Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan».

En este caso el poseedor es expulsado o arrojado de la cosa por medio de la violencia.

El precepto del Art. 828 concuerda con el plazo de prescripción de la acción interdical de recuperar la posesión mencionada en el Art. 804: «Para que el poseedor tenga derecho al interdicto de recuperar la posesión se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo».

Mirado este modo de perder la posesión desde el punto de vista del despojado, es para éste un modo de adquirir la posesión por medio de la usucapión (prescripción positiva).

Esta materia la veremos con más detención cuando nos corresponda hablar de la acción publiciana.

d) **Reivindicación del propietario.**—Se contempla en el N.º 6 del citado Art. 828. Como dicen Gomís y Muñoz (139), «esta es la forma o modo más corriente de pérdida de la posesión contra la voluntad del poseedor».

El Código mexicano no establece ningún precepto respecto a la acción reivindicatoria, como el nuestro que le dedica el Título XII del Libro II, Art. 889 y siguientes. Sin embargo, en el Art. 831 dice que «la propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad del dueño, sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización». De aquí podemos deducir que si la propiedad es ocupada sin esa causa y contra la voluntad del dueño, éste tiene derecho a ejercitar una acción para recuperar su bien. No puede ser otra que la reivindicatoria, acción típica del dominio, que se estudia y regula en el Código de Procedimientos Civiles.

Sin entrar en detalles en la acción reivindicatoria o acción de dominio, observaremos que si el demandado es vencido, la sentencia lo condena a restituir al dueño en la posesión de la cosa, aparte de las prestaciones que le deba por concepto de frutos, acciones y la reparación de los daños y perjuicios que el dueño haya sufrido, etc. De consiguiente, la reivindicación del propietario que ha obtenido en el pleito produce necesariamente la pérdida de la posesión del poseedor vencido.

e) **Expropiación por causa de utilidad pública.**—Teniendo presente el carácter de función

(137) Ihering.—Ob. cit. Pág. 185 y siguientes.

(138) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII.—Pág. 552.

(139) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II.—Pág. 345.

social que el derecho de dominio asume en México, se deriva que, si bien la propiedad es inviolable, esta cualidad no puede llegar al extremo de evitar que por una razón de interés superior público, no se haya de sacrificar el interés particular de un propietario, que siempre es y será de inferior categoría que el interés colectivo. Ese es su fundamento.

Se puede discutir la naturaleza y carácter de la expropiación forzosa, pero no se podrá negar su necesidad y conveniencia en los países civilizados y en las legislaciones de los pueblos cultos, que aspiran a hacer compatibles y armónicos los intereses públicos y generales con los privados o de utilidad particular. Su justificación es sencilla; el interés público, social y colectivo, reclama el sacrificio del propietario, y como el órgano más autorizado del Poder es el Estado, éste, por medio de la ley, fija los casos en que la expropiación de la propiedad es procedente.

La expropiación por causa de utilidad pública es el acto administrativo por medio del cual el órgano competente del Estado dispone del dominio de una persona determinada para transmitirla a otra, o para establecer a favor de ésta un derecho de ocupación temporal o de limitación dominical perpetua o momentánea sobre la cosa, mediante la justa indemnización que corresponda al titular del dominio afectado (140).

La declaración de utilidad pública la hace el Estado en su calidad de representante de la colectividad nacional. Sin embargo, esta facultad del Estado no es tan absoluta que no admita la intromisión de los tribunales del orden civil para regular, aquilatar y declarar la justicia o injusticia de la privación de un derecho de dominio para conferirlo a un titular distinto del que el bien tiene.

La base de esta institución se halla en la Constitución Política (Art. 27) y en la ley de 23 de Noviembre de 1936, más los artículos 831, 832, 833 y 836 del Código civil (141).

Esta institución la contempla el Código como una de las formas de perder la posesión en su Art. 828 N.º 7.

f) **Resolución judicial.**—La pérdida de la posesión por este medio se producirá en todos aquellos casos en que la declaración del juez estime que la posesión no es legítima o deba ceder a otra con mejor derecho.

32.— PERDIDA DE LA POSESION POR CAUSA DE LA NATURALEZA

Este es un modo que no contempla el Art. 828. Sin embargo, es una consecuencia lógica del carácter que tiene la posesión en el Derecho mexicano.

Se pierde la posesión por este medio cuando, sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada (142), como cuando un animal bravío recobra su libertad natural (143), o un animal doméstico pierde la costumbre de volver al amparo y dependencia del hombre (144), como cuando un objeto mueble cae al mar, a un lago o río (145)

33.— PERDIDA DE LA POSESION DE LOS DERECHOS

La posesión de los derechos se pierde cuando no es posible ejercitarlos o cuando no se ejercen por el tiempo que basta para que queden preseritos (Art. 829).

Tenemos, entonces, que pueden ser dos las causas por las cuales se pierda la posesión sobre los derechos: a) que el poseedor no pueda ejercitar los derechos poseídos. Esta imposibilidad puede resultar por incapacidad física o jurídica que impida dicho ejercicio, menos si la incapacidad está suplida por representante legal. b) La otra causa es que haya

(140) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II.—Pág. 138.

(141) Moyores antecedentes sobre la expropiación en Gomís y Muñoz, quienes le dedican el Cap. VII del Tomo II de la obra citada. La estudian como una limitación del dominio. Pág. 137 y siguientes.

(142) Art. 2502 N.º 1 del Código civil chileno.

(143) Art. 619 del Código civil chileno.

(144) Art. 609 inc. 2.º del Código civil chileno.

(145) Claro Solar. Ob. cit. T. VII.—Pág. 552.

inacción en su ejercicio por el tiempo necesario para que dichos derechos estén prescritos, siendo esta prescripción la extintiva (prescripción negativa, se dice en México).

En el Código civil alemán la posesión de los derechos no está adoptado en una forma general, sino excepcionalmente en relación con el derecho de servidumbre (Art. 1029). El concepto de «cuasi posesión» se refiere al ejercicio de derechos reales y no procura la posesión real sobre la cosa porque la facultad de andar o traficar sobre un predio no da poder de hecho en el sentido de la posesión, como tampoco el cazador es poseedor de los terrenos en los cuales ejerce, de vez en cuando, el derecho de caza (146).

Nuestro Código dispone en el Art. 715 que «la posesión de las cosas incorpóreas es susceptible de las mismas calidades y vicios de una cosa corporal».

Al decir de Claro Solar (147), no hay en nuestro Derecho diferencias en la posesión de una y otra clase de cosas, y en la expresión cosa determinada de que se sirve el Art. 700 se comprenden toda clase de bienes corporales o incorpóreas, muebles o inmuebles».



(146) Víctor Loewenwarter.—Ob. cit. T. II. Pág. 16.

(147) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII.—Pág. 452.—Stitchkin.—Apuntes de la clase de Derecho civil profundizado (1946) que se han citado.

CAPITULO TERCERO

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE POSESION

PARRAFO PRIMERO

DE LA POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO

34.—FUNDAMENTO DE LA CLASIFICACION

El Código de México contempla diversas clases de posesión. Así, nos habla de posesión originaria y derivada; de buena y mala fe; en concepto de propietario; con título; prescriptiva, etc.

Trataremos aquí de la posesión en concepto de propietario, a que se refiere la ley en varias de sus disposiciones.

Para formarnos una idea precisa de ella debemos hacer una breve referencia a lo que dijimos en otro lugar sobre la posesión originaria y derivada, distinciones que sirven de base a la clasificación que nos preocupa en este instante (148).

Se entiende por posesión originaria la que se ejerce a título de propietario, sea que la cosa se halle en manos de otro en virtud de un acto jurídico celebrado con el poseedor (149), o que el propietario mismo tenga bajo su poder inmediato la cosa objeto de la relación de dominio. Posesión derivada es la que ejercen aquellas personas a cuyas manos ha pasado la cosa en virtud del acto jurídico celebrado con el propietario y que las autoriza para retenerla temporalmente en su poder.

Esta distinción es de suma importancia para caracterizar una y otra clase de posesión. Desde este punto de vista, podríamos dividirla en posesión que se ejerce en concepto de propietario y posesión que se ejerce en un carácter distinto.

En aquellas legislaciones que se han inspirado en la doctrina de Savigni, se da lugar a que los autores hagan la clasificación de posesión en concepto de dueño y posesión en concepto de mero tenedor de la cosa (150), denominación esta última que no es exacta para el Código de México, ya que el arrendatario, el usufructuario, el comodatario, no son meros tenedores, sino verdaderos poseedores.

Tener posesión originaria es, según el Art. 791, poseer a título de propietario.

Al decir de Alas, de Buen y Ramos (151), «este es el requisito más importante que ha de tener la posesión destinada a servir de fundamento a un futuro derecho de propiedad». Esta importancia está en la naturaleza de las cosas. Es posible que poseamos quieta y pací-

(148) Véase Cap. I, N.º 3 de este trabajo.

(149) Art. 791 del Código civil mexicano.

(150) Valverde, Calixto.—Ob. cit. T. II, Pág. 323.—José Castán. «Derecho civil español común y foral».—T. II, Pág. 40.—Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 116, sobre el Art. 447 del Código civil español.

(151) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 116.

ficamente, sin interrupción y durante mucho tiempo una cosa sin que por ello adquiramos su propiedad; basta que no tengamos la cosa como dueños para que la usucapión sea imposible

Si no queremos o no podemos poseer a título de dueños, no llegaremos a ser propietarios, a no ser que cambien las circunstancias, porque falta en nuestra posesión un elemento constitutivo absolutamente indispensable, sin el que no se puede pensar en la existencia de la propiedad ¿Cómo vamos a ser dueños de aquello que no queremos tener en nuestro patrimonio, o de aquello que, por razones legales, no nos es dado apropiarnos? Los otros requisitos, a pesar de su gran importancia, no son esenciales a la usucapión; puede ser concebida una posesión apta para convertirse en propiedad, en la que falte alguno de los requisitos ya citados, con tal de que la ley dispense de ellos. Pero si la ley dispensare al usucapiente de la obligación de poseer la cosa como dueño, la usucapión dejaría de ser una institución con sus caracteres actuales, y lejos de beneficiar los intereses de la colectividad, sería una amenaza constante para todo propietario que no tuviera la cosa bajo su inmediato poder material. Todos los actos y contratos que tienen por objeto permitir el goce de una cosa ajena, de la que no se es propietario, habrían dejado de existir ante el constante peligro de que el mero tenedor de la cosa se la arrebatase al dueño (152).

Estimamos que las ideas de estos autores explican claramente el fundamento de esta distinción. En efecto, el Art. 826 dice que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción».

Según el Art. 791 hay dos clases de poseedores. Los que poseen a título de propietarios, que tienen una posesión originaria, y los poseedores derivados. En el primer caso la posesión es lisa y llanamente el ejercicio del dominio. Ser propietario significa poder gozar y disponer de una cosa con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes (153). Pero la posesión puede aparecer también separada del dominio; es lo que ocurre en el caso del poseedor derivado.

Cuando corresponde a quien no es dueño de la cosa, existen bien diferenciados dos aspectos: el del poseedor que, sin ser dueño, objetivamente aparenta serlo, toda vez que concurren a su favor los antecedentes necesarios para que la transferencia o adquisición se hubiere logrado; y el del poseedor puro y simple, despojado de esta apariencia de dominio porque no concurren a su respecto las circunstancias o elementos necesarios para que se hubiera operado a su favor la transferencia o la adquisición del dominio (154).

35.— LA POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO.— Alcance de esta expresión

El que posee para usucapir, posee en concepto de dueño; esto no quiere decir que él se crea siempre dueño de la cosa, sino que desea serlo. El poseedor en concepto de dueño es el que quiere ser propietario y se porta como tal (155).

El tratadista Valverde estima que la posesión en concepto de dueño es la que se tiene con verdadera independencia de otro, la apropiación económica de la cosa con señorío independiente, y posesión en concepto de tenedor es aquella que no se posee con independencia de señorío, bien por estar subordinada a otro, o bien por ejercerla por orden o en nombre de otro (156).

Podríamos sintetizar el alcance de aquella expresión diciendo que ella implica de parte del sujeto la convicción o la pretensión de haber adquirido el dominio de la cosa.

Como dicen Alas, de Buen y Ramos (157), «no basta que, por una mera tolerancia del verdadero propietario, realicemos algunos actos que nos hagan aparecer ante la gente como dueños de la cosa poseída; es necesario que haya a nuestro favor siquiera una apa-

(152) Alas, De Buen y Ramos.—Ibidem.

(153) Art. 830 Cód. Civ. mex.—Sobre el derecho de propiedad, véase Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Cap. IV. Pág. 67 y siguientes.

(154) David Stitchkin B.—Apuntes de Derecho civil profundizado (1946), citados.

(155) Alas, de Buen y Ramos. Ob. cit. Pág. 167.

(156) Valverde, Calixto.—Ob. cit. T. II. Pág. 323.

(157) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 167.

riencia de derecho, o el hecho de que el verdadero dueño haya intentado infructuosamente, o no se haya atrevido a intentar, privarnos de la posesión injusta que ejercemos sobre la cosa».

Esta posesión que ejerce el dueño es la que se ha dado en llamar posesión con derecho (158). Dentro del mecanismo normal del Derecho, el dueño de una cosa de que está en posesión no tiene otra calidad que la de dueño, pero, dentro del Código, el dueño tiene dos calidades; dueño y poseedor. Si el dueño de una cosa pierde su posesión, la reclama por la acción reivindicatoria y la recupera en razón de ser dueño. Probando dominio, tiene derecho a que se le devuelva la posesión, porque ella es la realización del dominio y el dominio se manifiesta por el hecho de la posesión (posesión con derecho). El carácter de poseedor que tiene el dueño en este caso carece de toda significación, ya que simplemente realiza el destino jurídico económico normal que la ley asigna a la propiedad. La posesión que se reclama es una consecuencia directa del dominio, lo que demuestra la escasa significación jurídica que tiene la posesión en este caso.

El Código chileno define la reivindicación, o acción de dominio diciendo que «es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela» (159).

Los juicios reivindicatorios no tienen por objeto declarar que alguien es dueño, sino condenar al poseedor a restituir la posesión en favor del dueño; declaran el derecho a la posesión en razón del dominio (160). En las acciones posesorias, en cambio, no se discute el dominio, no se discute el derecho a poseer la cosa, sino simplemente el hecho de la posesión. Tienen por objeto restablecer el estado anterior de la turbación, embarazo o pérdida de la posesión.

Lo jurídico, lo perfecto es que la posesión vaya unida al dominio. De manera que el juicio posesorio no llena este objetivo, que llena en cambio el juicio reivindicatorio, al restablecer definitivamente el orden jurídico quebrantado, porque le da la posesión al dueño, al que tiene derecho a ella. Si el dueño no intenta la acción reivindicatoria, este estado no ordinario debe desaparecer, y desaparece mediante la prescripción. Lo normal es la posesión con derecho; la posesión sin derecho es inestable, transitoria, contraria al derecho y necesariamente debe desaparecer, ya mediante los juicios reivindicatorios, ya mediante el transcurso del tiempo que lleva a la prescripción.

36.—PRESUNCION DE QUE EL POSEEDOR LO ES EN CONCEPTO DE DUEÑO

Dice el Art. 798 que «la posesión da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales».

Es esta, sin duda, una presunción que la ley ha establecido con el fin de proteger la posesión. No significa por sí sola que pueda darle legitimidad a la posesión y mucho menos calidad de dominio. En cuanto a su naturaleza, es de *juris tantum*, puede ser impugnada mediante la prueba en contrario.

La posesión se presenta como la situación de hecho que permite al propietario el ejercicio de las diversas facultades que constituyen su derecho de dominio; y como esta situación de hecho corresponde en la práctica ordinariamente al dueño de la cosa, es natural ver en el tenedor que ejecuta aquellos actos al propietario, al que ha adquirido la cosa por un modo originario de adquirir o que la ha adquirido por tradición del propietario anterior, en virtud de un título traslativo y en uno y otro caso, con la intención de hacerla suya (161).

La presunción del Art. 798 corresponde a la que establece nuestro Código en el Art. 700 inc. 2.º: «El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo».

Esta presunción coloca al poseedor en una situación muy favorable, ya que no necesita acreditar su derecho a poseer, la causa de su posesión. Basta con el hecho posesorio durante el tiempo que la ley requiere para poder hacer uso de las acciones posesorias que han de ampararle o hacer que se le restituya la posesión que tenía y de que ha sido injusta-

(158) David Stitchkin.—Apuntes citados.—Julio Verdugo. Mem. cit. Pág. 20.

(159) Artículo 889 del Código civil chileno.

(160) David Stitchkin.—Apuntes citados.

(161) Claro Solar. Ob. cit. T. VII. Pág. 453.

tamente privado. Da, pues, un medio fácil de hacer respetar su derecho de dominio al propietario. No necesita entrar a probar éste. Probará solamente su posesión actual o la posesión de que ha sido despojado.

Siguiendo a Alas, de Buen y Ramos (162), podemos decir que la posesión produce desde el primer momento la presunción de propiedad a favor del que tiene la cosa, lo que le da en caso de contienda judicial un lugar privilegiado: el de demandado, que no necesita demostrar la existencia de su derecho, mientras el demandante no aporte ninguna prueba en contrario. Esta presunción de propiedad, sin embargo, no puede ser más precaria en la práctica si no va acompañada de algún título, o si en virtud de algún hecho no ha podido la simple posesión convertirse en propiedad: será muy raro el caso en que el demandante sea tan temerario que acuda a un juicio petitorio sin poseer ni indicios de prueba del derecho que reclama.

37.—CONSECUENCIA DE ESTA PRESUNCION.— EL QUE ALEGA QUE SE TRATA DE UNA POSESION DERIVADA DEBE PROBARLO

Ya hemos manifestado que la presunción anterior es de aquellas que admiten prueba en contrario. Pero, mientras esa prueba no se produzca, el poseedor se halla relevado de efectuarla. Aun el poseedor derivado goza de su amparo. Externamente, no hay diferencias entre el poseedor originario y el derivado. Este último aparece ante todo el mundo realizando o pudiendo realizar los mismos actos que el que posee a título de propietario. De aquí que, como una consecuencia, quien le disputa su posesión deberá desvirtuar la apariencia de propiedad con que se inviste y probar que se trata de una posesión derivada.

Si quien disputa la posesión es el poseedor originario, deberá éste probar el acto jurídico en cuya virtud ha autorizado para retener temporalmente la cosa en su poder, demostrando con ello su calidad de originario y, por ende, de propietario.

38.—PRESUNCION DEL MANTENIMIENTO DE LA CAUSA

El Art. 827 dice: «Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, a menos que se pruebe que ha cambiado la causa de la posesión». Y el Art. 1139, ubicado en el Título de la Prescripción, agrega: «Para los efectos de los artículos 826 y 827 se dice legalmente cambiada la causa de la posesión cuando el poseedor que no poseía a título de dueño comienza a poseer con este carácter, y en tal caso la prescripción no corre sino desde el día en que haya cambiado la causa de la posesión».

En estos dos artículos se halla establecida la figura jurídica que los autores denominan «intervención del título» o «cambio de causa en la posesión», sobre lo cual nos detuvimos brevemente en el Capítulo Primero (163).

En esta parte de nuestro estudio cabe fijar preferentemente nuestra atención a lo que dispone este artículo en orden al establecimiento de la presunción del mantenimiento de la causa. Dice en su parte pertinente: «Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió...», que significa el establecimiento de una presunción *juris tantum* en provecho de aquella persona que ejerce el poder de hecho sobre la cosa, destinada a darle estabilidad a una situación que a los ojos de todos aparece como la normal. De ahí que quien empezó a poseer en calidad de poseedor derivado, sea reputado siempre como un poseedor de esta naturaleza, a menos que pruebe intervención de su título, en cuya virtud deba considerársele poseedor originario.

39.—CONSECUENCIA DE ESTA PRESUNCION: EL POSEEDOR DERIVADO DEBE PROBAR LA EXISTENCIA DE UN TITULO QUE JUSTIFIQUE SU POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO

La presunción que estamos estudiando es la constatación que hace la ley del hecho

(162) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 164.—En igual sentido: Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 165.—(Edición española).

(163) Cap. I. N.º 8 de este trabajo.—Véase tb. Salvat. Ob. cit. Pág. 19 y siguientes.—Ihering: La voluntad en la posesión. Pág. 430.—Claro Solar.—T. VII. Pág. 547 y siguientes.—Gomis y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 344.—Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 169 y siguientes.—Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 163.

posesorio, vale decir que debemos aceptar como un verdadero poseedor a aquel que adquirió la posesión de la cosa por los medios que la ley franquea. Así, si se adquirió la posesión originaria por haberse adquirido el dominio o por tener la pretensión de haber adquirido ese derecho real, debemos ver en el titular un dueño que ejerce su derecho a poseer. Si se adquirió posesión derivada, debemos suponer la continuación de este estado de cosas. Por tanto, el poseedor derivado debe probar la existencia de un título que justifique su posesión en concepto de dueño, que se ha producido a su favor interversión del título, que se ha modificado la causa de su posesión y que ha pasado a ser un poseedor en concepto de dueño.

Mientras no pruebe el cambio de causa está en la condición de un poseedor de mala fe. El Art. 806 inc. 2.º nos lleva a esta conclusión al decir que «es poseedor de mala fe el que entra en la posesión sin título alguno para poseer; lo mismo que el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho».

40.—CONSECUENCIA: NO SE CAMBIA LA POSESION DERIVADA EN ORIGINARIA POR LA SOLA VOLUNTAD DEL POSEEDOR

El poseedor derivado ejerce el poder de hecho sobre la cosa en virtud de la entrega que le hace el propietario. El dominio pertenece al poseedor originario. Por ello, el poseedor derivado continuará en este carácter mientras no se verifique a su favor interversión del título; seguirá siendo poseedor derivado en tanto no ocurra a su favor algún acto o hecho que haga cambiar su situación precaria por la de poseedor originario; pero este cambio no puede ocurrir por su sola voluntad; así lo da a entender el Art. 1139 que dice: «Para los efectos de los artículos 826 y 827 se dice **legalmente cambiada la causa de la posesión** cuando el poseedor que no poseía a título de dueño comienza a poseer con este carácter». Mientras no haya una causa legal que lo justifique, el poseedor derivado no puede cambiar por su sola voluntad su posesión en originaria. Se refuerza este principio en el art. 806 inc. 2.º que considera poseedor de mala fe a aquel que entra en la posesión sin título alguno o que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.»

41.—SOLO LA POSESION EN CONCEPTO DE PROPIETARIO CONDUCE A LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA

He aquí una diferencia substancial entre ambas clases de posesión. Mientras se tenga el carácter de poseedor derivado, no puede llegarse a adquirir la propiedad de la cosa por usucapión. En otra parte de este trabajo ya habíamos hecho resaltar la diferencia (164).

El principal efecto de la posesión en concepto de dueño radica en la posibilidad que la ley le confiere de llegar a convertirse en dominio al transcurrir el tiempo exigido por la ley para la usucapión.

El Código lo dice expresamente en el Art. 826: «Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción». Dado los términos de su redacción, este artículo excluye de tal posibilidad a la posesión derivada.

Este principio se refuerza en los artículos 1151 N.º 1 y 1152 N.ºs 1.º y 3.º. El primero dice: «La posesión necesaria para prescribir debe ser: en concepto de propietario». El segundo agrega: «Los bienes inmuebles se prescriben: 1.º En cinco años, cuando se posean **en concepto de propietario**, con buena fe, pacífica, continua y públicamente. 3.º En diez años cuando se posean de mala fe, **si la posesión es en concepto de propietario**, pacífica, continua y pública».

De esta afirmación se infieren algunas consecuencias importantes que cabe hacer resaltar:

1.º—No es preciso que el que posea las cosas lo haga por sí; puede tenerlas por otra persona en su nombre y representación, como el menor por medio de su guardador, el mandante por medio de su mandatario, el depositante por el depositario, etc. 2.º—La posesión del arrendatario, del depositario, del comodatario y de todas aquellas personas que en nom-

(164) Véase Cap. I. N.os 9 y 10 de esta tesis.

bre de otro posean, no puede servir para la prescripción, por lo mismo que tales personas no poseen a título de dueños y los actos relativos a la posesión ejecutados y consentidos por ellos, no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que éste les hubiese otorgado facultades expresas para ejecutarlos, o que hiciese una ratificación posterior.

3.º—Para la posesión no son útiles los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o de mera tolerancia del dueño, porque en estos casos la posesión no se tiene en concepto de dueño, ya que los actos se realizan por licencia o tolerancia de aquél; no son actos propios.

Refiriéndose a estos actos, Ricci (165) hace una distinción entre facultad y derecho, a fin de llegar a la conclusión que los actos meramente tolerados no legitiman la posesión. A su juicio, la diferencia característica entre facultad y derecho consiste en que éste es exclusivo, mientras la otra es común. El derecho es exclusivo en el sentido de que el objetivo del mismo es propio de quien tiene el derecho y no de otros. En cambio, la facultad no es exclusiva sino que pertenece indistintamente a todos, en el sentido de que el objeto respecto del cual aquélla se ejercita, no es exclusivamente de aquel que ejercita actos facultativos.

El motivo por el cual el ejercicio de actos facultativos no puede servir de fundamento a una adquisición legítima debe buscarse, según este autor, en la índole misma de la posesión, que no se compagina con el ejercicio de actos facultativos. En efecto, la posesión es la tenencia o goce de la misma a título de propietario; ahora bien, cuando se ejercita una facultad no puede tenerse el ánimo de ejercitar un derecho que exclusivamente se cree pertenecer al ejercitante; es, pues, evidente que el ejercicio de una facultad destruye el elemento intencional que debe encontrarse en la posesión legítima.

No pudiendo el ejercicio de actos facultativos servir de base a la adquisición de la posesión legítima, infiérese que la repetición de tales actos, aunque sea por un tiempo larguísimo, no puede hacer correr a favor del ejercitante ninguna prescripción, porque ésta presupone una posesión legítima, que en nuestro caso no la hay. Si en lo facultativo no corre prescripción, infiérese, como consecuencia, que el derecho puede perderse mediante el no uso, no así la facultad. ¿Cuál es la razón de la diferencia?

Cuando yo no uso mi derecho y permito o soporto que otro use de él, atribuyéndoselo, muestro la voluntad de no cuidarme de su conservación, por ser incompatible semejante voluntad con tolerar que otro obre como dueño respecto de la cosa que me pertenece. Por el contrario, no usando de una facultad, yo no demuestro la voluntad de querer renunciar a ella, porque quien la ejercita, aunque sea solo, la ejercita del mismo modo con que la ejercitaría si yo quisiera hacer uso de ella; en su virtud, no siendo el ejercicio de la facultad por parte de éste incompatible con mi intención de conservar la facultad que me compete, no puede darse el efecto de privarme de ella (166).

Los actos de simple tolerancia consisten en las relaciones de buena vecindad, en gracia a las cuales se permite o tolera que otro haga en la cosa que nos pertenece aquello que no tendría uno derecho a hacer (167). Por ejemplo, Ud. es mi vecino de habitación y, en virtud de las buenas relaciones en que estamos, le permito pasear por mi jardín y acudir a mi pozo a recoger el agua; sin duda, Ud., en el caso propuesto, no tiene intención alguna de ejercitar un derecho que cree corresponderle, sino una facultad que yo le acuerdo; por esta razón, los actos que ejercita no valen para hacer adquirir la posesión legítima.

Para decidir, pues, si el acto que un tercero ejercita en el predio ajeno se comprende o no entre los de simple tolerancia, es preciso atender al ánimo de aquel que lo ejercita; porque, si por parte del primero hubiere la pretensión de ejercitar un derecho y si por parte del segundo se advierte un abandono de los derechos propios, el acto no tiene los caracteres de aquellos que la ley califica de simple tolerancia y de clase impropios para hacer adquirir la posesión; si, por el contrario, el propietario del predio, sin tener la intención de renunciar a su derecho, permite o tolera que otro ejercite aquel acto, y éste lo cumple, sin pretender ejercitar un derecho que le corresponde, sino valiéndose de la concesión tempo-

(165) Francisco Ricci.—“Derecho civil teórico y práctico”.—T. XI. Pág. 100 y siguientes.

(166) Ricci.—Ibidem.—De Ruggiere. Ob. cit. V. I. Pág. 824.

(167) Ricci y Ruggiere.—La misma cita anterior.

ral, los actos que se ejerciten son de simple tolerancia, y no pueden servir de base a la adquisición de la posesión (168).

Sobre este particular, en nuestro Código se dice que «la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna». (169).

La omisión de actos de mera facultad consiste en no usar de una cosa que se posee en dominio (170). El Código chileno pone ejemplos y dice: «Así, el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique».

Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad de consentimiento de otro.

Para que estemos en presencia de una tolerancia de actos de que no resulta gravamen es necesario: a) que haya mera tolerancia, es decir, que no haya habido voluntad de constituir un derecho; que no haya voluntad de imponerse un gravamen; b) que se trate de actos de que no resulte gravamen, porque no habiendo gravamen no puede haber derecho en favor de un tercero; los derechos reales importan desmembramiento del dominio; no existiendo desmembramiento del dominio no hay gravamen y, por tanto, tampoco hay posesión sobre dicho derecho, porque éste no está determinado (171). Actos de esta naturaleza serían aquellos que realiza una persona que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o parte de ellas; no por eso se impone la servidumbre de tránsito o pasto (172).

42.—LA POSESION DERIVADA CONDUCE A LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE LOS DERECHOS REALES EN CUYO EJERCICIO SE POSEE LA COSA

Los artículos 1136 y 1137, ubicados en el Título de la Prescripción, nos hablan de bienes sin hacer distinciones entre corporales o incorporales. El primero, para decirnos que «la adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva». El segundo, que «sólo pueden prescribirse los bienes y obligaciones que están en el comercio».

Surge así la interrogante de si se comprenden en este concepto de bienes los derechos reales y si éstos se clasifican también en muebles e inmuebles. Si llegáramos a contestar afirmativamente, podríamos afirmar también lo que lleva por título el numerando de este trabajo.

La ley no hace distinciones entre bienes corporales o incorporales. Podemos decir con Gomís y Muñoz (173) que «las cosas reciben el nombre de bienes cuando han sido objeto de la apropiación humana y entrado en el comercio de los hombres».

Como dejamos dicho en otra parte (174), de la combinación de los artículos 794 y 790 se deduce que los derechos son susceptibles de posesión. El Art. 794 establece expresamente la posesión de «cosas y derechos» susceptibles de apropiación, de donde resulta que los derechos reales pueden poseerse y adquirirse por prescripción del mismo modo que el dominio, como ocurre también en nuestro Código, donde se dice que «la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal» (175).

El Código de México reputa bienes muebles los derechos por determinación de la ley cuando tienen por objeto cosas muebles (176) y bienes inmuebles, los derechos reales sobre inmuebles (177). Igual principio al que se halla establecido en nuestro Art. 580.

(168) Ricci.—Ob. cit. T. XI. Pág. 102.—Véase también Baudry-Lacantinerie y Tissier.—Ob. y T. cit. Pág. 213 y siguientes. De Ruggiero.—Ob. cit. Vol. I. Pág. 824.—Colin y Capitant.—Ob. cit. T. II.—Vol. II.—Pág. 903 y siguientes.

(169) Art. 2499 del Código civil chileno.

(170) David Stitchkin.—Apuntes citados.

(171) David Stitchkin.—La misma cita anterior.

(172) Véase el Art. 2499 del Código civil chileno en relación con los Arts. 732 N.º 2, 820 y 821.

(173) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. I.—Pág. 382.

(174) Capítulo II, N.º 16 de este trabajo.

(175) Art. 715 del Código civil chileno.

(176) Art. 754 del Código de México.

(177) Art. 750, fracción XII Código mexicano.

De la exposición de este conjunto de principios cabría preguntarse si es necesario que el derecho se posea en concepto de propietario; por ejemplo, dueño de su derecho de usufructo. Podría decirse que es necesario que el poseedor ejercite su derecho en concepto de titular o sujeto del mismo, esto es, en concepto de tenerlo incorporado en su patrimonio y de ejercerlo en beneficio propio. Sería una aplicación por extensión de la regla del Art. 791, prescrita para el poseedor originario.

Esta posibilidad de adquisición de los derechos reales por prescripción se presentará cuando el titular anterior «no los ejerce por el tiempo que basta para que queden prescriptos» (178).

PARRAFO SEGUNDO

DE LA POSESION DE BUENA FE

43 —FALTA DE UNA DEFINICION EN EL CODIGO MEXICANO

No hay en el Código de México una definición de buena fe. No la hay en el Capítulo dedicado a la posesión ni en aquel que trata de los Principios Generales. En el Art. 806 se entra de inmediato a señalar al poseedor de buena fe.

Nuestro legislador fijó el concepto de la buena fe en el Art. 706, diciendo que «la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio».

De su redacción aparece que la buena fe es un acto interno, psicológico. Como dice Claro Solar (179), «se trata de una convicción formada por la apreciación intelectual de los hechos, de que ninguna otra persona tiene derecho en la cosa, y que hace que el poseedor se considere dueño exclusivo».

En la doctrina no existe unanimidad sobre el concepto de la buena fe. Para Valverde (180) «consiste en la creencia de haberse adquirido del verdadero propietario». Es lo mismo que dice nuestro Art. 706. «Creencia de que el transmitente era propietario», dicen Alas, de Buen y Ramos (181). Planiol y Ripert (182) dicen que «consiste en ignorar el vicio que le ha impedido llegar a ser propietario o que debilita su título de adquisición».

Castán enseña que «la buena fe del poseedor reviste dos aspectos: uno positivo, que es la creencia o persuasión de ser dueño, y otro negativo, que es la ignorancia del vicio que acompaña a la adquisición» (183).

Salvat (184) estima que para que la posesión sea de buena fe deben reunirse dos condiciones: 1.º que el poseedor tenga la persuasión de su legitimidad; 2.º que esta convicción repose sobre ignorancia o error de hecho.

Todas estas definiciones hacen notar claramente la naturaleza psicológica del concepto que estamos analizando; hacen actuar la conciencia que no es otra cosa que «la facultad o el acto de percibir afecciones internas» (185).

Como dice don David Stitchkin (186), «el concepto de buena fe entra a jugar cuando en un hecho cualquiera hay circunstancias ocultas y el individuo que interviene las conocía, no las conocía o debía conocerlas. Es la ignorancia exculpable de las circunstancias de hecho que impiden la formación de una relación jurídica, o bien la modifican o la destruyen».

(178) Art. 829 Código de México.

(179) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII.—Pág. 490.

(180) Valverde, Calixto.—Ob. cit. T. II, Pág. 232.

(181) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 240.

(182) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III.—Pág. 169.

(183) José Castán.—Ob. cit. T. II.—Pág. 172.

(184) Raymundo Salvat.—Ob. cit. Pág. 36, sobre el Art. 2356 del Código argentino.

(185) Renato Galdames.—«De la mala fe».—Mem. Pág. 18.—Véase tb. Julio Verdugo. Mem. cit. Pág. 24.—Gustavo Villagrán.—Mem. cit. Pág. 54.

(186) David Stitchkin.—Apuntes de D. civil citados.

Lafaille (187) expresa que «el problema de la buena y de la mala fe sólo se presenta en la posesión cuando falta el título suficiente para constituir el derecho. En la posesión legítima carece de interés averiguar el estado de ánimo de quien ejerce el dominio o uno de los derechos reales. Pero, cuando se trata de un usurpador, no puede ser idéntica la situación del que se cree propietario y la de quien, conscientemente, ocupa, por ejemplo, el fundo ajeno».

Parece ser que el Código mexicano se ha apartado de este concepto puramente objetivo, «reemplazándolo por un elemento objetivo y de fácil demostración: el haber adquirido la posesión de los bienes inmuebles de aquel que los tiene inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad o de quien, autorizado por aquél, transmite esa posesión. También se presume de buena fe la posesión que se inscribe en el Registro y que se refiere a inmuebles que no están inscritos a favor de otra persona» (188).

44.—ES DE BUENA FE EL QUE POSEE EN VIRTUD DE UN TITULO SUFICIENTE PARA DARLE DERECHO A LA POSESION

El Código, como lo hemos dicho, no trae una definición de buena fe. En el Art. 806 entra de inmediato a señalar quiénes son poseedores de esta clase y dice que «es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho a poseer».

Es necesario, en primer lugar, como dice Salvat (189), que «el poseedor tenga la persuasión de la legitimidad de su posesión. Este significa que el poseedor debe tener la convicción de que posee la cosa en virtud de un título apto para transmitir, sea un derecho real de propiedad, sea un derecho real de usufructo, o de uso. Cuando esta convicción existe, el poseedor tiene en realidad la convicción de ser el propietario, usufructuario o usuario de la cosa y, en consecuencia, de estar legalmente investido del derecho de poseerla. Desde este punto de vista, la buena fe es la creencia sin duda alguna del poseedor de ser exclusivamente señor de la cosa».

Para que esta persuasión exista es necesario que la posesión se tenga en virtud de un título apto para transmitir el derecho de propiedad, de usufructo o de uso. Es lo que se llama el justo título, tomando la palabra en el sentido que le da el Código, o sea, como causa generadora de la posesión (190).

Debemos considerar como tal todo título apto para operar la transmisión de un derecho de propiedad, usufructo o uso, confiriendo, entonces, el derecho a la posesión de la cosa. Tales serían, por ejemplo, una cesión o tradición de la cosa vendida, un contrato de constitución de usufructo o de uso, un legado de propiedad, etc.

Habría título suficiente para darle derecho a poseer cuando se hubiera adquirido la posesión de los inmuebles de aquel que los tiene inscritos a su favor en el Registro de la Propiedad, o de quien, autorizado por aquél, transmite esa posesión.

45.—QUE SE ENTIENDE POR TITULO (191)

«Entiéndese por título la causa generadora de la posesión». (Art. 806, inciso 3.º).

Los autores Gomís y Muñoz (192) estiman que este concepto genérico es ambiguo, ya que habría que empezar por explicar qué se entiende por causa. Estiman que el legislador ha querido referirse en esta parte «al hecho jurídico en razón del cual se adquiere la posesión, sea por medio de un negocio jurídico, sea por un hecho proveniente de la voluntad unilateral del hombre o de las fuerzas de la naturaleza, como cuando la corriente de un río deposita en nuestro fundo un árbol ajeno con lo cual nos confiere una posesión forzosa.

(187) Héctor Lafaille.—«Derecho civil».—T. III.—Vol. I.—Pág. 90.

(188) Palabras del Mensaje del Código mexicano.

(189) Salvat, Raymundo.—Ob. cit. Pág. 37.

(190) Art. 806 inc. final Código mexicano.

(191) Para el estudio de las diversas acepciones de la palabra título, véase Julio Verdugo: «El título en la posesión».—Mem. cit. Pág. 37 y sigtes. y la bibliografía que trae sobre este respecto.

(192) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. I.—Pág. 339.

La dificultad se presenta al querer discriminar entre dos o más títulos cuál es el mejor. Si está inscrito, no hay problema; la inscripción le confiere la bondad. Pero cuando no hay inscripción, habrá que atenerse al caso concreto y, por tanto, al criterio judicial mediante la ponderación de dichos títulos, para determinar cuál de ellos es el superior y, en caso de dudas, se pondrá en depósito la cosa hasta que se resuelva a quien pertenece la posesión (Art. 803 inc final).

Para Alas, de Buen y Ramos (193), «el título es la causa jurídica de la posesión». Entienden por causa jurídica «aquél hecho o conjunto de hechos de los cuales la posesión se deriva como una consecuencia jurídica; al hecho en virtud del cual la toma de posesión se considera jurídicamente fundada».

Brinz (194) designa al título como «fundamento adquisitivo de la posesión, a diferencia del acto adquisitivo de la posesión».

La palabra título se emplea en el derecho para designar sea el acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, la causa de él, sea el documento que lo constata y sirve de prueba de su existencia (195).

46.—ES DE BUENA FE EL QUE IGNORA LOS VICIOS DE SU TÍTULO QUE LE IMPIDEN POSEER LEGITIMAMENTE

El Art. 806 dice que «también es (poseedor de buena fe) el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho».

Un concepto parecido se halla en el Código civil peruano que también sigue la doctrina de Ihering (196) Dice en su Art. 832: «La posesión es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida el título» (197). Se nota, a nuestro juicio, que el legislador peruano ha seguido sobre este punto las ideas de Bibiloni, para quien «la posesión es de mala fe cuando el poseedor sabía o debía saber la ilegitimidad de su título». Dice que «es particularmente importante establecer la buena o mala fe en relación con el sistema de registro de inmuebles. El conocimiento de los vicios del título puede ser difícil de probar, pero no lo es el haber debido conocerlos, pues la negligencia que equivale al conocimiento puede ser demostrada y apreciada» (198)

En el examen del contenido psicológico de la buena fe exigida para la prescripción, sepáranse dos elementos: una ignorancia de la verdad (que es más bien a veces un error), en virtud de la cual surge en nosotros una creencia. La última aparece, pues, como una consecuencia directa de la primera. Ambas son indispensables. Sobre el contenido y la modalidad de cada una de ellas discútese por los autores modernos.

La creencia, para que surta sus efectos, no ha de ser arbitraria; ha de fundarse en la íntima relación existente entre el título y la buena fe, en un título justo, verdadero y válido. Será, pues, ante todo, necesario que se crea que el título de adquisición reúne las cualidades de justicia y validez y que realmente exista.

El título nulo o inexistente—no el anulable, que es válido mientras no se anule—no puede considerarse como título válido; no lo es ni puede serlo nunca. El que posea en virtud de un título nulo y lo sepa, carece en absoluto de buena fe y, además carece de título (199).

Para el profesor Stitckin (200) «debe tratarse de una ignorancia excusable, es decir, que no se deba a torpeza, a un error evidente. A contrario sensu, la mala fe consiste en el conocimiento de dichas circunstancias».

Continúa diciendo que «la buena fe es personal, individual; hay que mirar en el su-

(193) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 199.

(194) Brinz: "Pandekten", citado por Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 199.—Nota 3.

(195) Salvat.—Ob. cit. Pág. 33.—Stitckin.—Apuntes cit. Julio Verdugo.—Mem. cit. Pág. 37 y siguientes.

(196) El Código civil peruano fué dictado en 1936.

(197) Véase Miguel Antonio de la Lama: Código civil anotado.—Pág. 83.

(198) J. Ant Bibiloni.—Ob. cit. T. II.—Pág. 59.

(199) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 234.

(200) Stitckin.—Apuntes citados.

jeto si conocía o nó dichas circunstancias, por lo que es preciso, al examinar el hecho particular, allegar las pruebas relativas a las circunstancias que lo rodearon. Son circunstancias de hecho cuya prueba incumbe al interesado».

En concepto del Art. 806, es necesario que el poseedor ignore los vicios de su título que lo impiden poseer con derecho; el vicio existe, pero el poseedor lo ignora; en otras palabras, sufre error en cuanto a ellos.

En todas las legislaciones se acepta que el error que induce a creer al poseedor que adquirió el dominio de la cosa puede ser de dos clases: de hecho y de derecho.

En términos generales, error es el concepto equivocado o el juicio falso que se tiene acerca de alguna cosa material o inmaterial. Quien ignora la verdad posee una noción falsa de las cosas y, si esa noción se refiere a hechos jurídicos, origina el error propiamente considerado en el Derecho. Este vicio afecta a la voluntad en tanto que ésta se manifiesta libremente, pero engañada por una falsa apariencia de realidad. La discordancia radica en este caso entre lo verdaderamente declarado sobre el objeto que creemos ser realidad y la falsa percepción que de ese objeto tenemos.

Como dice Alfonso Ramírez (201), «generalmente los autores de Derecho, siguiendo a Doneau, dicen que el error consiste en creer falso lo verdadero y verdadero lo falso. La verdad es la congruencia entre el pensamiento y la realidad, considerando a ésta, según usualmente se entiende, como todo cuanto es o existe de alguna manera. El error, en consecuencia, es la disconformidad entre el pensamiento y la realidad. No es lo mismo la ignorancia, que es el desconocimiento absoluto de la realidad, el no tener noción de ella».

Si bien los autores de Lógica separan cuidadosamente la ignorancia del error, en Derecho ambas nociones se equiparan.

Las diferencias entre ignorancia y error pueden ser aceptadas en Filosofía, pero no en el Derecho; desde luego, porque la ley no hace diferencia alguna y, porque, como nos hace ver Jorge Gazmuri, citando a Savigni (202) «en la apreciación jurídica de ambos estados se identifican en absoluto, pudiendo emplearse uno u otro vocablo; los jurisconsultos han adoptado el de error porque, en lo que toca a las relaciones de Derecho se presenta con mayor frecuencia que la simple ignorancia».

Esta mayor frecuencia del error se debe comunmente a que la ignorancia no da lugar más que a omisiones, mientras que el error nos hace ejecutar actos.

También podría definirse el error diciendo que es la ignorancia que se tiene de una persona, de una cosa, de un hecho o de la ley y la disconformidad entre el pensamiento y una persona o cosa, hecho o ley a las que aquél se refiere. De este concepto podemos deducir que serán múltiples las clases de error, pero lo que a nosotros interesa es solamente la distinción entre error de hecho y de derecho, para ver cómo influye cada una de estas categorías en la adquisición de la posesión.

El error de hecho recae sobre un acontecimiento o sobre una cosa (error en la sustancia, en la persona, en las cualidades, etc), «incide en los hechos mismos que llevamos a cabo o de que nos abstenemos o sobre las condiciones exigidas para la aplicación de un precepto legal» (203).

El error de derecho se produce cuando la voluntad se dirige hacia una determinada conducta por ignorancia o por falsa interpretación de la norma jurídica. Puede él manifestarse cuando creemos existente un precepto jurídico que no se halla en el Derecho positivo, o cuando reputamos por no existente uno que se halla en vigor.

47.—EL ERROR DE HECHO Y LA BUENA FE

El error de hecho y la buena fe se hallan íntimamente relacionados. La ignorancia excusable es una forma de error. Luego, la buena fe supone que hay error de parte de quien la invoca. Casi siempre hay error en la buena fe. Así, en nuestro Derecho se dice

(201) Alfonso Ramírez de la Fuente. "Teoría general de los actos jurídicos". Memoria. Pág. 34.

(202) Jorge Gazmuri Ojeda.—"El error de derecho".—Memoria de Prueba.—Pág. 14.

(203) Stitckin.—Apuntes citados.

(204) que el poseedor regular puede o no ser dueño, y si lo es, ignora las circunstancias de hecho que han impedido la adquisición del dominio. El Art. 2173 de nuestro Código da otro ejemplo acerca del error que encierra la buena fe; los terceros creen que la representación subsiste o ignoran excusablemente las circunstancias de hecho que acarrearán su extinción.

Aun cuando el Derecho mexicano no lo dice, el error debe ser excusable y de tal manera que cualquiera persona medianamente inteligente pueda incurrir en él. Un error burdo o un error originado por manifiesta imprudencia no puede excusarse ni invalidar el negocio jurídico. De ahí que, para admitir la excusabilidad del error, se haya de tener en cuenta no sólo el aspecto objetivo de la cuestión, sino también el subjetivo, cual es la incapacidad intelectual de quien sufrió el error.

Siguiendo la terminología de nuestro Código, el profesor Stitchkin (205) dice que el error debe ser justo (206). Error justo significa que debe haber motivos fundados para incurrir en él; que se ha empleado la diligencia ordinaria de un buen padre de familia y no obstante ello se ha incurrido en el error.

Como vemos, se hace aplicación del principio de la culpa, ya que un error grosero supone negligencia inexcusable de parte del adquirente, es decir, culpa grave, mala fe, y como nadie puede aprovecharse de su propia culpa, es lógico que le afecten las consecuencias de su actitud negligente. Serán los Tribunales del fondo los que determinarán si el error es justo o injusto por ser ésta una cuestión de hecho que, de consiguiente, escapa a la casación.

Atentos a lo que dice Aguiar (207) el error no es admisible como excusa cuando es el fruto de una gran negligencia y que el único error que puede invocarse es el llamado «iustus», o «probabilis error», o sea aquel en que se ha incurrido por motivos fundados, de naturaleza objetiva, cuando hubo razón para errar o ignorar, habiendo antes explorado diligentemente el negocio, o sea, cuando, a pesar de esta diligencia, el acto se realizó determinado por el error o por la ignorancia.

48.—EL ERROR DE DERECHO Y LA BUENA FE

El error de derecho supone ignorancia de la ley o falsa interpretación de la norma jurídica.

Sobre la admisibilidad o no admisibilidad del error de derecho respecto de la buena fe se discute entre los juristas y las legislaciones se inclinan por una u otra de estas posibilidades.

Al decir de Alas, de Buen y Ramos (208) el problema tiene importancia, pues es evidente que la buena fe puede ser consecuencia de un error de derecho. La buena fe consiste en la creencia de que el transmitente era propietario. El que tiene buena fe puede tenerla bien porque se haya fiado de la palabra y convencido por la posesión en que se hallaba el transmitente, bien porque examinando los títulos de la propiedad haya deducido, con error de derecho, que el transmitente era propietario.

En el Derecho romano el error de derecho, por regla, era inexcusable y como tal se hallaba en oposición a la buena fe. Y Paulus, refiriéndose a la compra hecha a una persona que estaba bajo tutela, creyendo que podía vender sin autorización del tutor, decía que el comprador no era poseedor de buena fe que pudiera usucapir, porque el error de derecho a nadie aprovecha (209).

Esa era la regla general. Por excepción se admitía error de derecho en favor de ciertas personas (210). Sobre este punto, Serafini se expresa en los siguientes términos: «Los menores, los soldados, las personas rústicas, son tratadas con más indulgencia que las otras,

(204) Stitchkin.—Apuntes citados.

(205) Stitchkin.—Apuntes citados.

(206) Art. 706 inc. 3.º del Código civil chileno.

(207) Henoeh D. Aguiar: «Hechos y actos jurídicos y, la voluntad jurídica en la doctrina y en el Código civil».—Pág. 147.

(208) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 241.

(209) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII.—Pág. 495.

(210) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 241.

en cuanto al error de derecho, por la menor oportunidad que tienen de conocer la ley y por la menor aptitud en que se hallan para entenderla» (211).

El autor italiano Ricci se muestra partidario de la aceptación de la ignorancia de la ley como compatible con la buena fe. Sostiene que «en concepto del Art. 702 del Código italiano, la buena fe se presume siempre y que quien alega la mala fe debe probarla (212). Consistiendo pues, la buena fe en la ignorancia de los vicios que afectan al título de la posesión, infiérese que la ley presume que el poseedor ha ignorado el vicio de su título» (213).

Sostiene Ricci que aún en la ignorancia de las disposiciones legislativas, se presume la buena fe del poseedor. Se adelanta a la objeción que pueda hacerse en el sentido de que se opone a ello el principio según el cual se considera que las leyes son conocidas de todos los ciudadanos, pero también sabemos—dice—que se ha abusado mucho y aún se abusa bastante de este principio. El principio es cierto y aplicable en las relaciones entre el individuo y la sociedad, pues no puede el interés de todos recibir perjuicio de la ignorancia de un solo; pero se abusa del principio cuando se le lleva a dogma en las relaciones privadas de un ciudadano con otro. ¿Se puede creer, quizás en serio—se pregunta—que todos los ciudadanos, incluso los analfabetos y los idiotas, conocen las disposiciones de la ley? Frecuentemente la ley se ignora o se interpreta mal por quien está llamado a aplicarla ¿Puede tenerse el valor de exigir que un oscuro ciudadano conozca las leyes que nos gobiernan?

Si la ley presume una ignorancia del hecho, el cual a menudo puede ser conocido fácilmente por una disposición del Código, ¿por qué no ha de presumir también la del derecho en lo que se refiere a las relaciones privadas? Por otra parte, el principio establecido por el artículo que examinamos, es absoluto y general, y no admite, por tanto, restricción alguna. Militando a favor de la buena fe la presunción de la ley, la buena fe no puede rechazarse por vía de presunciones, sino que es necesario que la mala fe se demuestre de un modo indudable por aquel que la alega; y para demostrar la mala fe es preciso aseverar que el poseedor conocía los vicios de su título, sean cuales fueren, desde el momento en que se adquirió la posesión (214).

Baudry-Lacantinerie y Tissier (215) se muestran partidarios de esta opinión y agregan que «en este caso no se trata de sustraerse a la aplicación de una ley obligatoria para todos, sino de justificar una circunstancia que la ley toma en consideración para abreviar el plazo de prescripción. La ley no admite que uno se sustraiga a su cumplimiento, alegando su ignorancia, pero al mismo tiempo acude en socorro de la buena fe; y la buena fe comprende tanto el error de derecho como al de hecho».

Como dice Manresa y Navarro (216) «la ignorancia de las leyes no puede servir de fundamento a la buena fe; el error en la aplicación de las mismas, sí. Deberá tratarse de un error posible, de un error excusable».

Como podemos ver, estos autores no sientan una regla absoluta sobre este respecto.

En el Código de México el Art. 806 reputa poseedor de buena fe al «que ignora los vicios de su título que le impidan poseer con derecho». No hace distinciones y esta ignorancia, a nuestro juicio, puede referirse tanto a los hechos como al derecho. Por otra parte, el artículo siguiente dice que la buena fe se presume siempre; al que afirma la mala fe del poseedor corresponde probarla. No hay en este cuerpo de leyes presunciones de mala fe.

Animado por un espíritu progresivo y realista, el Código ha establecido en el Art. 21 la admisibilidad de la ignorancia del derecho. En efecto, dice que «la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o de su miserable situación económica podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlo de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban,

(211) Serafini, Felipe: "Tratado de Derecho romano". T. I. Pág. 233.

(212) Recordemos que en iguales términos se expresa el Art. 807 del Código mexicano.

(213) Francisco Ricci.—"Derecho civil teórico y práctico". T. XI.—Pág. 150.

(214) Francisco Ricci.—La misma cita anterior.

(215) Baudry-Lacantinerie y Tissier.—Ob. cit. T. XXV.—Pág. 522.—En igual sentido: Aubry y Rau: "Cours de droit civil français".—T. X. Pág. 551 y siguientes. Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III.—Pág. 608.—Alas, de Buen y Ramos. Ob. cit. Pág. 242.

(216) Manresa y Navarro, José María: "Comentarios al Código civil español". T. IV. Pág. 109.

o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público».

Se ha aceptado, pues, que el error de derecho vicie el consentimiento en materia de contratos y en materia posesoria, constituyendo de este modo base para la buena fe, con lo cual se acerca a la tendencia más moderna sobre la materia.

Sería una indignidad—dice Bibiloni (217)—el privar al poseedor humilde o medio, que se equivoca sobre el alcance de las leyes que no conoce, aunque se pretenda que sabe lo que los jurisconsultos no saben, de los frutos, producto de su trabajo, o de las indemnizaciones a que tendría derecho por sus mejoras».

Infiérese del establecimiento de este principio que se ha ampliado en la legislación mexicana la base de la buena fe, aceptando la posibilidad de ampararse en un error de derecho para gozar de los beneficios de la buena fe.

Hoy en día es un principio que tiende a abrirse campo en todas las legislaciones más avanzadas reconociendo el fondo de justicia que encierra, especialmente para aquellos modestos componentes de la sociedad que, por la situación de atraso en que se hallan, no están en condiciones de tener un conocimiento ni siquiera mediano de las disposiciones legales.

En el Código del Perú este principio se halla aceptado en el Art. 832: «La posesión es de buena fe cuando el poseedor cree en su legitimidad, por error de hecho o de derecho sobre el vicio que invalida el título». Como dicen Aparicio y Gómez (218) «este artículo consigna la tesis que aun se contravierte de que el error de derecho, al igual que el error de hecho, respecto del vicio del título, no impide la buena fe del poseedor».

Dice Ferrara que «el principio de la presunción absoluta del conocimiento de las leyes, justificada en una época primitiva, en la que todo el derecho se reducía a unos pocos mandamientos y prohibiciones, viene a ser una anomalía en el sistema moderno, dentro del cual el derecho surge de un montón inmenso e intrincado de leyes, siempre en transformación, que ni aún un jurista encanecido llega a dominar. Conferir, pues, este título gratuito de doctor iuris a cualquiera, contra su voluntad, admitir esta omnisciencia jurídica universal, es nada más que una ficción o una ironía» (219).

El Código civil francés, que se refiere genéricamente al error, no distingue entre ambas clases de error. Las opiniones están divididas. Algunos creen que sólo se refiere al error de hecho; otros—entre ellos Baudry-Lacantinerie—afirman que la ley no distingue y por lo tanto se aplica a ambos, de tal modo que ni uno ni otro se opondrían a la buena fe (220).

Distinta es la situación en el Código civil chileno, donde hay varias disposiciones que ponen al descubierto el principio eminentemente subjetivo en materia posesoria. El error de derecho no puede, en ningún caso, dar base a la buena fe. Por el contrario, «constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario» (221). Por otra parte, «no puede alegarse ignorancia de la ley por ninguna persona, después del plazo común o especial, sino cuando por algún accidente hayan estado interrumpidas durante dicho plazo las comunicaciones ordinarias entre los dos referidos departamentos» (222). A mayor abundamiento, el Art. 1452 dice que «el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento».

La diferencia entre ambas legislaciones es manifiesta y responde a las ideas matrices que sobre posesión sirven de base al sistema de cada una.

La razón de ser de tal diferencia es que las legislaciones modernas, como los Códigos mexicano y peruano, admiten que el arbitrio o prudencia de los jueces puedan moderar el rigor del precepto que presume el conocimiento de la ley. El Código chileno, en cambio, re-

(217) Juan Ant. Bibiloni.—Ob. cit. T. III.—Pág. 56.

(218) Germán Aparicio y Gómez Sánchez: "Código civil, Concordancias".—T. III. Exposición de Motivos—Pág. (372)

(219) V. Ferrara: "Trattato di diritto civile italiano". Vol. I. Pág. 119.—Citado por Castán: "El nuevo Código civil mexicano", trabajo publicado en la Rev. de Derecho Privado (España).—Año 1929.—Pág. 189.—Véase también Nicolás Coviello: "Doctrina general del Derecho civil".—Pág. 48 y siguientes.

(220) Stitckin.—Apuntes citados.

(221) Art. 706, inc. final del Código civil chileno.

(222) Art. 8 del Código civil chileno.

huyó siempre que pudo el arbitrio judicial, pues don Andrés Bello, en su época, dudó de la preparación, rectitud y probidad de los magistrados (Colocado en la alternativa de admitir que los jueces pudieran aceptar en ciertos casos, calificados prudencialmente, que la ignorancia del derecho se invocase como justificación de la buena fe del poseedor, o bien de descartar de plano esta intervención del arbitrio judicial, optó por lo segundo e introdujo en sus proyectos el actual Art 706 inciso final.

49.—ES POSEEDOR DE MALA FE EL QUE CARECE DE TITULO

Dice el Art. 806 inciso 2.º: «Es poseedor de mala fe el que entra en la posesión sin título alguno».

¿Qué debemos entender por mala fe? El Código no lo dice. En el Art. 1815 ensaya una definición de ella, conjuntamente con el dolo. Dice que «se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido». Este concepto no nos sirve en la posesión. Se ha establecido teniendo en cuenta los contratos, según se desprende de su tenor literal.

Para Escriche (223) es «la convicción íntima en que uno se halla de que no posee legítimamente una cosa por haberla tomado sin derecho o adquirido de persona que no podía enajenarla».

Para Stitchkin (224) es «el conocimiento de ciertas circunstancias de hecho que impiden la formación de una relación jurídica o bien la modifican o destruyen».

El Art. 706 de nuestro Código define la buena fe. Haciendo un razonamiento a contrario, podríamos decir que en nuestro Derecho la mala fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios ilegítimos, mediante fraude u otro vicio.

Siguiendo la definición dada por el profesor Stitchkin y aplicándola al Código de México, podemos decir que todo aquel que entra en la posesión sin título para hacerlo, es un poseedor de mala fe, ya que conocía las circunstancias de hecho que le impedían entrar a poseer; la relación jurídica no podía formarse regularmente ya que había una circunstancia personal en el sujeto que no le permitía excusarse para dar lugar a posesión de buena fe. En realidad, en este caso no se trata ya de un acto del fuero interno, de la conciencia individual, sino de una actitud externa, objetiva, que será fácilmente demostrable si se trata de inmuebles, ya que el título (causa generadora de la posesión) lo da la inscripción; si no se demuestra que el derecho en cuya virtud se entra a poseer está inscrito, se carece de él y, por aplicación del Art. 806, se es poseedor de mala fe.

50.— Y EL QUE CONOCE LOS VICIOS DE SU TITULO QUE LE PRIVAN DEL DERECHO A LA POSESION

En el mismo Art. 806 establece el Código que es poseedor de mala fe el que entra en la posesión conociendo los vicios de su título que le impidan poseer con derecho.

Es la situación diametralmente opuesta a la que se presenta en la primera parte de este artículo que se refiere a la posesión de buena fe: «También es (poseedor de buena fe) el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho». Por el contrario, si no ignora estos vicios, si los conoce, la ley reputa que está de mala fe; situación que vale tener en cuenta, ya que el poseedor de mala fe está privado de una serie de beneficios que la ley acuerda al de buena fe, estableciendo, por el contrario, sanciones.

51.—PRESUNCION DE BUENA FE

El Art. 807 establece una presunción en favor del poseedor, con el deseo de proteger su estado posesorio. Dice que «la buena fe se presume siempre; al que afirma la mala fe del poseedor le corresponde probarla». De los términos de este artículo se ve que es una

(223) Joaquín Escriche.—Diccionario T. XI —Ed. 1874.

(224) David Stitchkin.—Apuntes citados.

presunción *juris tantum*. La prueba contraria incumbirá, lógicamente, al que la impugna, debiendo demostrar que las circunstancias de hecho en que se hallaba el titular impedían la formación de la relación jurídica por causa del conocimiento que éste tenía de ellas.

En general, esta presunción es aceptada por todas las legislaciones, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que la buena fe es elaboración de la conciencia, proceso psicológico, difícil de probar externamente.

Nuestro Código la ha establecido en el Art. 707: «La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse».

Esta presunción está inspirada en un criterio perfectamente lógico y justo, porque lo natural es que el poseedor haya adquirido la cosa empleando el cuidado ordinario que gasta el hombre medianamente diligente y honesto. Por otra parte, siendo este un hecho interno que forma parte de la conciencia de cada cual, no es posible exigir la prueba de su buena fe.

Gorphe (225) dice que este principio de presunción de buena fe ha sido consagrado por la mayoría de las legislaciones y enunciado generalmente a propósito de la posesión, pero en términos que permiten una aplicación general» (226) (227).

Como dice un autor (228) «se establece la presunción de buena fe y no se dice que exista, sino que se presume». Ella tiende a salvar la imposibilidad de penetrar en la conciencia del poseedor, terreno que queda completamente extraño al orden jurídico. Hay que creer que el derecho del poseedor es firme, hay que respetar esa apariencia o exterioridad, aunque realmente sea sólo un disfraz de la mala fe, porque esto no puede saberse con certeza mientras no se pruebe y justifique, y porque a toda persona debe suponersele honrada en tanto no conste lo contrario.

El Art. 807 del Código mexicano que establece esta presunción debemos relacionarlo con el que sigue en cuanto refuerza el principio y establece una nueva presunción: la posesión adquirida de buena fe se considera de buena fe en lo sucesivo, mientras no se pruebe lo contrario.

Creemos que esta presunción, a pesar de estar ubicada en el Título de la Posesión, debe considerársele como de aplicación general, especialmente por los términos de su redacción, tal como se estima en nuestro Derecho (229).

Es del caso advertir también que presenta una particularidad en relación con la que establece nuestro Código. En Chile se dice que ella existe en tanto la ley no establezca la presunción contraria, es decir que en nuestra legislación hay casos en que se establece la presunción de mala fe (230). En cambio, creemos que dentro del Código mexicano no caben estas presunciones de mala fe, porque, como él dice, «la buena fe se presume siempre».

52.— LA POSESION INICIADA DE BUENA FE PUEDE TRANSFORMARSE EN DE MALA FE.—DOCTRINAS.—DIFERENCIAS CON EL CODIGO CHILENO

El Art. 808 prescribe que «la posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente».

Ya dejamos dicho en el Número anterior que esta disposición establece una presunción en el sentido de que la posesión adquirida de buena fe se considera de buena fe en lo sucesivo, en tanto no se pruebe lo contrario. Nos toca ahora estudiar esta disposición en

(225) Francisco Gorphe.—«Le principe de la bonne fois».—Pág. 26, citado por Julio Verdugo.—Mem. cit. Pág. 24.

(226) Igual presunción: Cód. español, Art. 434; francés, 2268; italiano, 702; argentino, 2362; uruguayo, 1207; peruano, 833.

(227) Véase Alejandro Cruz Ponce: «La apariencia y el derecho». Mem. Pág. 58, donde se exponen las razones en pro y en contra de la aplicación general de esta presunción en nuestro Derecho.

(228) Manresa y Navarro.—Ob. cit. T. IV.—Pág. 105.

(229) Véase Renato Galdames: «De la mala fe».—Memoria de prueba. Pág. 27.—Manuel Somarriva: Derecho de Familia. Pág. 102.—David Stitckin.—Apuntes de clase citados.—Julio Verdugo.—Mem. cit. Pág. 25.

(230) Por vía de ejemplo: Art. 907.—706.—94 N.º 6.—1814.—2187.

cuanto establece que la buena fe no es permanente, que puede transformarse en de mala fe en el decurso de la posesión.

Este principio nos pone frente al planteamiento relativo al momento en que debe existir la buena fe, sobre el cual se han emitido dos doctrinas: la doctrina romana (231) que exige que la buena fe exista solamente al momento de adquirirse la posesión; puede después perderse, pero ello no influye para los efectos que se toma en consideración: para regular el plazo de la prescripción. Esta doctrina ha sido aceptada por nuestro Código en el Art. 702, según el cual, para la regularidad de la posesión basta que sea adquirida de buena fe «aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión». De ahí que en nuestro Código se diga que «se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular» (232).

El poseedor regular—que lo es en nuestro Código el que ha adquirido la posesión en virtud de un justo título y con buena fe—que descubre algún tiempo después que el tradente no era dueño, dejará de ser poseedor de buena fe, aunque continuará siendo poseedor regular; al contrario, el poseedor irregular, que lo es por no tener justo título o no haberse efectuado en forma legal la tradición de la cosa, puede haber adquirido de buena fe la posesión y será poseedor de buena fe (233); solución que no es admisible en el Código de México donde se ha establecido el principio de que la buena fe debe existir durante todo el tiempo que dure la posesión (234), sancionando una doctrina opuesta a la de nuestro Código.

Como dice el profesor Stitckin (235), citando la expresión de un autor, «nuestro legislador exige honradez, pero no delicadeza».

La segunda doctrina, nacida merced a los influjos del Derecho canónico, establece que la buena fe no es solamente necesaria al momento de la adquisición de la posesión, sino que debe perdurar durante todo el tiempo que ella dure, exigencia que dice relación especialmente con el plazo de prescripción.

Esta última doctrina ha sido seguida por el Código español en su Art. 435 (236): «Cesa la buena fe desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente».

También ha sido seguida esta doctrina por el Código de México, según se desprende de la disposición que citamos.

53.— BENEFICIOS DE LA BUENA FE

Los beneficios que la buena fe produce en la posesión se hallan indicados en los artículos 810 y 811 y en el Título de la Prescripción, en cuanto le concede un plazo abreviado.

Podríamos decir que ellos son ciertos derechos que el Código establece en su favor y que le colocan en una situación muy favorable frente al poseedor de mala fe. Suponen el estado de una persona que se hallaba en posesión de una cosa perteneciente a otra y se ha entablado por ésta la correspondiente acción judicial a fin de obtener su devolución. Estos beneficios se hacen visibles cuando la primera es condenada a restituir la cosa.

De acuerdo con las disposiciones legales, ellos son: a) El poseedor se hace dueño de los frutos percibidos; b) El de que se le abonen ciertos gastos; c) El de retirar mejoras; d) Queda liberado de responsabilidad por deterioros o gastos; e) Conduce a la prescripción abreviada.

a) PERCEPCION DE FRUTOS.—

Para aclarar el concepto y establecer a qué frutos tiene derecho el poseedor de buena fe, haremos previamente una corta digresión sobre la teoría de los frutos.

(231) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII.—Pág. 497.—Valverde.—Ob. cit. T. II.—Pág. 233.—Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 243.—Ricci.—Ob. cit. T. XI.—Pág. 148.

(232) Art. 702 del Código civil chileno.

(233) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII.—Pág. 497.

(234) Art. 808 del Código mexicano.

(235) Stitckin.—Apuntes de clase citados.

(236) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 245.—Valverde.—Ob. cit. T. II. Pág. 234.—Manresa y Navarro.—Ob. cit. T. IV. Pág. 1057.—Castán.—Ob. cit. T. II.—Pág. 174.

Gomís y Muñoz (237), citando la definición de Ferrara, dicen que «fruto, en el sentido amplio y moderno de la palabra, es todo producto o utilidad que constituye el rendimiento de la cosa conforme a su destino económico y sin alteración de su substancia».

Colin y Capitant (238) hacen una distinción entre fruto y producto y entienden por fruto «lo que una cosa produce periódicamente, sin alteración ni disminución sensible de sus substancias», y por productos, «aquello que la cosa produce al que la explota, pero sin periodicidad y con disminución de su substancia (como las piedras de una cantera, las pizarras o el caolín de un terreno, los plazos de una renta vitalicia)».

Nos parece muy adecuada la distinción que estos autores hacen, pero, como veremos más adelante, no conviene al Derecho mexicano; de aquí que dejemos de mano la discusión que se ha suscitado entre los autores acerca de la distinción entre fruto y producto.

En tanto los frutos permanecen unidos a la cosa principal forman parte integrante de ella. En cuanto son separados se convierten en una cosa independiente de la principal, una cosa nueva (239).

Los frutos pueden encontrarse en tres estados diversos: **no aparentes** o no manifiestos, por no haber nacido todavía; frutos **pendientes** o aparentes y frutos **percibidos**, que son los separados de la cosa principal.

En el Art. 887, que trata de la accesión, se hace la distinción entre: 1.º frutos naturales; 2.º frutos industriales y 3.º frutos civiles. Son naturales las producciones espontáneas de la naturaleza, las crías y los demás productos de los animales (Art. 888) frutos industriales son los que producen las heredades o fincas de cualquiera especie, mediante el cultivo o trabajo (Art. 890) (240). Son frutos civiles los alquileres de los bienes muebles, las rentas de los inmuebles, los réditos de los capitales y todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, vienen de ella por contrato, por última voluntad o por la ley (Art. 893).

Del texto de los artículos citados se puede ver que no se hace distinción entre fruto y producto; todos son frutos.

Se dicen pendientes los frutos cuando no han sido todavía cosechados, es decir, cuando se hallan adheridos aún a la cosa principal. El Art. 816 dice que se entienden percibidos los naturales e industriales desde que se alzan o separan. El Art. 810 expresa que «el poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por un título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes: 1.º El de hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no es interrumpida».

Para que los frutos sean adquiridos por el poseedor es necesario que hayan sido percibidos, sea por él mismo o por otra persona que haya obrado en su nombre. Jurídicamente la percepción de los frutos viene a ser un modo especial de adquirir el dominio por la sola fuerza de la ley.

Para evitar las dudas que puedan presentarse, el Art. 816 dice que «se entienden percibidos los frutos naturales o industriales desde que se alzan o separan. Los frutos civiles se producen día por día y pertenecen al poseedor en esta proporción, luego que son debidos, aunque no los haya percibidos».

Esta asignación que la ley hace al poseedor de buena fe tiene fundados motivos porque: 1.º los frutos de las cosas se destinan generalmente al consumo y cada uno regla su vida y sus gastos teniendo en cuenta precisamente los frutos de que dispone; 2.º el propietario vencedor ha procedido con negligencia, dejando transcurrir el tiempo sin reclamar la cosa; poseedor de buena fe ha podido contar con la eficacia de su título y consumir los frutos que la cosa producía; obligarlo a restituirlos sería obligarlo a que los sacara de su propio patrimonio, con perjuicio para su condición pecunaria. Como dicen Planiol y Ripert (241), «en realidad el poseedor obtiene los frutos porque se le reputa haberlos consumidos según

(237) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 99.

(238) Colin y Capitant. Ob. cit. T. II. Vol. II. Pág. 555.

(239) Por eso es que se critica que en estos casos se hable de accesión, cuando en realidad hay separación. El Código chileno estudia los frutos como un caso de accesión: «De las accesiones de frutos».—Art. 644 y siguientes.

(240) En el Código chileno ambas categorías corresponden a los frutos naturales (Art. 644).

(241) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III.—Pág. 167.

se producían. La restitución de varias anualidades acumuladas de productos sería ruinosa para él. Nos vemos—dicen—en presencia de dos personas distintas; una, el propietario, que ha sido negligente, dejando la cosa en poder de otro; y el poseedor, al que nada se le puede reprochar. Si existe alguna pérdida, es natural que el propietario la sufra».

Por otra parte, mirando la cuestión desde el punto de vista social, es altamente beneficioso que así sea, ya que el poseedor ha incorporado riqueza a la sociedad, en tanto que el propietario nada ha incorporado, ya que dejó abandonada la cosa.

Ricci explica la disposición correspondiente del Código de su país (242) oponiendo la negligencia del propietario que «no se cuida de conservar la cosa que le pertenece» a la diligencia del poseedor de buena fe, el cual «reteniendo la cosa y haciéndola producir el fruto de que es capaz, presta un servicio a la colectividad en cuanto concurre con su actividad a aumentar la riqueza de la misma».

La buena fe debe existir en cada hecho de la percepción de frutos. Es lo que se desprende de la segunda parte del número primero del artículo que examinamos, ya que dice: «mientras su buena fe no es interrumpida», lo que no es sino una consecuencia de la doctrina que sigue el Código (243). Es esta una regla muy lógica, porque, desaparecida la buena fe antes de la percepción, desaparecen los motivos que la ley tiene en cuenta para atribuirle la propiedad de ellos.

Como última observación cabe decir que el poseedor de buena fe no tiene derecho a los frutos pendientes, los que deberán ser entregados al propietario que reivindica. Si falta la percepción, el poseedor no puede invocar título para retenerlos, pero se le concede el derecho de que se le abonen los gastos hechos por él para la producción de los frutos naturales e industriales que no hace suyos por estar pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión; teniendo derecho al interés legal sobre el importe de estos gastos desde el día en que los haya hecho (244).

El poseedor de mala fe no goza del derecho de hacer suyos los frutos percibidos, ya que el Art. 812 N.º 1 le impone como primera obligación la de restituirlos (245). La ley le concede sí derecho a una parte de los frutos industriales. En efecto, el Art. 813 dice que tiene derecho a las dos terceras partes de los frutos industriales que haga producir a la cosa poseída, perteneciendo la otra tercera parte al propietario, si reivindica la cosa antes de que se prescriba.

b) ABONO DE GASTOS NECESARIOS Y UTILES.—

Otro de los beneficios que se le conceden al poseedor de buena fe es el indicado en el N.º 2 del Art. 810: «El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho a retener la cosa poseída hasta que se le haga el pago».

Entendemos por gastos aquellas expensas que se hacen para el buen mantenimiento de una cosa. Estas expensas pueden realizarse con diversas finalidades. Se dividen en tres grupos; **Necesarias**, que son aquellos gastos que se hacen para la conservación de la cosa; **Útiles**, que se hacen para aumentar el valor o utilidad de las cosas; y **Suntuarios**, que tienen carácter ornamental, como ser pinturas, cuadros, surtidores, etc. Esta división tripartita reviste gran importancia cuando se trata del reembolso que un propietario debe hacer de las expensas que el poseedor haya invertido en la cosa.

El Código se ocupa de la teoría de los gastos al tratar de la posesión. Reemplaza la denominación de suntuarios por voluntarios. Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los cuales la cosa se pierde o desmejora (Art. 817). Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa (Art. 818). Son gastos voluntarios los que sirven sólo al ornato de la cosa, o al placer o comodidad del poseedor (Art. 819).

(242) Ricci.—Ob. cit. T. XI. Pág. 153.

(243) En nuestro Derecho hay una regla semejante para la percepción de frutos, que se estima como excepción al principio del Art. 702.—Véase Art. 907, inc. 3.º y 913.

(244) Art. 810 N.º 4. Código de México.

(245) El legislador chileno es más severo en este caso: no sólo le exige que restituya los frutos percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder (Art. 907).

Según el Art. 820 «el poseedor debe justificar el importe de los gastos a que tenga derecho; en caso de dudas se tasarán aquéllos por peritos». Cuando el poseedor hubiere de ser indemnizado por gastos y haya percibido algunos frutos a que no tenía derecho, habrá lugar a la compensación (Art. 821).

Nuestro Código civil ha ubicado todo lo relativo a frutos y mejoras al tratar de la acción reivindicatoria.

Entre nosotros se acepta también la triple distinción de gastos que hemos visto, pero se tratan conjuntamente con las mejoras, lo que significa una diferencia con el Código mexicano que es preciso recalcar.

Según el Art. 908 de nuestro Código, las mejoras necesarias son abonables en todo caso al poseedor, sea de buena o mala fe; la ley no distingue. El Art. 909 da derecho al poseedor de buena fe vencido a que se le abonen las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda, ya que desde este momento estima el Código que ha desaparecido la buena fe. En cuanto a los gastos necesarios, no hay diferencia entre ambas legislaciones.

Con respecto a los voluntarios, cabe decir que el poseedor no tiene derecho a ellos, tanto porque la ley no se los concede, cuanto porque son de puro solaz o recreo; con mayor razón no son abonables al de mala fe.

Nuestro Código sienta una regla general y expresa: el propietario no será obligado a pagarlas al poseedor de mala ni de buena fe. Si quiere puede retirarlas, pero siempre que no se cause daño a la cosa y siempre que el propietario rehuse pagarle el precio que tengan los materiales después de separados (Art. 911).

El principio anterior se halla establecido en México para las mejoras voluntarias (Art. 815).

Esta autorización para obtener el abono de gastos útiles y necesarios se justifica por tratarse de expensas que han redundado en beneficio de la cosa, ya que si no se abonaran, el propietario se enriquecería a costa del poseedor.

Tocante a la liquidación de los gastos, es preciso que el poseedor los justifique, y cuando haya dudas acerca de su importe, se hace tasación por peritos (Art. 820).

Finalmente debemos decir que el N.º 2 del Art. 810 concede al poseedor vencido el derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago. Este derecho se justifica por tratarse de gastos que eran del todo necesarios y que si debiera soportarlos el poseedor habría enriquecimiento sin causa, ya que «a nadie es lícito lucrarse a expensas o en perjuicio de otro» (246).

c) MEJORAS VOLUNTARIAS.—RETIRO.—

El Art. 810 también concede al poseedor de buena fe vencido el derecho de «retirar las mejoras voluntarias, si no se causa daño en la cosa mejorada o reparando el que se cause al retirarlas».

Por mejoras debemos entender toda modificación material de una cosa que haga aumentar su valor. Relacionando este concepto con el de gastos, podemos ver que hay entre ambos una gran similitud, porque las mejoras suponen gastos, son una especie de gastos.

Cabe distinguir, en primer lugar, las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo que, según el Código «ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión» (Art. 822), medida muy justa, porque no significan sacrificio alguno para las partes, no hay perjuicio económico para el vencido. Podríamos considerarlas como una especie de accesión en favor de la persona en cuyas manos se ha consolidado el dominio.

Respecto de las mejoras hechas por el hombre, podemos dividir las en necesarias, útiles y voluntarias. Necesarias son aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada; por ejemplo, los gastos hechos para impedir que una casa se derrumbe. Útiles son las que aparecen como de manifiesto provecho para cualquier poseedor de la cosa; por ejemplo, la instalación de aguas corrientes en una casa, la desecación de un pantano, el relleno de un terreno, etc. Voluntarias son las de exclusiva utilidad para el que las hizo; por ejemplo, las pinturas que se hayan hecho en las paredes, un jardín, etc.

Las mejoras necesarias y útiles, por asimilación a los gastos, serán abonadas al poseedor en la forma establecida en el Art. 810 N.º 2.º. Las voluntarias no son abonables a ningún poseedor (Art. 815). Respecto de ellas, el poseedor goza del derecho de retirarlas, siempre que no se cause daño en la cosa mejorada o haciendo las reparaciones de los daños causados.

El poseedor de mala fe no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, porque tiene el derecho de retirarlas, siempre que no se cause detrimento en la cosa mejorada.

Estos mismos principios se hallan establecidos en nuestro Código. En efecto, en el Art. 911 se dice que el propietario no será obligado a pagar las mejoras voluntarias a ningún poseedor; que sólo tiene derecho a retirarlas en la misma forma que puede hacerlo el poseedor de mala fe respecto de las mejoras útiles, esto es, sin que cause detrimento en la cosa mejorada siempre que el propietario rehuse pagarle el precio que tengan dichos materiales después de retirados. Debemos hacer notar una pequeña diferencia: en el Código mexicano no se autoriza al de mala fe para retirar las mejoras voluntarias; en cambio, en el nuestro sí.

d) ABONO DE GASTOS HECHOS PARA LA PRODUCCION DE FRUTOS NATURALES O INDUSTRIALES PENDIENTES.—

En otra parte dijimos que el poseedor de buena fe no tiene derecho a los frutos pendientes. Los percibe el reivindicante. Se le ha negado este derecho porque, en realidad, carece de un título que pueda invocar para retenerlos. Como compensación a las expectativas que tenía—fundadas en su buena fe y que lo hacían empeñarse en hacer producir la cosa— el Código, con evidente anhelo de justicia, le ha concedido el derecho de exigir que «se le abonen los gastos hechos por él para la producción de los frutos naturales e industriales que no hace suyos por estar pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión; teniendo derecho al interés legal sobre el importe de esos gastos desde el día en que los ha hecho». No le concede estos beneficios sobre los frutos civiles porque éstos se devengan día por día y, por tanto, no hay frutos civiles pendientes. Respecto de ellos, dice el Art. 816 que «pertenecen al poseedor en la proporción de días corridos, desde el momento en que se deben, aunque éste no los haya recibido».

El poseedor de mala fe no tiene derecho a estos gastos, porque él debe restituir aún los frutos percibidos. No obran en su favor las mismas expectativas que tiene el de buena fe, ya que, careciendo de título o convencido de los vicios que le privan del derecho a la posesión, está esperando la pasividad del dueño para ampararse en la prescripción.

e) NO RESPONDE DE LOS DETERIOROS.—

Otro de los beneficios con que la ley protege al poseedor de buena fe vencido es aquel que lo libera de responsabilidad por los deterioros que haya sufrido la cosa. El Art. 811 dice: «El poseedor de buena fe a que se refiere el artículo anterior no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, aunque haya ocurrido por hecho propio; pero sí responde de la utilidad que el mismo haya obtenido de la pérdida o deterioro».

Esta disposición se fundamenta en el hecho de que este poseedor que «ha adquirido la posesión por título traslativo de dominio», se comporta como verdadero dueño; ejerce los derechos de un propietario, porque cree estar investido de ellos; las apariencias lo hacen creer que en realidad es un propietario. Si se deteriora la cosa o la deja perecer, no incurre en responsabilidad porque creía que era suya. Llegado el momento de la devolución, en virtud de la reivindicación del propietario, la entregará en el estado en que se halla, no respondiéndole de caso fortuito ni aún de su propio hecho o culpa.

En realidad, en este caso no hay culpa en el poseedor, porque actúa como si realmente fuera un propietario. Si alguna ha habido, será del propietario que descuida su cosa y permite que otro pueda abusar de ella de buena fe; en su virtud las consecuencias de la culpa deben recaer sobre él y no sobre el poseedor. Si el propietario tiene derecho a exigir la restitución de la cosa que otro ha poseído de buena fe y la recibe en el estado en que se

encuentre, no tiene derecho a ser indemnizado por los deterioros ocurridos en el predio por descuido o por la voluntad del poseedor (247).

Tendrá sí responsabilidad por la utilidad que el mismo haya obtenido con la destrucción o pérdida. La razón está en que el poseedor de buena fe no debe enriquecerse a costa del propietario. Así, respondería si ha destruído un bosque o arbolado, si ha vendido la madera o la leña o la ha empleado en beneficio propio (248).

El poseedor de mala fe no goza de este beneficio, ya que la ley lo hace responsable «de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa» (Art. 813), solución que es lógica, porque sabía que la cosa no le pertenecía, no pudiendo disponer de ella como lo haría un propietario.

f) CONDUCE A LA PRESCRIPCIÓN ABREVIADA.—

El último de los beneficios que otorga la buena fe es el de poder llegar a ganar el dominio de la cosa por prescripción positiva. Este es el principal efecto de la posesión prescriptiva, siempre que haya transcurrido el tiempo que la ley señala.

Refiriéndose a inmuebles, el Art. 1156 dice: «El que hubiere poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas por el Código para adquirir por prescripción, puede promover juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público, a fin de que se declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido por ende la propiedad».

«La sentencia ejecutoria que declare procedente la acción de prescripción, se inscribirá en el Registro Público y servirá de título de propiedad al poseedor» (Art. 1157).

Como es tradicional en todas las legislaciones, se distingue en el Código mexicano la prescripción ordinaria de la extraordinaria, cuya diferencia está en la buena fe con que se haya adquirido la posesión.

El poseedor que haya adquirido la cosa de buena fe y se mantiene en ella, puede ganar el dominio de la cosa por una prescripción abreviada; situación que marca el beneficio concedido a la buena fe, por cuanto el de mala fe no goza de ella y, por el contrario, debe acogerse a una prescripción extraordinaria.

Respecto del plazo de esta prescripción abreviada, debemos hacer distinción entre bienes muebles e inmuebles, tal cual la hace el Código. Los muebles se prescriben en tres años cuando son poseídos de buena fe, pacífica y continuamente (Art. 1153). Los inmuebles, en cinco años, cuando se posean en concepto de propietario, con buena fe, pacífica, continua y públicamente (Art. 1152 N.º 1). En igual plazo se prescriben los inmuebles que hayan sido objeto de una inscripción de posesión (Art. 1152 N.º 2). En este último caso la ley no hace distinción entre buena y mala fe; creemos que ello se debe a que si el poseedor inscribe, lo hace porque está de buena fe, ya que, de lo contrario, no habría concurrido al Registro porque habría dado publicidad a su mala fe.

La prescripción extraordinaria es la que la ley establece para quien posea de mala fe o que ha adquirido la posesión por medio de la violencia o por hecho ilícito. Aquí hay que distinguir también entre muebles o inmuebles.

Los bienes muebles se prescriben en cinco años cuando falte la buena fe en la posesión (Art. 1153). Si la posesión de estos bienes se adquiere por medio de la violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo de prescripción será de cinco años, contado desde que cese la violencia (Art. 1154).

Los inmuebles se prescriben extraordinariamente en diez años cuando se posean de mala fe, si la posesión es en concepto de propietario, pacífica, continua y pública. Se aumentará en una tercera parte el tiempo de prescripción de los inmuebles si se demuestra por quien tiene interés jurídico en ello, que el poseedor de finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido inhabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél (Art. 1152). Evidentemente esta disposición

(247) Ricci.—Ob. cit. T. XI. Pág. 165.

(248) Ejemplos tomados de nuestro Código (Art. 906) donde se establece igual responsabilidad.

tiende a hacer efectivos los móviles que han inspirado al legislador mexicano respecto del carácter social que tiene el derecho de propiedad. Con la negligencia del poseedor en los casos que la ley contempla, no se cumple plenamente esta función. Imponiéndole estas trabas al poseedor, procurará hacer efectivos los anhelos legislativos, ya que con ello acorta su plazo de prescripción y, por consecuencia, se resguarda el interés social. Este criterio lo justifica el Mensaje del Código diciendo que «en concepto de la Comisión merece más protección el individuo que, aunque sin ser el propietario, tiene una cosa en su poder, la beneficia debidamente y la hace producir para satisfacer necesidades sociales, que el propietario indolente que mantiene ociosa su propiedad, la abandona o impide que la sociedad obtenga de ella el aprovechamiento que la colectividad reclama».

PARRAFO TERCERO

DE LA POSESION VICIOSA

54.—VICIOS DE LA POSESION.—VIOLENCIA.—CLANDESTINIDAD.— POSESION DELICTUOSA.—POSESION EQUIVOCA

En términos generales, existe posesión desde que se ejerce un poder de hecho sobre una cosa y ella es susceptible de ser poseída.

Especialmente cabe tener en cuenta estos requisitos de la adquisición de la posesión en esta parte por lo que dice relación a los efectos característicos de la institución que estudiamos: el ejercicio de las acciones posesorias y la usucapión, ya que ellos se dan sólo si existe una posesión exenta de vicios.

Podemos decir con Planiol y Ripert (249) que «el vicio de la posesión constituye ciertas circunstancias que, sin destruir su existencia, la hacen jurídicamente inútil».

Los vicios que contempla el Código son: la discontinuidad, la violencia y la clandestinidad. En Francia se agrega a ellos la equivocidad o posesión equívoca.

También incluiremos entre los vicios de la posesión la forma que contempla el Código en el Art 1155, ubicado en la Prescripción: la posesión adquirida por medio de un delito.

Al considerar los vicios de la posesión, la ley no lo hace refiriéndose al vicio en sí mismo, sino a la cualidad inversa, es decir, la que resulta de la ausencia de él; de ahí que hable de posesión pacífica (sin violencia), pública (no clandestina), continua (sin discontinuidad).

Hubiera sido preferible referirse al vicio en sí mismo en lugar de tratar de la cualidad normal de ella, ya que «el vicio es un modo de ser accidental de la posesión» (250).

Salvat (251) entiende por vicios de la posesión «los defectos o irregularidades relativos al hecho material de la adquisición de la posesión, no debiendo ellos ser confundidos con los vicios o defectos de que pueda adolecer el título del poseedor, los cuales se refieren a los vicios o defectos que puedan existir en el acto jurídico que dió origen a la posesión». En concepto de este autor «la posesión viciosa constituye una categoría o clase especial de la posesión de mala fe».

Entre nosotros se dice que para que la posesión pueda conducir a la prescripción, es necesario que ella sea útil. Son inútiles las posesiones viciosas y son viciosas, la violenta y la clandestina (252) El vicio viene a destruir uno de los elementos de la prescripción: el silencio jurídico del titular.

Refiriéndose a la prescripción ordinaria, no cabe duda que la posesión viciosa es inútil, ya que requiere posesión regular, o sea, con justo título, buena fe y tradición si el título que se invoca es traslativo de dominio (253) En la posesión viciosa falta la buena fe. La duda surge respecto de la extraordinaria, porque el Mensaje de nuestro Código dice que transcurrido 15 años, se consolidan todos los derechos y situaciones. El profesor

(249) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 155.

(250) Planiol y Ripert.—Ibidem.

(251) Salvat. Ob. cit. Pág. 47.—En el mismo sentido Lafaille. Ob. cit. T. III. Vol. I. Pág. 99.

(252) Art. 709 regla 3.ª circunstancia 2.ª y 920 inc. 3.º del Código civil chileno.

(253) Art. 702 del Código civil chileno.

Stitchkin (254) opina que la posesión viciosa no conduce a ninguna prescripción. Se basa en que la prescripción supone dos elementos constitutivos; infracción del derecho durante cierto tiempo y silencio jurídico del titular. Agrega que «al imposible nadie está obligado» y la posesión clandestina y la viciosa han colocado al dueño en la imposibilidad de reclamar; por tanto, no se puede prescribir en su contra ni aún extraordinariamente. Lo que encuentra confirmación en la regla 3^a circunstancia 2.^a del Art. 2510 de nuestro Código.

55.— POSESION VIOLENTA

En el Derecho romano el vicio de la violencia sólo se aceptaba en cuanto a la que acompañaba la toma de posesión. El poseedor actual turbado en su posesión por un tercero, podía repeler la fuerza con la fuerza (255) La posesión adquirida por la violencia continuaba afectada por este vicio hasta que la cosa volvía a manos del propietario, o había algún arreglo con él (256).

Al decir de Planiol y Ripert (257), el Código francés parece estar concebido aún bajo tal sistema, ya que el Art. 2233 expresa que «los actos de violencia no puede originar una posesión capaz de producir prescripción». Evidentemente sólo se refiere a la violencia inicial. Sin embargo, los autores modernos y la jurisprudencia exigen que la posesión sea pacífica durante todo el tiempo (258).

La violencia se caracteriza por el empleo de las vías de hecho, por medio de las cuales la persona que quiere adquirir la posesión de una cosa logra obtenerla; ellas pueden ir acompañadas de uno de estos dos elementos: a) actos de coerción material, en cuyo caso tendremos violencia física; b) o simples amenazas, dando origen a la violencia moral.

La fórmula enseñada por Aubry y Rau abarca ambos elementos, en cuanto expresa que la posesión está afectada de este vicio «cuando ha sido adquirida y guardada por medio de vías de hecho, acompañadas de violencias materiales o morales» (259).

Salvat dice que la violencia debe haber sido empleada para adquirir la posesión, no debiendo esto confundirse con la violencia empleada a los efectos de obtener el consentimiento del poseedor para la realización del acto jurídico respectivo. Supongamos—dice—que una persona consigue por violencia que otra le venda un campo, y después obtiene la entrega de él; si ésta se verifica sin que para adquirirla hayan habido hechos de violencia, habrá violencia en el contrato, pero no en la posesión; el vendedor podrá valerse de la acción de nulidad para recuperar la finca, pero no podrá en manera alguna recurrir a las acciones posesorias (260) Esta es la violencia que Ruggiero denomina remota e indirecta de su adquisición (261). Pero la que perjudica la posesión es la directa, porque es requisito de la misma la ausencia absoluta de tal vicio.

El Código de México dice en el Art. 823 que «posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia». No distingue entre violencia física y moral, por lo cual se comprenderían en este vicio los dos aspectos a que nos hemos referido, siguiendo las ideas de Aubry y Rau. En el Título de los Contratos, el Código dice que «hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado» (262). En esta disposición se incluye expresamente la violencia moral, lo que nos lleva a concluir que dentro del término violencia que usa el Código al hablar de la posesión, se comprende tanto la violencia física como la moral (263).

(254) Stitchkin.—Apuntes de clase citados.

(255) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 156.

(256) Colin y Capitant.—Ob. cit. T. II. Vol. II. Pág. 898.

(257) Planiol y Ripert.—Ob. y T. cit. Pág. 156.

(258) Véase Aubry y Rau: "Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae". T. II. Pág. 131.—Baudry-Lacantinerie y Tissier.—Ob. cit. T. XXV. Pág. 201.

(259) Aubry y Rau.—Ob. cit. T. II. Pág. 97.

(260) Salvat. Ob. cit. Pág. 48.

(261) Ruggiero.—Ob. cit. Vol. I. Pág. 822.

(262) Art. 1819 Código mexicano.

(263) Véase Claro Solar.—Ob. cit. T. VII. Pág. 504.

56.—SANCIONES.— PERDIDA DE FRUTOS Y DEL DERECHO DE REEMBOLSO

La ley ha establecido algunas sanciones a la posesión que se adquiere por violencia. Una de ellas es que no tiene derecho a los frutos naturales o civiles que produzca la cosa que posee (Art. 813).

Cuando tratamos los beneficios de la buena fe hicimos la distinción entre frutos naturales y civiles y vimos a qué clase de ellos tenía derecho el poseedor de buena fe.

Tratándose del poseedor violento, la ley lo ha privado del derecho a los frutos que produzca la cosa, como una consecuencia de la mala fe que acompaña a esa clase de posesión. Claro Solar (264) dice sobre este respecto que generalmente está acompañada de mala fe y tiene, además, el vicio de violencia que le es particular.

Los actos violentos empleados para obtener la posesión, implican la ausencia de las condiciones que la ley fija para que exista buena fe.

Otra sanción que se impone al poseedor violento por este artículo es que responde de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa. Sabemos que la ley libera al poseedor de buena fe de los deterioros que sufre la cosa y, según lo dijimos, ello se debe a la apariencia de propietario que inviste, o, como dice Ricci (265), «porque actúa como si realmente fuera un propietario». Acá en la posesión violenta lo hace responsable de ellos, porque no militan a su favor los mismos antecedentes que el legislador tiene en cuenta respecto del de buena fe.

57.— SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

Para que la posesión sea capaz de producir la prescripción el Código exige, por una parte, que ella sea pacífica (Art. 1151) y, por otra, expresa que cuando se adquiere por medio de la violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo de prescripción se cuenta desde que la violencia cesa (Art. 1154). De la combinación de ambas disposiciones, podemos ver que hay un espacio de tiempo en que no corre prescripción; desde que se adquiere violentamente hasta que la violencia cesa; es un caso de suspensión de la prescripción.

La suspensión de la prescripción consiste en la detención momentánea de ella establecida por la ley en favor de ciertas personas en razón de su inhabilidad para intentar las acciones que resguardan sus derechos (266). Se dice que es una detención momentánea porque, una vez que cesan las circunstancias que la ley prescribe, la prescripción sigue corriendo. El tiempo antes transcurrido se suma al posterior al instante en que la prescripción ha vuelto a seguir su curso (267).

La suspensión no ataca a la posesión, la cual continúa presentando los mismos caracteres de legitimidad que antes. Sólo se refiere a la persona respecto de la cual—y mientras se mantiene en ciertas y determinadas condiciones—la ley no quiere que la prescripción corra; de donde resulta que no implicando la suspensión discontinuidad en la posesión, permite que el tiempo transcurrido antes y el transcurrido después de ella, sean útiles a la prescripción.

Bien miradas las cosas—como dice Stitchkin (268)—no es efectivo que estas personas favorecidas por la suspensión estén inhabilitadas para ejercer sus derechos. La ley les atribuye un representante legal que puede y debe hacer valer sus derechos y si no lo hace incurre en responsabilidades para con su representado.

Ricci (269) estudia más a fondo la cuestión y recurre al fundamento mismo de la prescripción. «Es tradicional el adagio—dice—contra non valentem agere non currit praescriptio»; y así, siguiendo las tradiciones, se enseña que la prescripción debe por necesidad quedar suspendida mientras que aquel contra quien debería correr se halla en la imposibi-

(264) Claro Solar.—La misma cita anterior.

(265) Ricci.—Ob. cit. T. XI. Pág. 165.

(266) Stitchkin.—Apuntes de clase citados.

(267) Ricci.—Ob. cit. T. XII.—Pág. 68.

(268) Stitchkin.—Apuntes citados.

(269) Ricci.—Ob. cit. T. XII.—Pág. 70 y siguientes.

lidad de hacer valer sus derechos». En concepto de este autor esta doctrina es una consecuencia del principio según el cual la prescripción no es más que una pena impuesta a la negligencia de quien descuida el ejercicio del derecho propio, o la pérdida del mismo, en virtud de la voluntad presunta de abandonarlo. Entendida de esta manera la prescripción, se comprende que no merezca pena alguna quien no tiene culpa de no ejercitar un derecho, y que no puede presumirse que tiene la voluntad de abandonar el derecho si se encuentra en la imposibilidad de hacerlo valer.

Este autor estima que la prescripción no es más que una institución introducida por el legislador para asegurar y garantizar el orden social, asegurando una estabilidad a las propiedades y señalando un término fuera del cual ninguna acción puede hacerse valer. El legislador procura asegurar el dominio en quien lo ha ejercitado por un determinado espacio de tiempo y lo hace así, porque de otro modo el orden social sería gravemente perturbado. A su juicio, el principio que guía al legislador en materia de suspensión de la prescripción es el de garantizar, en la mejor forma posible, los intereses sociales. Siendo la prescripción creada por él, a él exclusivamente corresponde establecer contra qué personas corre la misma, y al determinar tales personas, ha tenido en cuenta los diversos intereses generales en lucha entre sí, prefiriendo unos a otros, según lo ha creído oportuno.

El Código de México desarrolla la institución de la suspensión de la prescripción en los artículos 1165, 1166 y 1167. Establece el principio fundamental en el primero de ellos diciendo que «la prescripción puede comenzar y correr contra cualquiera persona». Enseñada enumera los casos excepcionales de suspensión. No hace distinción entre prescripción ordinaria; por tanto, el fenómeno puede darse en ambas; contrariamente a lo que ocurre en nuestro Derecho, donde la suspensión sólo opera en la ordinaria (Art. 2509).

Opera la suspensión, en primer lugar, en favor de los incapacitados, mientras no se les haya discernido la tutela conforme a las leyes. Luego, respecto de ellos, seguirá corriendo la prescripción iniciada antes o empezará a correr desde que se les haya discernido la tutela. Los incapacitados tendrán derecho a exigir responsabilidad de sus tutores cuando por culpa de éstos no se hubiera interrumpido la prescripción (Art. 1166). Luego se suspende también entre los ascendientes y descendientes, durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho en conformidad a la ley; entre los consortes; entre los incapacitados y sus tutores o curadores; entre los copropietarios o coposeedores, respecto del bien común; contra los ausentes del Distrito y de los Territorios Federales que se encuentren en servicio público; contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito y de los Territorios Federales (Art. 1167) (270).

En cuanto a la posesión adquirida por medio de la violencia, cabría, a nuestro juicio, hablar de suspensión de la prescripción, porque se produce el efecto propio de ella. En efecto, conforme al Art. 1151 N.º 2, la posesión necesaria para prescribir debe ser pacífica y, como agrega el Art. 1154, el plazo de prescripción empieza a contarse desde que cesa la violencia; luego, en el lapso que va desde la adquisición de la posesión con este vicio y el cese de la violencia, la prescripción no corre en contra del titular a quien se le privó de la posesión por los medios violentos. Es también la opinión que manifiesta el profesor Stitckin en la cátedra, haciendo aplicación de los artículos 920 y 2510 regla 3.ª circunstancia 2.ª y dice que «los vicios de la posesión pueden mirarse como causales de suspensión. Impiden aún la prescripción extraordinaria respecto de la persona a quien afecta el vicio» (271).

58.—CARACTER TEMPORAL DEL VICIO

De la lectura del Art. 1154 se deduce que el vicio originado por la violencia es temporal, lo que significa que tan pronto cesa la violencia, comienza la posesión útil para la prescripción. La posesión violenta no puede constituir un estado permanente. La violencia es constituida por actos momentáneos que por su propia naturaleza son de duración limita-

(270) Marcadas diferencias hay con nuestra legislación, especialmente en cuanto a la clase de prescripción que se aplica y en cuanto a las personas, diferencias que no son dables de tratar en esta oportunidad.— Véase Art. 2509 C. civil chileno.

(271) Stitckin.—Apuntes citados,

da. Como enseña Claro Solar (272), haciendo aplicación de nuestro Art. 2510, mientras los actos de violencia se suceden unos a otros, la posesión será violenta y, como posesión viciosa, no servirá al poseedor para prescribir; pero desde que la fuerza cesa, por injusta que la posesión haya sido, dejará de ser viciosa y la posesión será útil para el poseedor.

Esta regla dá lugar a una diferencia con el Derecho romano, según el cual la posesión adquirida violentamente continuaba viciada, aún después de cesar la violencia; para purgarla del vicio, era necesario que la cosa volviese a manos de su legítimo poseedor (273).

Al formular este principio, cabría preguntarse a qué obedece, cuál es su causa. Sobre este respecto, debemos recordar que los elementos de la prescripción son fundamentalmente dos: inacción del titular y tiempo. La inacción del titular comprendería, a su vez, dos elementos: infracción de un derecho y silencio jurídico del titular. Para que surja este fenómeno que se llama prescripción no basta el factor tiempo; éste, por si solo no opera mutación de derechos, no consolida ni extingue una situación jurídica. El requisito esencial a ella es el desconocimiento o infracción de un derecho y lo hay, cuando una persona desconoce expresa o tácitamente el derecho de otra, afirmando con su actitud una situación contraria al derecho del titular.

En íntima relación con estos principios está la temporalidad del vicio de violencia. En efecto, una vez que ella cesa, el titular del derecho está en condiciones de hacerse presente. Mientras el vicio existe no tiene necesidad alguna de hacer valer el derecho, porque la violencia impide toda prescripción. Pero, cuando ella cesa, el desconocimiento del derecho es manifiesto y su silencio, que se traduce en no reclamar de esta situación interponiendo los recursos que la ley le concede, da margen a que el poseedor llegue a ganar el dominio de la cosa, si a esta inactividad se agrega el tiempo que la ley establece para cada caso, lo que equivale a decir que si esta situación de hecho se mantiene por un tiempo, se consolida, pasando a convertirse en una situación de derecho. El plazo lo indica el Art. 1154 y es de 10 años para los inmuebles y 5 para los muebles, que se contará desde que comienza la infracción del prescribiente, es decir, desde que empezó a poseer; en una palabra, desde que cesa la violencia.

El vicio de violencia no es permanente o perpetuo en el sentido de que, una vez adquirida la posesión con esta modalidad, persiste en tal carácter hasta que se extinga. No habría razón para pretenderle: cesada la causa comienza automáticamente a correr el plazo para la usucapión (274).

59.—POSESION CLANDESTINA O NO PUBLICA

Otro de los vicios de la posesión es la clandestinidad. El Código no se refiere al vicio, sino a la cualidad positiva de la posesión. «Posesión pública es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida de todos. También lo es la que está inscrita en el Registro de la Propiedad», dice el Art. 825.

Ruggiero (275) dice que es aquella «cuya adquisición y ejercicio no son ocultos (nec clam)». Es preciso que los actos de goce se verifiquen de un modo visible para todos, especialmente para aquel a quien la posesión ha sido sustraída; que manifiesten la intención del poseedor de querer sujetar la cosa al propio poder.

Acto clandestino es para De Buen (276) «el que se realiza de un modo sigiloso, revelando por el propio modo de realizarse, las condiciones de que su autor carece de derecho para su realización».

Para que la posesión sea útil debe ser pública. El poseedor ha de actuar sin ocultarse, o sea, del modo como se ejercitan por regla general los derechos; en caso contrario la posesión sería clandestina, por haber ocultado sus actos a los que tenían derecho a conocerlos. «Un titular legítimo no cuidaría de ocultar sus actos», dicen Colin y Capitant (277).

(272) Claro Solar. T. VII. Pág. 508.—Ruggiero, Vol. I. Pág. 822.

(273) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III.—Pág. 157.

(274) Lafaille.—Ob. T. y Vol. cit. Pág. 102.—En el Código argentino la violencia es vicio de la posesión sólo respecto de los inmuebles (Art. 2365).

(275) Ruggiero.—Ob. cit. Vol. I. Pág. 823.

(276) Demófilo de Buen, en notas a la obra de Colin y Capitant. cit. T. II. Vol. II. Pág. 987.

(277) Colin y Capitant. Ob. cit. T. II. Vol. II. Pág. 899.

Claro Solar (278) estima que la posesión clandestina es de mala fe, «pues el poseedor sabe que no ha adquirido del legítimo dueño o tiene dudas sobre la legitimidad del derecho que ha adquirido desde que sabe que hay otra persona que puede oponerse a que él tome la posesión de la cosa y, por eso, entra en posesión y la ejerce a escondidas, ocultándose de esa persona para que no sepa que él posee la cosa, y se la demande».

Salvat dice que «para que haya clandestinidad se requiere que la posesión haya sido tomada en condiciones tales que el poseedor de la cosa haya podido ignorar los actos de desposesión; cuando, por el contrario, ha podido tener conocimiento de ellos, la posesión, lejos de ser clandestina, será pública» (279).

El requisito de la publicidad puede, en cierto modo, ser considerado como una consecuencia del hecho que la posesión deba tenerse en concepto de propietario. El propietario de una cosa usa de ella públicamente, sin temor a que nadie le perjudique al verle ejercitando su derecho. Es necesario, además, el requisito de la publicidad, porque, de otro modo, los interesados en evitar la usucapión de una cosa no podrían, en muchas ocasiones, tener conocimiento de los hechos que les perjudicaban.

Hay que tener en cuenta que la prescripción, ya sirva un interés social, ya sea un premio al trabajo, ya un castigo a la dejadez y al abandono, o todas estas cosas juntas, necesita de la publicidad del hecho posesorio que la origina. De otro modo, sería injusto favorecer al poseedor que no se había atrevido a mostrarse como tal ante la sociedad, en beneficio de la cual se convertía en propietario, y castigar al dueño de una cosa de que maliciosamente le habían ocultado el peligro que corría.

Que la posesión sea pública no quiere decir que todo el mundo sepa de ella, sino que todos pueden enterarse de su existencia de una manera natural, como ordinariamente nos enteramos de la posesión de quien no tiene interés alguno en ocultarla.

En realidad, toda posesión es pública o no es verdadera posesión protegida por la ley. Sólo el ladrón o el usurpador tienen interés en ocultarla hasta que un cambio de circunstancias les permita poseer públicamente (280).

60.— CARACTER ABSOLUTO DEL VICIO

«Posesión pública—dice el Art. 825—es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida de todos». La clandestinidad es, pues, un vicio absoluto, en el sentido de que no sólo es susceptible de ser opuesto por aquellos que han podido conocer la posesión, sino por cualquiera persona.

Este principio da margen a una diferencia con el Derecho chileno, donde la clandestinidad es un vicio puramente relativo. En efecto, el Art. 713 dice: «Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella».

Los autores no están de acuerdo acerca del alcance del vicio que nos preocupa.

Aubry y Rau (281) estima que es un vicio relativo no susceptible de ser opuesto más que por aquellos que han podido conocer la posesión. Colin y Capitant (282) sostienen que puede ser invocado contra el presunto poseedor por aquel en cuyo ejercicio han sido realizadas las maniobras destinadas a disimular la posesión. Baudry-Lacantinerie y Tissier (283) dicen que esta doctrina de la relatividad no está unánimemente aceptada. Observan que «no es necesario que la posesión del que prescribe haya sido conocida en el hecho de aquel contra el cual la prescripción corre. Basta que haya sido posible conocerla por signos exteriores que revelaban su existencia». Citan el testimonio de Dunod, quien decía sobre

(278) Claro Solar.—Ob. cit. T. VII. Pág. 510.

(279) Salvat.—Ob. cit. Pág. 51.

(280) Véase Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 170.—Baudry-Lacantinerie y Tissier.—T. XXV. Pág. 205.—Colin y Capitant. Ob. T. y Vol. cit. Pág. 899.—Planiol y Ripert.—Ob. y T. cit. Pág. 158.

(281) Aubry y Rau.—Ob. cit. T. II. Pág. 96.—Nota 22.—En el mismo sentido: Planiol y Ripert. Ob. cit. T. III. Pág. 158.—Baudry-Lacantinerie y Tissier. Ob. cit. T. XXV. Pág. 205.—Salvat. Ob. cit. Pág. 52.

(282) Colin y Capitant.—Ob. cit. T. II. Vol. II. Pág. 899.

(283) Baudry-Lacantinerie y Tissier.—Ob. cit. T. XXV.—Pág. 205.

este respecto: «Las personas interesadas se presume que han sabido lo que ellas verdaderamente han podido saber; es preciso informarse de lo que a uno le interesa; y si no lo hace, se les puede imputar lo que sufren; si no lo han podido saber, han debido saberlo cuando el acto era público, lo que produce el mismo efecto que si han estado informados sobre el hecho, ya que la ignoran por una falta grosera que no merece excusa».

Laurent (284) estima que el problema, tal como se plantea, estaría en oposición con la teoría de la posesión, considerada como fundamento de la prescripción. Para él la clandestinidad, lo mismo que la violencia, es un vicio absoluto que impide la prescripción respecto de todos. Se exige que la posesión tenga ciertos caracteres. La ley no ha tenido en vista el interés de aquel contra el cual se gana la prescripción; al menos, este interés no es la consideración esencial; en efecto, la prescripción no está establecida sólo en interés privado; no es una recompensa que la ley acuerda al poseedor, ni una pena que castiga al propietario negligente; es, ante todo, en interés social que se consolidan las posesiones y que ella da preferencia al poseedor sobre el verdadero propietario. Mas, para que la posesión pueda y deba ser consolidada, es preciso que sea la expresión de un derecho; el poseedor que se oculta temeroso lo hace porque en realidad no tiene un derecho; luego, el legislador no puede ni debe mantener esa posesión a título de derecho. Desde que la posesión es clandestina, no puede ser la manifestación de un derecho; no debe servir a la prescripción. Se puede concebir que en la apreciación de un litigio sobre el hecho posesorio, el juez se muestre menos riguroso sobre la publicidad, pero para llegar a la prescripción, es preciso que el poseedor haya actuado como un propietario, en concepto de dueño.

En el Código de México se sigue este criterio, prescribiendo que el vicio existe cuando la posesión se disfruta ocultándola no sólo de quien puede oponerse a ella, sino de cualquiera persona, con lo cual se puede apreciar una diferencia con nuestra legislación que, como ya se dijo, sigue la doctrina contraria en el Art. 713.

61.—ES POSESION PUBLICA LA INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El Art. 825 agrega que «también lo es (posesión pública) la que está inscrita en el Registro de la Propiedad».

Para Gomís y Muñoz (285) «El Registro de la Propiedad es la institución pública encargada de anotar, poner de manifiesto y dar fe de cuantos negocios jurídicos se refieran a los fenómenos de vida del dominio privado, la posesión y demás derechos reales, que los titulares de los mismos o quienes tengan interés legítimo en ello presenten para su inscripción, así como de la constitución, modificación o extinción de las personas morales».

En todas las legislaciones el principio fundamental que da vida a estos Registros, es el de ofrecer una publicidad de fácil acceso a todos los negocios jurídicos que se refieran a los fenómenos de vida del dominio, especialmente del inmobiliario, para que todo el mundo sepa a que atenerse al intervenir como parte en estos negocios.

Como el Registro Público está abierto a todos, no puede haber una posesión más pública, más indisputable que la que consta de la inscripción.

En México el principio de la publicidad del Registro se encuentra desarrollado en un Reglamento especial del Registro de la Propiedad, de 21 de Junio de 1940 (286).

El Archivo del Registro es público, pero los interesados al consultar los libros, están sujetos a ciertas prescripciones que, en general, tienden a precaver los daños que puedan sufrir los libros y a todo lo que signifique buen orden en el despacho de los asuntos.

Se presume que los títulos inscritos tienen tal publicidad, que son conocidos de todo el mundo, en cuya virtud no puede admitirse prueba alguna en contrario. Por más que un tercero que resulte perjudicado por una inscripción aduzca pruebas respecto a que desconocía la existencia de la misma, ninguna autoridad judicial o administrativa puede tomar en cuenta dicha excepción. De ello resulta una doble eficacia, positiva la una y negativa la

(284) Laurent, F.—T. XXII. Pág. 300.

(285) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 529.

(286) Puede consultarse en la edición del Código hecha por el Lic. Manuel Andrade, citada,

otra: 1.º Todos los títulos inscritos de acuerdo con los requisitos de la ley, perjudican a tercero, a pesar de ser nulos o anulables; 2.º Todos los títulos que con arreglo a la ley debieran inscribirse y no se inscriben, aunque válidos y perfectos, no pueden perjudicar a tercero.

Recuérdese lo que dijimos en otro lugar referente a que el Registro de la Propiedad es de naturaleza ecléctica, en cuanto establece que las personas interesadas en una inscripción de los negocios jurídicos que sean susceptibles de ello, **puedan** instar la inscripción de él; pueden no acudir al Registro, sin que por esto pierdan eficacia los negocios jurídicos celebrados.

Por medio del Registro, la ley tiende a favorecer en todo caso los derechos inscritos frente a los que no lo están; estos últimos, en ningún caso pueden perjudicar a tercero. El favor de la ley se hace patente en el Art 825 en cuanto estima como posesión pública la que se halla inscrita, imponiendo, por otra parte, sanciones a la que no lo está cuando debiera estarlo, para hacerla valer frente a terceros.

62.—SANCION: SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION

Ya sabemos que el sistema que establece el Código es ecléctico en el sentido de que no es obligación concurrir al Registro a efectuar la inscripción. Pero, en realidad, deberemos convenir que esta facultad no es tan amplia, o más bien dicho la conveniencia de registrar los títulos que sean susceptible de ello, es manifiesta si tomamos en cuenta que, tratándose de inmuebles, el Código dice que «es mejor la que se halla inscrita» (Art. 803), lo que trae una mejoría en el título en caso de disputa de la posesión. Por otra parte, la inscripción abrevia el plazo de prescripción (Art. 1152) En seguida, el Registro Público se halla establecido sobre el principio de la «tercería», es decir, que es una institución de terceros en el sentido de que tiende a salvaguardar los derechos de terceros, o a perjudicarlos en su caso. Sobre este particular, el Art. 3003 expresa que «los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y **no se registran**, sólo producirán efectos entre quienes los otorgan; pero, no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le fueren favorables». El Art. 3029 agrega: «Las inscripciones no se extinguen en cuanto a tercero, sino por su cancelación, o por el registro de la transmisión del dominio, o derecho real inscrito a otra persona».

El Art. 1151 establece en su N.º 4 que la posesión necesaria para prescribir debe ser pública. Respecto de inmuebles, es pública la que se inscribe..

De todo este articulado podemos deducir una consecuencia importante que, si bien no se halla expresada, fiuye del contexto de él. Una vez adquirida la posesión de un inmueble, es necesario inscribirla para que pueda estimarse pública y pueda dar origen a prescripción. Si no se inscribe, no puede perjudicar a tercero y ¿qué perjuicios podrá traer a terceros la inscripción? Este tercero podría ser, por ejemplo, el dueño de la cosa. Si la posesión se inscribe, pasa a ser pública y, por tanto, apta para producir la prescripción; si a esto se unen los demás requisitos que la ley señala y transcurre el plazo fijado, puede este poseedor inscrito consolidar su posesión y convertirse en propietario, con perjuicio para el propietario anterior que era el tercero. Ahora bien, si la posesión no se inscribe, nada de esto ocurre, porque no siendo pública no es apta para la prescripción. De ahí que podemos concluir que en el intervalo que va desde la adquisición de la posesión a la fecha en que la inscripción se realice, se ha producido una detención del curso de la prescripción; hay una suspensión de ella, que la ley ha impuesto como sanción al poseedor negligente en inscribir.

63.—SANCIONES DEL ART. 813 EN CUANTO PIERDE ESTOS DERECHOS

Otra de las sanciones que el Código establece para el poseedor de inmuebles que no inscribe, se halla establecida en el Art. 813, en cuanto le priva del derecho a los frutos naturales y civiles que produzca la cosa y lo hace responsable de la pérdida o deterioro que le sobrevengan por su culpa.

Como estas sanciones son aplicación de uno y mismo principio a diversas situaciones que se presentan dentro del Código, nos remitimos a lo dicho al hablar del poseedor

violento, en quien recaen idénticas sanciones (287), y a lo dicho al tratar de los beneficios de la buena fe (288).

64.—CARACTER TEMPORAL DEL VICIO

El carácter público de la posesión de inmuebles resulta de la inscripción en el Registro de la Propiedad (289). En tanto no se inscriba, existe la posesión, pero no con el carácter de útil a la prescripción, ya que es preciso que ella sea pública para que revista esta utilidad.

En varias ocasiones hemos expresado que el Registro Público tiene un carácter ecléctico en cuanto no obliga a hacer la inscripción, pero tampoco impide que ella pueda llevarse a cabo en cualquier momento; por el contrario, el legislador mexicano mira con buenos ojos estas inscripciones, ya que con ellas se aseguran los derechos, no sólo de aquellos que los derivan de la inscripción, sino que se trata de cautelar también los intereses de los terceros.

El Código nos dice que—tratándose de inmuebles—es mejor la posesión que se halla inscrita (290); de ahí que pueda concluirse que la inscripción mejora el título en la posesión.

El vicio de clandestinidad, resultante de la falta de inscripción, puede purgarse en cualquier momento, mediante la inscripción de la posesión, sometándose al hacerla a las disposiciones del Código y del Reglamento respectivo. Es, en esta virtud, que llegamos a la conclusión que la falta de publicidad es un vicio puramente temporal, en cuanto es susceptible de desaparecer por el cumplimiento de las formalidades de inscripción.

65.—POSESION ADQUIRIDA POR MEDIO DE UN DELITO

Posesión delictuosa es la que se adquiere por medio de delito. A ella se refiere el Art. 814, disposición que le impone al poseedor de esta naturaleza el máximum de responsabilidad en las restituciones que deba efectuar en el caso de las prestaciones mútuas. También se refiere a ella el Art. 1155, ubicado en la Prescripción, de cuya lectura se infiere que el Código estima esta posesión como viciosa. En efecto, establece que la posesión adquirida por medio de un delito se tiene en cuenta para la prescripción a partir de la fecha en que quede extinguida o prescrita la acción penal.

A pesar de la repugnancia que causa considerar que una situación de hecho amparada por la ley como es la posesión, pueda ser originada por un hecho delictuoso, debemos admitirlo, teniendo en cuenta que la posesión es un simple hecho, «es el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa»; y, por otra parte, que el Código ha proscrito de su articulado el procedimiento de la defensa privada que otras legislaciones conceden al poseedor: cada vez que vea turbada su posesión deberá recurrir a la justicia ordinaria ejercitando las acciones que le competen. Ahora bien, si el poseedor perturbado no ocurre ante el juez dentro de los plazos que la ley le concede, la ley sanciona su negligencia y da lugar a que se inicie una posesión, si bien de mala fe, en favor de quien la ha adquirido por este medio delictuoso.

66.—SANCIONES EN CUANTO A LAS PRESTACIONES

El Código ha impuesto al que entra en la posesión por medio de un delito una serie de sanciones que se harán efectivas al momento de las prestaciones a que haya lugar como consecuencia del juicio reivindicatorio iniciado por el verdadero dueño que pide la devolución de la cosa.

Se hallan establecidas en el Art. 814, en relación con el 812. Dice el primero que «está obligado a restituir todos los frutos que haya producido la cosa y los que haya dejado

(287) Véase Cap. III. Párrafo III. N.º 56 de este trabajo.

(288) Véase nuestro N.º 54.

(289) Art. 825 del Código mexicano.

(290) Art. 803 inc. 2.º del Código mexicano.

de producir por omisión culpable. Tiene también la obligación impuesta por la fracción segunda del Art. 812. Esta obligación a que se alude consiste en «responder de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que pruebe que éstos se habrían causado aunque la cosa hubiere estado poseída por su dueño. No responde de la pérdida sobrevenida natural e inevitablemente por el solo transcurso del tiempo».

Esta última sanción la contempla la ley para aquel poseedor que haya poseído por menos de un año y ha entrado en ella de mala fe. Se hace aplicable al poseedor delictuoso por la referencia del Art. 814.

67.—SANCIONES EN CUANTO A LA PRESCRIPCIÓN; CARACTER TEMPORAL DEL VICIO: a) LA PRESCRIPCIÓN SOLO EMPIEZA A CORRER DE LA FECHA QUE SEÑALA EL ART. 1155.—b) LA POSESIÓN QUE SE INICIA ES DE MALA FE. c) CONDUCE A PRESCRIPCIÓN DE LARGO TIEMPO

Esta posesión adquirida por delito la reputa el legislador como viciosa, lo que significa que, si bien no destruye su existencia, la hace jurídicamente inútil.

Tocante a la prescripción adquisitiva, el Código pone de manifiesto esta inutilidad al decir: «La posesión adquirida por medio de un delito se tendrá en cuenta para la prescripción a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe» (291).

Dentro del plazo que el verdadero poseedor tiene para perseguir al delictuoso, no puede iniciarse ni correr ninguna clase de prescripción.

De la disposición del Art. 1155 se pueden deducir algunas consecuencias importantes en cuanto a estas sanciones. Desde luego, el vicio tiene un carácter simplemente temporal, porque la imposibilidad de iniciar prescripción sólo existe durante un tiempo determinado: mientras no se haya extinguido la pena o prescrito la acción penal. Será necesario recurrir al Código Penal para saber qué pena tiene asignado el delito y al de Procedimientos Penales para saber cuándo queda extinguida la acción penal.

Según lo expresa este mismo artículo, la posesión que se inicia a los efectos de la prescripción, se considera de mala fe.

Finalmente, como la posesión que se inicia es de mala fe, conduce a una prescripción de largo tiempo y se le aplicará el plazo que señala la fracción tercera del Art. 1152, si se trata de inmuebles (10 años), o la segunda parte del Art. 1153, si se trata de muebles (5 años).

68.— POSESIÓN EQUIVOCA

«Existe equívoco, dicen Colin y Capitant (292), cuando los actos de uso o disfrute del pretendido poseedor no corresponden de una manera cierta e indiscutible al derecho de que él sostiene que constituyen la manifestación; en una palabra, cuando es posible explicarlos de un modo diferente, que no sea la pretensión de un derecho sobre la cosa»; «cuando no se sabe si ella es la manifestación de un derecho perteneciente al poseedor o si ella es un puro hecho», dice Laurent (293).

Según Jossierand (294) «una posesión equívoca es aquella que no se sabría decir si es ejercida a título de propietario o bien a título de precario: las condiciones en que se presenta no solucionan el problema. La situación queda no definida y en suspenso».

Se ha dicho (295) que, en realidad, el ser equívoca no constituye un vicio especial de la posesión, distinto de los demás vicios de que ésta puede adolecer. De acuerdo con estas ideas, la posesión equívoca sería aquella que ofreciera dudas sobre cualquiera de sus

(291) Art. 1155 Código mexicano.

(292) Colin y Capitant.—Ob. T. y Vol. cit. Pág. 900.

(293) Laurent.—Ob. cit. Pág. 301.

(294) Louis Jossierand, «Cours de droit civil positif français».—T. I. Pág. 737.

(295) Baudry-Lacantinerie y Tissier.—Ob. cit. Pág. 202.

cualidades, tales como la continuidad o la publicidad. Concebida en esta forma la equivo-
cidad, su alcance se reduce a una simple cuestión de prueba.

Planiol y Ripert (296) estiman que al decir que las cualidades de la posesión deben ser ciertas, vale tanto como decir que deben ser probadas. Como quiera que el hecho de la posesión es el único que el poseedor debe probar, queda a cargo de su adversario la prueba de los vicios que pueda presentar, como la clandestinidad, violencia o discontinuidad, de los que pretende prevalerse: si estas circunstancias no son demostradas, la posesión existente no será reputada como viciosa.

Estos autores estiman que, sin duda, la equivocidad es un vicio especial, que a veces hace inútil una posesión existente; pero, a su juicio, es menester previamente hacer un distinguo en el sentido de que para imaginarse el caso habría que suponer que las dudas se refirieran no ya a las cualidades secundarias de la posesión, sino a uno de los elementos constitutivos; la intención de poseer para sí.

¿En qué casos existirá este vicio de equivocidad en la posesión? Podemos decir que, por regla general, se presenta en todos aquellos en que los actos de goce podrían explicarse de dos maneras distintas. Tal ocurriría en la propiedad indivisa. Cada propietario puede realizar actos posesorios sobre toda la cosa, pero estos actos presentan un carácter ambiguo, porque podrían realizarse tanto en virtud del derecho parcial de propiedad, como a título de poseedor exclusivo. En estos casos, dice Laurent (297), la posesión será siempre equívoca. La propiedad es un derecho absoluto, en tanto que la posesión en comunidad implica un derecho común con respecto a otras personas. El condueño posee la cosa común en su nombre y en el de los demás interesados. Ahora bien, si quiere sostener una posesión en su exclusivo nombre, esta posesión por él afirmada sería equívoca de no haber intervenido un título, es decir, si no ha comenzado a poseer con título distinto del de mero participante en una comunidad.

Explicando el vicio, Colin y Capitant (298) nos ponen frente al problema que se presenta después de la muerte de un individuo con respecto a sus objetos muebles preciosos (alhajas, platerías, valores) que continúan en posesión de una señora de compañía que habitó con él en vida. Esta, para evitar la restitución a los herederos, podrá invocar la posesión de estos muebles, posesión que debiendo presumirse regular (por ejemplo, a consecuencia de una donación) bastaría para convertirla en propietario. Responden negativamente, argumentando que esta posesión puede explicarse de otro modo que no sea la aprehensión de estos objetos a título de donataria. Puede obedecer la posesión a las funciones que la dicha señora de compañía desempeñaba cerca del decuyus y, en este caso, sólo será precario; existe el vicio de equívoco.

Otro ejemplo: se abre una sucesión a beneficio de varios herederos. Uno de ellos, que ha quedado en posesión exclusiva de los bienes de la sucesión durante treinta años podrá oponer la prescripción a la demanda de partición de sus coherederos. El Art. 816 (francés) lo permite, pero añade la Corte de Casación, a condición de que el heredero haya manifestado por actos claros y significativos su intención de portarse en adelante como dueño único y no únicamente como copropietario que administra el todo, parte en su nombre, parte por cuenta de sus copropietarios. En tanto esta manifestación no se haya realizado, la posesión del heredero es equívoca (299).

Puede haber también equívoco si a la muerte de un individuo existen en manos de su concubina, de un heredero suyo, de una sirvienta que vivía con él, y en manos del hotelero propietario del establecimiento en que el deceso ha tenido lugar, objetos o valores que le hayan pertenecido. La comunidad de vida entre los interesados deja en suspenso la posesión de los supervivientes; surge así la duda de saber si es por su cuenta personal que poseen, o bien a título de depositario, de mandatario o de asalariado. Planiol y Ripert (300)

(296) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 158.

(297) Laurent.—Ob. y T. cit. Pág. 301.

(298) Colin y Capitant. Ob. y T. cit. Pág. 900.—Planiol y Ripert.—Ob. y T. cit. Pag. 159.—Laurent.—Ob. y T. cit. Pág. 301.

(299) Colin y Capitant.—Ob. y T. cit. Pág. 900.

(300) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 159.

dicen que «el hecho de vivir en común, si bien no vicia necesariamente la posesión, a menudo es causa para hacerla equívoca». En estos casos, las cosas pueden ser retenidas tanto en nombre propio, como en el del marido o del amo, por lo que el ánimo de retener la cosa a título de propietario no aparece con certeza y, por tanto, desaparece el fundamento de su legitimidad.

Cuando los actos posesorios realizados pueden ser interpretados en dos o más sentidos diversos existiría, dentro del Código francés, equívoco en la posesión, lo que constituye un vicio que impide prevalerse de los beneficios de la posesión útil. Así, por ejemplo, no podría ganarse el dominio de la cosa por prescripción.

Dentro del Código mexicano se presentaría en el caso que legisla el Art. 1144: «Si varias personas poseen en común alguna cosa, no puede ninguna de ellas prescribir contra sus copropietarios o coposeedores; pero sí puede prescribir contra un extraño, y en este caso la prescripción aprovecha a todos los partícipes».

69.—NO ES MIRADA COMO VICIO DE LA POSESION

Contrariamente a las disposiciones del Código francés, en el mexicano la equivocidad no es vicio de la posesión. En Francia, el Código exige expresamente que la posesión sea «no equívoca», como un requisito para la prescripción (301).

De las explicaciones que dimos en el Número anterior, infiérase que el vicio se presenta en Francia tanto por la disposición expresa de la ley como de la consideración de que la equivocidad supone dudas sobre uno de los elementos constitutivos de la posesión: la intención de poseer para sí; el *animus rem sibi habendi* no se manifiesta en forma clara, lo que hace que no pueda conducir al dominio.

En el Código de México la situación se presenta en forma diversa. No se contempla en forma expresa el equívoco como vicio. Se estudia y se legisla sobre la violencia, la discontinuidad, la clandestinidad y sobre la posesión que se adquiere por un delito, pero no sobre la posesión equívoca como vicio.

El equívoco supone que la intención de poseer para sí no aparece manifestada. Suprimido en el Código este ánimo, teniendo presente que la posesión es el poder de hecho que se ejerce sobre una cosa sin relación con esa intención cualificada, es lógico que el Código no la contemple como vicio, antes bien, admite que la cosa pueda ser poseída; parte precisamente de la base que «varias persona posean en común una cosa».

Reforzando esta afirmación, cabe tener en cuenta el Art. 797 que dispone: «Se entiende que cada uno de los partícipes de una cosa que se posee en común ha poseído exclusivamente, por todo el tiempo que dure la indivisión, la parte que al dividirse le tocara», lo que nos da a entender que si es posible agregar a la posesión que resulte al momento de la división aquella que se tuvo en la indivisión es porque el legislador la estima como no viciosa, por lo mismo que el tiempo transcurrido es útil a la prescripción.

70.—PERO IMPIDE LA PRESCRIPCION ENTRE LOS COMUNEROS.-EL ART. 1144 SE PONE EN EL CASO QUE LA COSA SEA POSEIDA EN COMUN.-SI LA POSESION ES EXCLUSIVA CABRIA PRESCRIPCION ENTRE LOS COPROPIETARIOS

Si bien hemos dicho que el ser equívoca la posesión no constituye un vicio de ella, el Código impide que los comuneros puedan prescribir entre sí. Esta imposibilidad emana, a nuestro juicio, del principio que el Código contempla en el Art. 826, en cuya virtud sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción, principio que se desarrolla principalmente con miras a la prescripción; se le considera como un requisito indispensable de ella (Arts. 1151 y 1152).

Siguiendo las enseñanzas de Valverde (302) debemos decir que la posesión en concepto de dueño es la que se tiene con verdadera independencia de otro, la apropiación económica de la cosa con señorío independiente».

(301) Art. 2299 del Código civil francés.

(302) Valverde, Calixto.—Ob. cit. T. II. Pág. 323.

Por aplicación de esta autorizada opinión y de lo que dijimos en otro lugar (303), llegamos a la conclusión de que la prescripción se impide en este caso porque no podría decirse que alguno de los comuneros posee en este concepto, ya que, si bien cada uno de ellos puede ejecutar actos posesorios sobre la cosa común, debe hacerlo en tal forma que no excluya los actos posesorios de los otros coposeedores (304); de donde resulta que no podría ejercitarse el poder de hecho con entera independencia de otra persona.

A mayor abundamiento, cabe consignar que el Art. 1144 se pone en el caso que **la cosa sea poseída en común**, lo que excluye toda idea de poder actuar sobre ella en forma excluyente.

Si la posesión se ejerce en forma exclusiva por alguno de ellos, cabría la prescripción entre los comuneros, pero estaríamos fuera de la figura jurídica que se llama posesión equívoca, porque la cosa no sería ya poseída en común, por lo mismo que la posesión es exclusiva.

71.— EN TODO CASO LOS COPOSEEDORES PUEDEN PRESCRIBIR CONTRA UN TERCERO

Según lo expresa el Art. 1144, los copropietarios o coposeedores pueden prescribir contra un extraño, si bien no pueden prescribir entre sí y, en este caso, la prescripción aprovecha a todos los partícipes. Esto es posible porque, en realidad, si se quiere, estamos fuera de la posesión equívoca. La situación debe mirarse desde el punto de vista de la comunidad de poseedores, como un solo todo, como un solo titular frente a un extraño que, en este caso, sería el antiguo poseedor contra el cual se está prescribiendo. Ha desaparecido el fundamento mismo de la equivocidad; no hay ya dudas sobre el carácter con que los coposeedores se hallan frente a la cosa: ejercen un poder de hecho en común y, por tanto, están en posesión común frente al tercero.

PARRAFO CUARTO

DE LA POSESION CON TITULO

72.— EL TITULO EN LA POSESION

La palabra título se emplea en el Derecho para designar, sea el acto jurídico que ha dado nacimiento al derecho, la causa de él sea el documento que lo constata y sirve de prueba de su existencia (305).

Los romanos llamaron al título *causa* y *causa possessionis*. Siguiendo esta acepción, el Título sería la causa jurídica de la posesión (306).

«Causa jurídica es, para Alas, de Buen y Ramos (307), el hecho o conjunto de hechos de los cuales la posesión se deriva como una consecuencia jurídica; el hecho en virtud del cual la toma de posesión se considera jurídicamente fundada»; o, como dice Mourlon (308), «la causa de un derecho verdadero o aparente».

Para el profesor Stitckin (309), el título en la posesión es el acto o hecho jurídico que autoriza la posesión de la cosa. En la expresión «hechos» quedan comprendidos los originarios: accesión, ocupación, prescripción; y en la expresión «actos» los títulos traslativos de dominio. Título es el hecho o acto jurídico que da a la posesión el carácter de legítima, esto es, posesión con arreglo a derecho.

Esta es, sin duda, la acepción en que lo toma el Derecho mexicano en el Art. 806: «Entiéndese por título la causa generadora de la posesión».

(303) Véase lo dicho en el N.º 35 de este trabajo.

(304) Art. 796 del Código mexicano.

(305) Salvat.—Ob. cit. Pág. 33.

(306) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 199.

(307) Alas, de Buen y Ramos.—Ibidem.

(308) Mourlon, cit. por J. Verdugo. Mem. cit. Pág. 37.

(309) Stitckin.—Apuntes de clase citados.

Gomís y Muñoz (310) creen que el legislador ha querido referirse en esta parte al hecho jurídico en razón del cual se adquiere la posesión, sea por medio de un negocio jurídico, sea por hecho proveniente de la voluntad unilateral del hombre o de las fuerzas de la naturaleza, como cuando la corriente de un río deposita en nuestro fundo un árbol ajeno, con lo cual nos confiere una posesión forzosa».

En nuestro derecho se hace distinción entre títulos justos e injustos, siendo el primero un requisito de la posesión regular. El legislador chileno no ha definido el justo título; lo divide en el Art. 703 en constitutivo y traslativo de dominio. En esta materia se optó por hacer una enumeración taxativa y genérica de los títulos que no tienen el carácter de justos.

Don David Stitchkin (311) lo define como «aquél que formalmente llena las condiciones necesarias para atribuir dominio, de modo que si no opera el traspaso o la adquisición es por una causa ajena e independiente del título».

Para que el título tenga el carácter de justo ha de ser, en primer lugar, suficiente para atribuir dominio, ha de ser verdadero y ha de ser válido (312).

El Código de México no nos habla para nada en la posesión o en la prescripción positiva del justo título; no existe la distinción entre posesión regular e irregular.

La no exigibilidad del justo título en la posesión es, según un comentarista (313) correcta con la manera de entender que la posesión puede adquirirse por despojo o violencia y que al cesar la violencia la posesión deviene pacífica.

Como veremos, el Código no exige título para poseer. Lo estudia y reglamenta como un elemento de la buena fe. Y, así dice que «es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho a poseer (Art. 806).

Haciendo un estudio del justo título, Valverde (314) considera que éste es uno de los elementos precisos de la prescripción ordinaria y, en general, a los efectos de dicha prescripción, se entiende por título la justa causa de adquisición o de traslación de la propiedad; tales, la compraventa, la donación, etc.

Al hacer un breve comentario sobre la evolución de este concepto, el autor citado expresa que «se ha sostenido, principalmente por los escritores romanistas la relación íntima entre el título y la buena fe, considerando que hay buena fe cuando existe título, siendo éste el fundamento de aquélla; pero, recientemente, no faltan escritores romanistas que sostienen la independencia del título y la buena fe. El Derecho moderno, sin negar en absoluto la relación entre la buena fe y el justo título, los diferencia y los separa, por lo mismo que pueden haber poseedores de buena fe sin justo título, y por tanto, las legislaciones que exigen ambos requisitos para adquirir por prescripción ordinaria, hacen bien».

De la lectura de la primera parte del Art. 806 parece desprenderse que el Código de México sigue el primer criterio que señala este autor, en cuanto exige el título como elemento de la buena fe, exigencia que se ve corroborada en otras disposiciones del Código, relativas a la prescripción, en que se exige para la abreviada (que equivaldría a la ordinaria) de cinco años para los inmuebles y de tres para los muebles, aparte de otros requisitos, solamente la buena fe. No exige justo título; pide sólo buena fe, lo que en verdad importa que exista título, que ha de ser «suficiente para darle derecho a poseer» (315).

73.—DEBE SER SUFICIENTE PARA DARLE DERECHO A POSEER

Para considerarlo de buena fe, el Código exige al poseedor un título que sea suficiente para darle derecho a poseedor.

Esta suficiencia del título involucra la concurrencia de determinados requisitos que abonen su calidad.

(310) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 339.

(311) David Stitchkin.—Apuntes citados.

(312) Para el estudio del justo título, véase Stitchkin. Apuntes cit.—Claro Solar. T. VII. Pág. 476 y siguientes. Alessandri: "Los Bienes".—Apuntes de clase. Pág. 147 y siguientes.—Julio Verdugo.—Mem. cit. Pág. 45 y siguientes.

(313) Gomís y Muñoz.—Ob. cit. T. II. Pág. 248.

(314) Valverde, Calixto.—Ob. cit. T. II. Pág. 234.

(315) Véase la diferencia en el Código chileno: Art. 2507 en relación con el 702.

Dentro de la fórmula genérica que emplea el Código, el título deberá ser verdadero y válido. Que sea verdadero implica que tenga una existencia real. Por no ser verdadero y válido carecerán de suficiencia para dar derecho a poseer los títulos simulados, putativos, revocables y nulos (316).

Manresa y Navarro (317) dice que el título debe ser válido porque los actos nulos, ya por falta de capacidad en el transmitente o adquirente, ya por su naturaleza o condiciones, no pueden ser fuente de derechos ni tener eficacia en tiempo alguno, aparte de que entonces no sería justo dicho título. Sin un título válido no puede crearse ningún derecho, y sin que sean de los susceptibles de transmitir legalmente el dominio o los derechos que se pretende prescribir, no puede llegarse a la prescripción de los mismos (318).

74.—PARA POSEER NO SE REQUIERE TITULO ALGUNO

De la simple lectura de varias disposiciones del Código se puede colegir que no se exige título para entrar en posesión de una cosa. El Art. 790, con que se inicia el estudio de la posesión, dice que «es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho» y que «posee un derecho el que goza de él». Para nada habla de título. La simple relación del hombre con la cosa o con el derecho lo pone en posesión de ellos. Solamente se exceptúa el caso del Art. 793 que hemos estudiado como el de los meros tenedores o «servidores de la posesión», según la denominación de Planck.

Por otra parte, el Código se pone en el caso que la posesión sea adquirida por medio de la violencia o por algún hecho delictuoso (Art. 814 en relación con los Arts. 1154 y 1155). Si el Código legisla sobre estos casos es porque los admite como posibles. Y es claro y manifiesto que en ellos no hay título alguno, si bien la posesión que se origina tiene distinto tratamiento que la que no ha sido adquirida con estos vicios.

En realidad, dentro del estudio de la posesión, podemos distinguir en el Código dos matices de la institución: la posesión que funciona junto al derecho de propiedad y la que lo hace en forma completamente independiente, como un simple poder de hecho.

Cuando la posesión no es más que la manifestación del derecho de propiedad, el poseedor goza de los derechos del propietario y cuando se adquiere del dueño, en virtud de un acto jurídico que transmite el poder de hecho sobre la cosa, el poseedor tiene los derechos que le confiere el título constitutivo de la posesión y ésta se regirá por las disposiciones legales que reglamentan el acto jurídico que le dió nacimiento, ya sea usufructo, arrendamiento, prenda, etc. Pero independientemente de estas posesiones se reglamenta la posesión sin título, es decir, el poder de hecho que se adquiere sobre una cosa independientemente de toda autorización de su dueño. Esta posesión es garantizada, cuando el poseedor hace producir la cosa poseída, pues el beneficio que con esto recibe la colectividad da mérito para reconocer esa posesión como capaz de producir efectos jurídicos. Consecuente con este criterio, el Código establece la posesión útil, es decir, la de aquel que hace producir la cosa, rodeándola de más garantías y reconociéndole mayores efectos jurídicos (319).

75.—PERO LA FALTA DE TITULO HACE PRESUMIR MALA FE

Si bien dejamos expresado que el Código no exige título para poseer, la carencia de él origina una posesión de mala fe. Así lo expresa el Art. 806 inc. 2.º diciendo que «es poseedor de mala fe el que entra en la posesión sin título alguno para poseer».

Esta conclusión tiene gran importancia en materia posesoria, por las consideraciones que hemos hecho en otra parte de este trabajo relativas a los beneficios que la buena fe trae consigo (320), beneficios que dicen relación principalmente con la prescripción, cuyo lapso será más o menos largo según se esté de buena o mala fe; en lo relativo a la percepción de frutos, abono de gastos y mejoras, etc.

(316) Valverde.—Ob. cit. T. II. Pág. 235.

(317) Manresa y Navarro.—Ob. cit. T. XII. Pág. 873.

(318) Véase lo dicho en nuestro Cap. III. N.º 44.

(319) Sobre este aspecto, véase el Mensaje del Código.

(320) Cap. III. N.º 53 de este trabajo.

También cobra importancia la presencia del título posesorio en caso de disputa de la posesión y, al efecto, el Código dispone que «es mejor la posesión que se funda en título y cuando se trata de inmuebles, la que está inscrita». (Art. 803).

76.—EN CONSECUENCIA, LA PRESCRIPCIÓN ABREVIADA SUPONE LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO

De la afirmación que hemos hecho en el Número anterior, basados en el inc. 2.º del Art. 806, se deduce, como consecuencia, que la prescripción abreviada supone la existencia de un título. Esta conclusión fluye de la lectura de los artículos 1152 y 1153. En efecto, el primero dice que «los bienes inmuebles se prescriben en cinco años cuando se posean en concepto de propietario, **con buena fe**, pacífica, continua y públicamente». Si falta la buena fe y siempre que se reúnan los demás requisitos, el plazo es de 10 años. Para los muebles, establece el artículo siguiente que «se prescriben en tres años cuando son poseídos **de buena fe**, pacífica y continuamente. Faltando la buena fe prescriben en cinco años».

En ambos casos se exige buena fe para que opere la prescripción abreviada (de 5 y 3 años respectivamente), lo que equivale a decir posesión con título, aparte de que si el título es vicioso el poseedor debe ignorar además «los vicios de su título que le impidan poseer con derecho» (Art. 806).

77.—EL TÍTULO MEJORA LA CONDICIÓN DEL POSEEDOR EN CASO DE DISPUTA DE LA POSESIÓN

El Art. 803 dice que «es mejor la posesión que se funda en título y cuando se trata de inmuebles, la que está inscrita». Esta norma legal es una consecuencia de la buena fe que implica la presencia del título. El legislador trata de favorecer en todo caso al poseedor de buena fe; por eso dice que «es mejor la posesión que se funda en título», valoración que corresponderá hacerla en caso de disputa de la posesión.

Si el título está inscrito, no hay problema: la inscripción le confiere la cualidad de mejor título frente a cualquiera otra posesión que tenga por causa originaria otro título diferente del de la inscripción. La dificultad se presenta al querer discriminar entre dos o más títulos, cuál es el mejor.

78.—EL TÍTULO AÑADIDO A LA BUENA FE CONFIERE DERECHO A LOS FRUTOS.—REFERENCIA

A pesar de que para poseer no se requiere título alguno, cuando él existe, da lugar a ciertos beneficios que el Código se encarga de señalar. Del Art. 810 se infiere lo dicho, en cuanto concede al poseedor determinados derechos si éste se halla de buena fe y ha adquirido la posesión por un título traslativo de dominio.

En primer lugar se le autoriza para hacer suyos los frutos percibidos, con todas las consecuencias que hicimos ver al estudiar los beneficios de la buena fe (321). Luego, se le autoriza también para pedir el abono de gastos necesarios y útiles que haya hecho, concediéndole la ley en estos casos el derecho de retención de la cosa poseída hasta que se haga el pago. Se le autoriza igualmente para retirar las mejoras voluntarias que haya efectuado, en la forma y casos que éste artículo determina y, finalmente, tiene derecho a que se le abonen determinados gastos que haya efectuado para la producción de frutos naturales e industriales que no hace suyos por estar pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión; todo ello en conformidad a los principios que expusimos en otro lugar (322).

79.—NO RESPONDE DE LOS DETERIOROS.—REFERENCIA

Este poseedor de buena fe que ha adquirido la posesión por título, queda exento de responsabilidad por el deterioro o pérdida de la cosa, aunque éstos hayan ocurrido por he-

(321) Véase lo dicho en nuestro Cap. III. N.º 53.

(322) Igual referencia que la anterior.

cho propio. La única responsabilidad que le impone la ley sobre este punto es la relativa a la utilidad que haya podido obtener de la pérdida o deterioro, lo que no es sino una aplicación del principio del enriquecimiento sin causa. Todo ello conforme al Art. 811. En otra parte de este trabajo se expusieron los principios que sienta el Código sobre los beneficios de la buena fe, lugar en que se hizo un análisis de las razones que los justifican. A ella hacemos referencia (323).

PARRAFO QUINTO

DE LA POSESION CONTINUA

80.— CONCEPTO

Otro de los vicios que puede tener la posesión es la discontinuidad. En concepto del Art. 1151 «la posesión necesaria para prescribir debe ser: continua».

La continuidad consiste en la sucesión regular de los actos de posesión, a intervalos lo suficientemente cortos para no presentar lagunas. No se exige manejo o uso constante de la cosa, minuto tras minuto y sin intervalo alguno; sería absurdo, imposible. La continuidad resulta de una serie de actos realizados con intervalos normales, tales como pudiera hacerlo el propietario cuidadoso de obtener todo el provecho posible de su propiedad. Una posesión que no se ejercite de modo regular, no puede decirse que imite el verdadero derecho lo bastante para ser protegida (324).

No es menos continua la posesión de un monte talar o de una servidumbre de paso, porque el ejercicio de la facultad que confiere sea por su naturaleza intermitente y no debe, por tanto, confundirse el concepto de continuidad de la posesión con el que preside a la distinción de servidumbres continuas y discontinuas, lo que explica por qué la posesión de una servidumbre discontinua pueda muy bien ser continua (325).

El poseedor actúa como tal de dos maneras distintas: 1.º Utilizando económicamente la cosa según su naturaleza; 2.º Defendiendo su derecho contra cualquier perturbador. Pero el poseedor no necesita estar siempre actuando en una de estas dos formas. Hay muchos momentos en que el poseedor no tiene relación alguna de hecho con ella, sin que por eso pueda afirmarse que la posesión se ha interrumpido. Hay muchos casos en que aparentemente falta la relación de hecho entre el poseedor y la cosa, pero virtualmente continúa portándose como poseedor. Para determinar cuándo un poseedor ha perdido la posesión hay que atender a cada caso concreto para ver si, por una parte, considera y trata la cosa—desde el punto de vista económico—como si estuviera dentro de su patrimonio y, por otra, si la defiende con los medios que el Derecho le concede contra todos aquellos que pretenden perturbarle en el disfrute de la misma (326). Planiol y Ripert dicen que es ésta una cuestión de hecho que debe resolverse de acuerdo con la naturaleza de la cosa poseída para determinar si los intervalos separan los actos de ejercicio de la posesión en una forma que dé origen a viciarla de discontinuidad. Ponen varios ejemplos sobre el particular (327).

Para Valverde (328) la discontinuidad significa que no debe ser interrumpida, o, lo que es igual, que la posesión sea continuada durante el tiempo exigido por la ley para que se verifique la adquisición.

El Art. 824 del Código mexicano dice que «posesión continua es la que no se ha interrumpido por alguno de los medios enumerados en el Capítulo V Título VII de este Libro». O sea, por las formas de interrupción que se señalan en el Capítulo correspondiente a la Prescripción.

No interrumpida es la posesión cuando no ha habido por obra de un tercero ni privación del goce de la cosa ni acto alguno que sirva a interrumpir la prescripción (329).

(323) Igual referencia que la anterior.

(324) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 156.—Ruggiero. Ob. cit. Vol. I. Pág. 820.—Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 174.

(325) Ruggiero.—Ob. cit. Vol. I. Pág. 820.

(326) Alas, de Buen y Ramos.—Ob. cit. Pág. 175.

(327) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 156.

(328) Valverde, Calixto.—Ob. cit. T. II. Pág. 229.

(329) Ruggiero.—Ob. cit. Vol. I. Pág. 820.—Colin y Capitant.—Ob. cit. T. II. Vol. II. Pág. 913.

Castán (330), siguiendo la definición de Planiol, dicen que «se llama interrupción de la posesión a la supervivencia de un hecho que, destruyendo alguna de las condiciones esenciales de la usucapión (permanencia en la posesión, inacción del propietario), corta el curso de aquélla, haciendo inútil el tiempo ganado. Si tiene lugar por pérdida de la posesión, la interrupción se llama natural; si por reclamación del propietario, civil».

¿Por qué la posesión ha de ser no interrumpida?, se pregunta el profesor Stitckin (331). Halla la respuesta en la consideración de que la interrupción mata uno de los elementos de la prescripción: la inacción del titular del derecho. Interrupción es, en su concepto, la pérdida del tiempo corrido en virtud de un hecho o de un acto a que la ley atribuye ese efecto, realizado durante el curso de la prescripción.

Se dice que es la pérdida del tiempo corrido porque no obsta a que se inicie una nueva prescripción o que continúe la anterior. No importa necesariamente la pérdida de la posesión de la cosa; puede reiniciarse una nueva prescripción al mantenerse o reiniciarse los elementos integrantes o constitutivos de la prescripción: sólo se ha perdido el tiempo anterior.

Se dice que la ley atribuye a estos hechos o actos interruptivos la virtud de producir ese efecto, porque en realidad no hay otros que los señalados por la ley.

El Código francés habla de «posesión continua y no interrumpida» (Art. 2299), lo que ha dado margen a hacer distinción entre interrupción y discontinuidad, siendo la primera—salvo el caso de abandono—obra de un tercero, en tanto que la discontinuidad es tan sólo imputable al poseedor (332). Ruggiero sostiene que son conceptos diversos; la discontinuidad presupone un acto negativo (omisión de ejercicio) de parte del poseedor, en tanto que la interrupción presupone un acto positivo (desposesión, notificación de la demanda judicial); mientras aquélla depende de la voluntad del poseedor, ésta se origina en el hecho de un tercero (333).

Esta distinción carece de importancia para nuestro estudio y es ajena a la nomenclatura del Código, porque en él la discontinuidad se produce cuando la posesión se interrumpe por alguno de los medios que se señalan en el Capítulo que trata de la Prescripción (Art 824).

La interrupción difiere esencialmente de la suspensión y esta diferencia consiste en que, al paso que en la interrupción el tiempo transcurrido anteriormente a la misma ya no se cuenta para el término exigido para prescribir, en cambio, en la suspensión el tiempo transcurrido anteriormente se suma al posterior, al instante en que la prescripción ha vuelto a seguir su curso. Por otra parte, como expresa Ricci, la interrupción obra sobre el pasado, en cuanto jurídicamente lo destruye, haciendo que el tiempo transcurrido no sea útil para establecer la prescripción, pero deja intacto el porvenir, porque la prescripción, después que ha sido interrumpida, puede comenzar de nuevo su curso. En cambio, la suspensión deja intacto el pasado, que es apto para la prescripción y obra sobre el tiempo presente, esto es, el tiempo en que la causa suspensiva se verifica impidiendo que pueda tenerse en cuenta para el cómputo exigido para la prescripción (334).

81.—SU IMPORTANCIA

La distinción entre posesión continua y discontinua tiene mucha importancia dentro del Código, especialmente en cuanto dice relación con la prescripción. De ahí que el Art. 824 nos remita al Capítulo V, Título VII, de Libro II, que lleva por título: «De la interrupción de la prescripción».

El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corri-

(330) José Castán.—Ob. cit. T. II. Pág. 176.—Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 613.—Véase Manuel Díaz Valdés: «Suspensión e interrupción de la prescripción».—Mem. de prueba. Pág. 92 y siguientes. 3.ª parte.

(331) David Stitckin.—Apuntes citados.

(332) Véase hecha la distinción en Baudry-Lacantinerie y Tissier.—T. XXV. Pág. 194.—Valverde. T. II. Pág. 229.—Ruggiero. Vol. I. Pág. 821.—Lafaille. T. III. Vol. III. Pág. 307.

(333) Ruggiero.—Ob. cit. Vol. I. Pág. 821.

(334) Ricci.—Ob. ci. T. XII. Pág. 103.

do antes de ella (Art. 1175). Planiol y Ripert dicen que en realidad no es efecto sino un defecto de la interrupción (335).

La posesión que sigue al acto interruptivo constituye una posesión nueva que no puede unirse a la anterior para conseguir así el tiempo que se precisa para la acción de mantenimiento o para la usucapión.

Esta importancia a que aludimos se halla consignada en varias disposiciones de la ley civil. Así, el Art. 1151 dice que la posesión necesaria para prescribir debe tener, entre otros, el requisito de ser continua. Por otra parte, es un requisito para ganar el dominio de las cosas por prescripción abreviada; el Art. 1152 N.º 1 dice que los inmuebles se prescriben en cinco años cuando se posean en forma continua y siempre que concurren los demás requisitos que se exigen: este plazo se aumentará a diez años, según el N.º 3.º del mismo artículo, cuando, teniendo este mismo carácter de continua y además, que se ejerza a título de propietario, pacífica y públicamente, falta la buena fe que se requiere para la prescripción quinquenal. tratándose de muebles, el plazo de prescripción es de tres años cuando es poseída la cosa con buena fe, pacífica y continuamente (Art. 1153).

82.—CAUSAS QUE INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN

En la doctrina científica y en la generalidad de los Codigos se hace distinción entre interrupción natural e interrupción civil de la prescripción. Esta distinción es desconocida en el Derecho mexicano.

Se llama interrupción natural la que se produce cuando se hace imposible el ejercicio de actos posesorios por haberse perdido la posesión (336). Esta pérdida puede producirse por causa de la naturaleza o por un hecho del hombre, debiendo distinguirse si este hecho es voluntario o involuntario.

Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor (337).

En conformidad al Art. 1168, se interrumpe la prescripción, en primer lugar, si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año. Esta primera causal está en concordancia con el Art. 828 N.º 5 que se refiere a la pérdida de la posesión; dice que la posesión se pierde por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año; y está en concordancia también con el Art. 804 que establece que para que el poseedor tenga derecho al interdictor de recuperar la posesión, se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo.

Lo que en verdad se interrumpe en esta causal no es la prescripción, sino más bien la posesión que está corriendo contra el dueño. Perjudicará, entonces, al primer prescribiente; él no podrá alegar la prescripción en su favor, porque ha sido interrumpida. Al dueño de la cosa, contra quien estaba prescribiendo el primer prescribiente despojado, en realidad, no le aprovecha, porque la prescripción sigue corriendo en su contra.

Cuando el poseedor se deja despojar por otro del goce de la cosa poseída y calla por más de un año, sin cuidarse de readquirir la posesión ejercitando las acciones que la ley en el caso le concede, no revela ya el ánimo de considerar o tener la cosa como suya, antes hace ver que sus pretensiones respecto de ella, de cuyo goce ha sido privado, no tienen a su juicio, ningún fundamento serio; y precisamente por este motivo es por el que la ley considera interrumpido el curso de la prescripción, toda vez que esta manifestación del ánimo del poseedor tiene efecto respecto de la posesión precedente y quita a la misma toda eficacia para el porvenir.

La privación de la posesión de la cosa o del goce del derecho puede provenir ya sea del acto del propietario, ya sea del acto de un tercero. La ley no distingue. En ambos casos, tolerando la privación por más de un año, y habiendo descuidado el ejercicio de las acciones que la ley le concede para recuperar su posesión, revela el ánimo de no considerar la cosa como suya, por lo que en ambos casos vale la misma razón para considerar el curso de la prescripción interrumpido.

(335) Planiol y Ripert.—Ob. cit. T. III. Pág. 613.

(336) Stitckin.—Apuntes cit.—Art. 2502 del C. civil chileno.

(337) Art. 2503 primera parte de nuestro Código.

Esta forma de interrupción equivale a lo que nuestro Código llama interrupción natural, en los dos casos que señala el Art. 2502: 1.º cuando, sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada; y 2.º cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.

Respecto del primer caso, «se interrumpe la prescripción porque se pierde la posesión, es decir, en este caso se pierde el corpus. La cosa no se halla bajo el poder del poseedor, pues, aunque quiera, no puede ejecutar los actos de que se ha dado un solo ejemplo en el Art. 2502: cuando una heredad ha sido permanentemente inundada» (338).

Esta causal no es generalmente aceptada por todos los tratadistas y legislaciones. Muchos Códigos no contienen este precepto y los tratadistas sostienen que no debe mirarse como una causal de interrupción de la prescripción (339).

Este mismo principio se halla incorporado en los Códigos español, italiano y francés, en los que la interrupción debe durar un año. En nuestro Derecho no hay plazo y su fijación es, pues, una cuestión de hecho.

Relacionando el ejemplo del Art. 2502 con el 653 se ve que la interrupción hace perder la posesión, pero no el dominio, a no ser que la inundación dure más de cinco años, en cuyo caso el terreno pasa a ser de aluvión y accede a las propiedades ribejanas.

Nuestro Código le da a esta disposición un carácter especial, en cuanto establece que «no produce otro efecto que el de descontarse su duración». El tiempo de prescripción se conserva, lo que tiene gran importancia para el caso de iniciarse prescripción por quien ha perdido la propiedad. El efecto es semejante al de la suspensión, pero con la diferencia que la suspensión es un beneficio en favor de determinadas personas; en cambio la interrupción natural aprovecha a todo el mundo; cualquiera persona que quiera aprovecharse de ella puede alegarla contra el poseedor para probarle que su posesión ha sido interrumpida.

Esta primera forma de interrupción, que entre nosotros se llama natural, no se contempla expresamente en el Código mexicano, pero creemos que no hay inconveniente para incluirla en la amplia fórmula del Art. 1168 N.º 1. La diferencia está en que en el mexicano se ha fijado el plazo de un año.

La segunda forma de interrupción que contempla el Art. 2502 de nuestro Código: «cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona», queda también incluida en este número 1.º del Art. 1168 mexicano; existe, si, la misma diferencia que en el caso anterior. En México se ha fijado el plazo de un año.

Para que pueda hablarse de esta interrupción es necesario que, pendiente el plazo de prescripción, pase la cosa a otras manos. Esta desposesión puede ser voluntaria o involuntaria; puede ser violenta o clandestina, si bien en estos casos no habilita para prescribir, interrumpe de todas maneras la posesión del prescribiente; no importa que la posesión sea sin, con o contra la voluntad del poseedor para que la posesión se interrumpa. El Código no hace distinciones (340).

La segunda forma de interrupción que contempla el Código de México es la que se produce «por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al poseedor». Es lo que se conoce con el nombre de interrupción civil de la prescripción, que nuestro Código señala en el Art. 2503.

De la letra del Código podemos ver que no sólo produce este efecto interruptivo la demanda, que deberá llenar todos los requisitos que establezca la ley procesal, sino que también la produce cualquier género de interpelación judicial, cualquier recurso judicial. El recurso judicial se puede definir diciendo que «es toda acción hecha valer ante la justicia encaminada a obtener o resguardar el derecho amagado» (341). Ricci lo define diciendo que es el acto por el cual se cita a una persona ante el magistrado, al efecto de hacer valer un derecho que el que propone la demanda cree que le corresponde». (342).

(338) Stitckin.—Apuntes citados.

(339) Manuel Díaz Valdés.—Mem. cit. Pág. 98.

(340) Ver Stitckin.—Apuntes cit. y Arts. 728 y 726 del Código civil chileno.

(341) Stitckin.—Apuntes cit.

(342) Ricci.—Ob. cit. T. XII. Pág. 109.—También Colin y Capitant.—Ob. cit. T. II. Vol. II. Pág. 916.

Los comentaristas dicen que «en todo caso debe tratarse de una acción encaminada a obtener una resolución judicial que reconozca o se funde en el derecho de propiedad del autor» (343). Esto no merece dudas respecto de nuestra legislación, ya que el Art. 2503 habla de «todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa», reduciéndola así a una acción que debe intentarse en razón de dominio, para que se reconozca dominio; como se ve, basta que se intente por quien se pretende verdadero dueño, pero en razón de su pretendido dominio. Tendría la virtud de producir la interrupción la acción reivindicatoria, la de comodato precario, etc., y en que se dicta resolución fundada en el dominio de quien la intenta.

En el Código de México la cosa no aparece clara. El Art. 1168 no se ha expresado en la forma que lo hace el correspondiente del nuestro, sino que, en términos generales, expresa: «La prescripción se interrumpe por demanda u otro cualquier género de interpelación judicial notificada al poseedor».

La acción debe intentarse contra el poseedor en su carácter de tal. Como dice el profesor Stitckin (344), «debe dirigirse a privar al poseedor del derecho que está prescribiendo. Ejemplo: la acción que se intenta para declarar extinguida una servidumbre por confusión, interrumpe la prescripción adquisitiva del dominio y la prescripción adquisitiva de la servidumbre. Si se pide que se declare extinguida la servidumbre por el no uso, no se interrumpe la prescripción del dominio».

De la lectura del Código se desprende que no basta la interposición del recurso; es menester que sea legalmente notificado al poseedor.

Cabe preguntarse ¿en qué momento se produce la interrupción?. Don David Stitckin dice que la doctrina y la jurisprudencia son uniformes en considerar que ello ocurre al momento en que se notifica la demanda por cuanto la reclamación del titular del derecho debe ponerse en conocimiento del que posee» (345).

En el sentir de Colin y Capitant (346), el efecto interruptivo que produce la interpelación responde a consideraciones prácticas y de equidad. El pleito comenzado puede tardar mucho tiempo en terminarse. Hay que evitar que la prescripción pueda cumplirse intra moras litis. Además, es conforme al Derecho moderno que las sentencias declarativas de derechos se retrotraigan al día del comienzo de la instancia».

En el mismo artículo que estamos analizando se dice que: «Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella o fuese desestimada la demanda». Se contemplan aquí dos excepciones al efecto interruptivo de la interpelación; a) desistimiento de la acción y b) rechazo de la demanda.

El desistimiento de la acción, o sea el abandono que el actor hace del pleito, importa el reconocimiento de la legitimidad de los derechos del demandado. Si es desestimada la demanda, o como dice nuestro Código, «si el demandado obtuvo sentencia de absolución» (347), se entiende que no ha habido interrupción de la prescripción. Sólo hay interrupción cuando es condenado. Por eso dice Coviello (348) que lo que verdaderamente interrumpe la prescripción es la sentencia y no el recurso o demanda; eso sí que los efectos de la sentencia se retrotraen al tiempo de interposición de la demanda en razón de que el tribunal debe pronunciarse sobre los derechos que las partes tienen en ese momento. Stitckin (349) dice que esto explicaría dos fenómenos: 1.º que no haya prescripción durante la secuela del juicio; 2.º que en todos los casos en que no se dicte sentencia que condene al demandado, no hay interrupción.

Si el demandante ve rechazada su demanda, el poseedor no necesitará, para rechazar su nueva demanda, invocar la prescripción: le bastará invocar la autoridad de la cosa

(343) Stitckin.—Apuntes cit.—Colin y Capitant. Ob. y T. cit. Pág. 914.

(344) David Stitckin.—Apuntes citados.

(345) Stitckin.—Apuntes cit.

(346) Colin y Capitant.—Ob. cit. T. II. Vol. II. Pág. 914.

(347) Art. 2503 N.º 3 del Código civil chileno.

(348) Nicolás Coviello, citado por Stitckin.

(349) David Stitckin.—Apuntes citados.

juzgada, de la que resulta que el demandante no tiene derecho alguno sobre la cosa litigiosa (350).

Un último problema relacionado con la interpelación es el relativo a saber si se produce este efecto interruptivo cuando la demanda se interpuso ante tribunal incompetente.

Creemos poder contestar afirmativamente por muchas razones: 1.º El Código habla solamente de «interpelación judicial» y no de «juez competente», como lo hace en otras partes. Enseguida, el Art. 1168 señala los casos en que la interpelación no interrumpe la prescripción. Estos son casos de excepción y entre ellos no se menciona la interposición ante juez incompetente. Como dice Stitchkin (351), «es doctrina universal la norma de que la incompetencia del tribunal no es impedimento para la interrupción de la prescripción», y, al efecto cita distintas legislaciones para confirmar esta doctrina.

Se produce finalmente interrupción cuando la persona a cuyo favor corre la prescripción reconoce expresamente, de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quien prescribe, causal que no necesita explicaciones.

83.—RECUPERACION JUDICIAL DE LA POSESION

La protección que la ley presta a la posesión llega hasta considerar que el poseedor a quien se ha arrebatado la cosa no pierde la posesión en definitiva si la recupera legalmente. El Art. 805 dice sobre este respecto: «Se reputa como nunca perturbado o despojado el que judicialmente fué mantenido o restituído en la posesión».

Esta es una ficción que el legislador ha establecido indudablemente en el deseo de favorecer al poseedor que recupera su posesión acudiendo a los tribunales de justicia. Importa establecer que no ha habido interrupción para el desposeído. Esta disposición tiene considerable importancia para la prescripción adquisitiva que se funda en la posesión no interrumpida durante el tiempo fijado por la ley. Sabemos que la posesión se interrumpe cuando el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año (Art. 1168) y el efecto que ella produce es inutilizar para la prescripción todo el tiempo corrido antes de ella (Art. 1175), a menos que se recupere judicialmente, pues en tal caso se reputa como nunca perturbado o despojado (Art. 805).

Uno de los mayores beneficios de la posesión es el de poder impetrar las acciones posesorias o interdictos, que tienen por objeto mantener o restituir la posesión; pero no puede instaurar acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida durante un año completo y, como las acciones posesorias prescriben, según los casos, al cabo de un año completo desde el acto de molestia o embarazo inferido a la posesión, o desde el día en que el poseedor anterior la ha perdido, o desde el último acto de violencia que se le ha hecho, o desde que haya cesado la clandestinidad, el desposeído debe entablar la acción antes de que se entere este año. Obteniendo la restitución de la posesión con este interdicto, el desposeído la habrá recuperado legalmente y el que había entrado en la posesión no habrá en realidad poseído. Pero si el que fué privado de la posesión deja transcurrir el año sin instaurar la acción, ésta compete ya al que se apoderó de la posesión, quien tendrá derecho a ser amparado en la posesión, que usurpó aún contra el propietario a quien despojó y a éste le queda tan sólo la acción reivindicatoria.

La posesión no puede recuperarse legalmente por el desposeído sino por medio de las acciones posesorias. No podría recurrir a las vías de hecho y recuperar por sí mismo la posesión a viva fuerza.

Si la posesión del usurpador se prolonga por más de un año, el desposeído la pierde definitivamente (Art. 828 N.º 5); su posesión quedará interrumpida no sólo respecto del usurpador, sino respecto de todo el mundo; y si la recupera por medio de la reivindicación, principiará una posesión nueva, pues la interrupción le hizo perder todo el tiempo que antes del desposeimiento había poseído.

(350) Colin y Capitant.—Ob. y T. cit. Vol. II. Pág. 914.

(351) Stitchkin.—Apuntes citados.

84.—PRESUNCION DE NO INTERRUPCION

A los efectos de la prescripción, el Código exige posesión continua, lo que equivale a decir que no haya sido interrumpida por alguno de los medios que él señala (Art. 1151 y 824). Por esta razón, el poseedor que pretendiera haber prescrito la propiedad debería probar que ha poseído realmente y sin interrupción durante todo el tiempo que la ley requiere (352).

La prueba de esta continuidad sería frecuentemente imposible. La ley, obviando esta dificultad, va en amparo del poseedor presumiendo la continuidad de su posesión entre las dos épocas que pruebe haberla tenido. Al efecto, el Art. 801 dispone: «El poseedor actual que pruebe haber poseído en tiempo anterior tiene a su favor la presunción de haber poseído en el intermedio».

Advierte Valverde (353) que la interrupción de la prescripción no se presume, puesto que el Código parte del supuesto que la posesión adquirida por cualquier título o forma se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario; luego, es necesario probar la interrupción para que tal presunción no subsista (354).

Si el poseedor actual prueba que 5 años antes poseía también la cosa que se reclama, lo natural es suponer que ha continuado poseyendo aunque no pruebe directamente que durante esos cinco años ha estado ejecutando sin interrupción actos posesorios: la presunción de la continuidad del mismo orden de cosas no violenta los hechos, sino que corresponde a la realidad de la vida. *Probatis extremis praesumitur medio*, dice una antigua máxima de los autores (355).

Esta presunción no es absoluta; no es una presunción de derecho; admite prueba en contrario; pero la prueba incumbe al que ataca la posesión, quien debe probar los hechos de interrupción que hayan podido tener lugar y que han hecho perder al poseedor el tiempo corrido de posesión que antes de ellos hubiera tenido, y no bastará como prueba la simple alegación de hechos negativos de pura abstención de parte del poseedor.

Como dice Claro Solar (356), para que la presunción de posesión se realice, la ley exige dos condiciones: la prueba de la posesión actual y la de que éste ha poseído anteriormente. Es necesario probar la posesión actual, porque si el que pretende probar que ha poseído durante un tiempo determinado y hasta el momento en que se dice poseedor, no posee realmente, se prueba por esto mismo que su posesión no ha sido continua o que se halla interrumpida. En segundo lugar es necesario que el actual poseedor pruebe haber poseído anteriormente, es decir, probar cuándo su posesión ha comenzado.

(352) Véase Planiol y Ripert. T. III. Pág. 615.—Ruggiero. Vol. I. Pág. 809.—Claro Solar. T. VII. Pág. 581.

(353) Valverde.—T. II. Pág. 229.—Manresa. T. XII. Pág. 772.

(354) Ver Art. 827 Código de México.

(355) (356) Claro Solar. Ob. cit. T. VII. Pág. 581.

CAPITULO CUARTO

DE LA PROTECCION POSESORIA

85.—PRINCIPIO GENERAL.—ART. 803 INC. 1.º

Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído por los medios que las leyes establecen. Esto es lo que se desprende de la letra del Art. 803, inc. 1.º, que dice: «Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer».

En esta disposición se halla establecido el principio que inspira al legislador mexicano en orden a la protección posesoria, doctrina que se desarrolla tanto en Código civil como en el de Procedimientos civiles.

Estos medios a que se refiere la ley son los interdictos de retener y recobrar «que son acciones sumarias que protegen el hecho de la posesión, sin decir nada acerca del derecho ni excluir el ejercicio de la acción de posesión o de dominio en juicio plenario» (357).

Cabe preguntarse sobre este respecto cuál es el fundamento que existe para la protección que la ley acuerda al poseedor. Por qué el legislador ampara la existencia de un hecho que puede ser contrario al derecho.

Según expresa Azcárate (358) «es posible ver en las legislaciones el propósito de garantizar la posesión contra un delito, contrario a la vez al derecho del poseedor y al orden público; o el de sancionar una propiedad que se considera probable o posible, o de estimarla como un complemento necesario de la protección debida al dominio, o el de considerarla como si su fin fuera conservar el estado de hecho de las cosas; pero no puede ponerse en duda que el fundamento principal es en las legislaciones el mismo que tiene en la esfera de los principios: una presunción legal de propiedad (359), que cede ante prueba en contrario. Por esto no se concede al que posee en nombre de otro, ni respecto de las cosas que están fuera del comercio; por esto, según las condiciones de la posesión, del título y del tiempo, cede la una ante la otra (360); por esto, ceden todas ante el dominio, y por esto la presunción es más o menos atacable, según que las cosas sean muebles o inmuebles y en ciertas circunstancias puede llegar a hacerse absoluta e irrefragable, como acontece cuando conduce a la usucapión».

¿Por qué la ley concede al simple hecho de la posesión consecuencias jurídicas?

La ley protege al poseedor sin preocuparse de saber si es o no titular del derecho que ejercita. Para Colin y Capitant, esto ocurre, en primer lugar, porque el hecho más

(357) José Castán.— Ob. cit. T. II. Pág. 41.

(358) Azcárate: "Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa". T. III. Pág. 116, citado por Valverde. T. II. Pág. 297, nota 1, y por Absalón Díaz Parra: "Protección posesoria de bienes muebles".—Mem. de prueba. Pág. 33.

(359) Véase Art. 798 del Código mexicano que establece esta presunción.

(360) Véase inc. 2.º Art. 803 del Código mexicano.

general es que la posesión acompañe al dominio; el titular de éste es casi siempre aquel a quien se ve realizar los actos externos en los que se manifiesta su ejercicio. Hasta al mismo *verus dominus*—dicen estos autores—le es útil la acción posesoria, pues le dispensa de prestar la prueba, acaso difícil, de su derecho de propiedad y le permite rechazar las intrusiones y usurpaciones por medio de un procedimiento sencillo y poco costoso (361).

En este respecto puede decirse con Ihering que «la posesión es la vanguardia de la propiedad» (362).

La posesión contiene en germen la propiedad, puesto que conduce a ella por la usucapición; de ahí que sea justo y razonable que el poseedor puede defender el estado de hecho de que disfruta por un medio jurídico, sin verse obligado a recurrir a vías de hecho. Esto último justifica el ejercicio de las acciones posesorias hasta contra el verdadero dueño, pues no es excesivo reclamarle que presente la prueba de su derecho, dado que la situación de hecho contra la que protesta no se hubiera producido si hubiese sido más atento y diligente.

Claro Solar expresa sobre esta materia que la posesión se presenta como la exterioridad del dominio, como el dominio aparente, como el signo probable de la propiedad, que la hace presumir en el poseedor, porque generalmente corresponde a la realidad de los hechos, ya que es natural que todo propietario posea lo que le pertenece y ordinariamente no posea más que esto» (363).

Esta presunción coloca al poseedor en una situación muy favorable en cuanto lo libera del peso de la prueba de su derecho de dominio y le da la situación de demandado en el juicio en que otro pretenda tener mejor derecho que él a ser dueño de la cosa.

Discurriendo sobre el fundamento de esta presunción, Azcárate (364) expresa: «El *jus possidendi* es uno de los que integran el total dominio en cuanto es condición necesaria para el mantenimiento de la propiedad, condición precisa para el ejercicio de todos los demás derechos y, por lo mismo, la muestra exterior más manifiesta del dominio. Por ello, la ley donde la ve, la protege, considerando que al hacerlo es un complemento necesario de la protección de la propiedad. Pero claro es que esta presunción puede aprovechar de hecho al no propietario, en cuanto desligada la posesión del dominio, puede producir sus efectos la presunción sin ser cierta, y de ahí el *jus possessionis* que, no obstante tener su fundamento racional en el *jus possidendi*, se diferencia radicalmente de éste en que subsiste por sí, constituyendo un derecho, que se ha llamado por algunos similar al dominio y también *cuasi-dominio*».

Si el propietario no fuera protegido contra la privación injusta de la posesión no existiría el derecho. La protección jurídica contra todos los ataques injustos a la posesión del propietario, consistentes en el despojo y en la turbación de esta última, forman un postulado absoluto de la organización de la propiedad (365).

Volviendo al fundamento de la protección que el Derecho acuerda a la posesión, debemos decir con Salvat que es esta una delicada cuestión que ha dado lugar a toda clase de controversia y a una gran diversidad de teorías (366).

En efecto, nadie discute la protección que la ley acuerda al propietario; pero, en cambio, ha preocupado mucho a filósofos y jurisconsultos el porqué de la protección dispensada a la posesión. «Y es que ésta, a primera vista, tiene algo de extraño y contradictorio: si la posesión es un simple hecho, ¿cómo se protege con medio jurídico?» (367)

Ihering (368) clasifica en absolutas y relativas las numerosas teorías ideadas para explicar el fundamento de la protección de la posesión, según que justifiquen ésta por sí misma o en consideraciones extrañas a la posesión.

Entre las teorías absolutas, la principal es la de la **inviolabilidad de voluntad**, formula-

(361) Colin y Capitant.—Ob. cit. T. II. Vol. II. Pág. 1165.

(362) Ihering.—“Fundamentos... Pág. 207.

(363) Claro Solar.—Ob. cit. T. IX.—Pág. 464.

(364) Azcárate, citado por Absalón Díaz, Mem. cit. Pág. 39.

(365) Ihering: “Fundamentos... Pág. 86.

(366) Salvat.—Ob. cit. Pág. 218.

(367) Castán T.—Ob. cit. T. II. Pág. 33.—También Valverde, Calixto.—Ob. cit. T. II. Pág. 294.

(368) Ihering.—“Fundamentos de la protección posesoria”.—Cap. VI. Pág. 86 y siguientes.

da por Gans, sobre la base de los cánones de la filosofía hegeliana. La posesión, según este autor, es la voluntad incorporada a la materia; la posesión se manifiesta como un acto de la voluntad del poseedor aplicada a la cosa poseída. La voluntad particular contiene en sí algo de substancial y merece defensa; tener la cosa por efecto de la voluntad particular y de la voluntad universal (ley) constituye la propiedad, mientras que el tenerla tan sólo por la voluntad particular, es la posesión. Esta teoría ha sido aceptada por Molitor, Lenz, Winscheid y otros autores, que la han despojado de su empaque filosófico, dándole un contenido jurídico.

Las teorías relativas vinculan el fundamento de la protección posesoria a otras instituciones o principios jurídicos independientes de ella. Buscan este fundamento, como dice Lafaille, fuera de la posesión, sosteniendo que la defensa de ésta obedece a la garantía prestada en interés de otras instituciones o derechos superiores (369).

Estas teorías son muchas, pero citaremos las más importantes:

1.—La que funda la posesión en la **necesidad de impedir la violencia**, considerando los interdictos posesorios como acciones nacidas del delito o perturbación cometidos contra el poseedor, sostenida por Savigni; o como medida de policía encaminada a mantener el orden público, impidiendo a las gentes hacerse justicia por sí mismos (Pernice, Serafini).

2.—La que funda la posesión **en la propiedad**, considerando la protección posesoria como un complemento necesario de la protección de la propiedad. Es la doctrina de Ihering.

No intentaremos hacer una exposición detallada de cada una de ellas, sino que nos referiremos en forma sucinta a las dos más importantes, por la influencia que han tenido en la legislación universal: la teoría de Savigni y la de Ihering.

Para Savigni el fundamento o razón de ser de las acciones posesorias está en la represión de la injuria, es decir, en la represión de todo ataque a la personalidad del poseedor. La posesión, en sí misma, es un simple hecho indiferente en derecho; la turbación causada a la posesión no es, pues, en sí misma, un acto contrario al derecho. Pero el hecho de la posesión es una manifestación de la voluntad, o sea, de la personalidad del poseedor, por lo que la turbación de la posesión puede llegar a ser un acto contrario al derecho y lo será cuando aparezca como un ataque ilícito a la personalidad del poseedor, como una injuria. La razón de ser de la protección posesoria sería, pues, proteger la personalidad del poseedor contra las ilegalidades, particularmente contra los actos de violencia. Mientras la propiedad como tal es protegida contra toda lesión, constitutiva o no de un delito, realizada tanto *bonna fide* como *mala fide*, la posesión, al contrario, no sería protegida sino contra los actos constitutivos de un *maleficium* con respecto a la persona del poseedor (370).

Como expresa Valverde (371), la posesión es para Savigni un estado de hecho, y por tanto su perturbación no es contraria al derecho y no viola y contradice éste, mientras no se perturbe otro derecho, como sería el caso de adquirir violentamente la posesión. En este caso hay que reparar la injusticia cometida, pero esta protección no tiene lugar por la posesión misma, sino porque su ataque es un delito contra la persona del poseedor.

Ihering, por su parte, sostiene que la protección que la ley dispensa a la posesión es un complemento necesario de la protección de la propiedad.

Criticando la teoría de Savigni, sostiene que sería una anomalía que se hubiera creado por el Derecho romano todo un sistema para proteger a los usurpadores contra los propietarios. Es más sencillo, a su juicio, suponer que fué inventado para proteger a los propietarios que son, estadísticamente, los poseedores más habituales, simplificando la prueba. Lo que hay es que este fin no podía obtenerse sino concediendo la misma protección a los no propietarios, incluso a los usurpadores. Refiriéndose a esta aparente ilegalidad de que la posesión ampare lo mismo al propietario que al que no lo es, después de recordar que una situación semejante se produce en materia de título al portador y que el valor de una institución jurídica depende de las ventajas que ella produce comparadas con sus inconvenientes, dice que vale más que un indigno participe excepcionalmente de un beneficio de la

(369) Lafaille, Héctor.—Ob. cit. T. I. Pág. 204.

(370) Savigni.—“Possession”. Pág. 6 y siguientes.

(371) Valverde.—Ob. cit. T. II. Pág. 295.

ley, que ver este beneficio rehusado aún a aquel que lo merece con el fin único de excluir al primero.

En síntesis, según esta teoría, la tutela de la posesión es un complemento y un suplemento necesario de la tutela de la propiedad; una facilitación de prueba ideada para el propietario, que, sin embargo, aprovecha también al no propietario; facilita la defensa de la propiedad porque evita al propietario tener que dar la prueba de su derecho en cada caso (372).

El estudio de las acciones posesorias conduce en realidad a decir que, al contrario de la preposición emitida por Savigni, la posesión no es protegida porque la violencia sea prohibida, sino que, a la inversa, la violencia es prohibida porque la posesión es protegida. La razón de ser de la protección posesoria debe buscarse en la posesión misma, y no en el carácter ilícito o delictual de la turbación de la posesión, que puede ser causada por actos que no tienen tal carácter. El poseedor es protegido no porque sea persona y porque toda persona deba ser protegida contra los actos ilícitos o delictuales, sino porque es poseedor y como tal tiene más derechos que el que no posee (373).

Como ya se ha dicho, la protección posesoria procura al propietario, cuyo derecho se ha realizado en la posesión, remedios complementarios de utilidad práctica, porque si esta protección no existiera, el propietario, para rechazar toda invasión, toda turbación posesoria, debería basarse necesariamente en su derecho de propiedad y suministrar la prueba de él con las dificultades que le son inherentes, en tanto que la protección posesoria le permite, fundándose únicamente en el hecho de la posesión, hacer respetar este hecho, a lo menos provisionalmente. Puede ocurrir que esta protección de la posesión vaya en contra del propietario que no posee, pero a éste le queda a salvo su derecho que puede hacer valer mediante la acción reivindicatoria (374).

El Derecho mexicano, en términos generales, da a los poseedores de bienes muebles la misma protección y la misma defensa posesoria que otorga a los poseedores de inmuebles. En consecuencia, tiene este poseedor el derecho de ejercitar las acciones posesorias. En efecto, el Art. 803 no hace distinción alguna al decir: «Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer.

Siguiendo en este punto al Derecho alemán, ha multiplicado los medios de defensa de posesión de bienes muebles para el caso que el poseedor de ellos sea privado de la posesión (375). Con la diferencia que el Derecho mexicano no concede, como el alemán, la defensa privada como medio de protección posesoria, y ello «por no chocar con un precepto constitucional», como dice el Mensaje (376).

Refiriéndose a esta no diferenciación entre bienes mueble e inmuebles respecto de la protección posesoria, dice un comentarista que es natural que ella no se haga en el Derecho alemán «ya que si es de interés asegurar a los adquirentes de muebles la seguridad de su adquisición, sin que para ello haya de probar el derecho de su causante, no es menos equitativo que en atención a los riesgos inherentes a la posesión mobiliaria se robustezca en lo posible la posesión jurídica, sin necesidad de que, previamente, aporte la prueba, la más de las veces difícil, de su derecho de propiedad» (377).

En la mayoría de las legislaciones sólo los derechos inmuebles pueden ser objeto de acciones posesorias. Como lo expresan Colin y Capitant, «esta regla precede, según se contesta generalmente, del Art. 2279 del Código francés: «En materia de muebles la posesión equivale al título», que hace inútiles las acciones posesorias. Según estos autores, la verdadera razón de la ley que habría para negar a los bienes muebles el auxilio de estas

(372) Ihering.—“Fundamentos... Pág. 84 y siguientes.

(373) Claro Solar.—Ob. cit. T. IX. Pág. 466.

(374) Para una exposición amplia y examen crítico de los fundamentos de esta protección posesoria, véase Ihering: “Fundamentos de la protección posesoria”. Pág. 23 y siguientes.—Claro Solar.—T. IX. Pág. 464 y siguientes.—Ruggiero.—Vol. I. Pág. 830 y siguientes.—Alas, de Buen y Ramos. Pág. 152 y siguientes.—Ricci.—T. XI. Pág. 186 y siguientes.—Valverde.—T. II. Pág. 294 y siguientes.—Castán.—T. II. Pág. 32 y siguientes.—Baudry-Lacantinerie.—T. XXV. N.º 207 a 212. Lafaille.—T. I. Pág. 203 y siguientes.—Absalón Díaz.—Mem. Pág. 26 y siguientes. Cap. II.—Salvat. Pág. 216 y siguientes.

(375) Véase Arts. 861 y 862 del Código alemán.

(376) Mensaje del Código y Art. 17 constitucional.

(377) Absalón Díaz Parra.—Mem. cit. Pág. 45.

acciones es que sería excesivo, para objetos que ordinariamente tiene poca importancia, establecer dos pleitos sucesivos, uno posesorio y otro petitorio» (378).

Se ha considerado que la posesión de los muebles no reviste tal importancia que pueda dar lugar a una acción posesoria distinta de la acción reivindicatoria (379); «que la posesión de ellas cause su propiedad y que, por consecuencia, no hay controversia posible posesoria, desde que siempre se trata de una reivindicación» (380). Esta excepción ha venido desde el Derecho feudal: *vilis mobilium possessio*. La vileza del valor que se consideraba propia de esta clase de bienes, y no otra razón, introdujo, poco a poco, el principio de su exclusión (381).

Ihering critica este vacío en la protección de la posesión de bienes muebles. La necesidad de la extensión le parece tan urgente para las cosas muebles como para los bienes raíces. «Con que facilidad—dice—no puede caer una cosa mueble injustamente en posesión de otro sin que se encuentre la condición de una *vitiōsa possessio*, en el sentido técnico de los jurisconsultos romano. Palomas extrañas entran en mi palomar; un perro extraño me ha seguido a mi casa; un paraguas, que pertenece a otro, se quedó olvidado en mi domicilio; un paquete destinado a otra persona me ha sido entregado por error. En todos estos casos, yo no me he apropiado la posesión ni vi ni clam; si tal fuese, pues, la condición de la protección posesoria para mi contrario, le faltaría en ese caso. El derecho antiguo tenía para esto el *interdicto utrubi*; pero después que este interdicto se asimiló al *uti possidetis*, tal medio falta» (382).

Manifiesta enseguida Ihering que en estos casos en que la posesión no es viciosa, no podría aplicarse los recursos que podían, tratándose de bienes muebles, proporcionar la *conditio furtiva*, la *actio furti*, la *actio vi bonorum raptorum*, pues la retención de la cosa ajena no cae siempre bajo la noción de *furtum*. En todos estos casos, así como cuando los bienes muebles están en manos de un poseedor de buena fe, el antiguo poseedor despojado no dispone de ningún medio posesorio, es decir, de una acción que le haga recobrar provisionalmente su posesión; y no puede llegar a ella sino por medio de la reivindicación, es decir, del juicio petitorio de propiedad (383).

El Código alemán ha seguido las indicaciones de Ihering, y concede al poseedor, tanto de muebles como inmuebles, las acciones posesorias fundadas en el solo hecho de la posesión, en el caso de desposesión por vías de hecho ilícitas, y en el caso de simple turbación, sin más que probar la desposesión o turbación sin su consentimiento (384).

Dicho Código se ha determinado por una consideración que sus Motivos expresan en los siguientes términos: «El Proyecto no hace distinción en cuanto a la protección posesoria entre cosas muebles y cosas inmuebles. No sería justificada una limitación de la protección posesoria a los inmuebles, sino cuando no existiese una necesidad de ella para los muebles. Esto no puede concederse, sin embargo. En los casos de apoderamiento de su tenencia encuentra la acción de despojo, no pocas veces aplicación. Si los casos de turbación son más raros, pueden, entretanto, también ocurrir cuando la tenencia de los muebles, es modelada como la tenencia de los inmuebles, por ejemplo, en los buques y embarcaciones habitadas, puestos o tiendas, etc.; habría aquí en tales casos dificultades graves, si se excluyera la acción posesoria de turbación, pues es, en ellas, dudoso si existe despojo o turbación» (385).

De la lectura del articulado del Código de México se deduce que es esta la tendencia

(378) Colin y Capitant.—T. II. Vol II. Pág. 1165.—véase Salvat. Ob. cit. Pág. 245.

(379) Claro Solar.—T. IX. Pág. 489, con cita de Aubry y Rau.—Tomo II. Pág. 181.

(380) Bibiloni.—Ob. cit. T. III. Pág. 101.

(381) Bibiloni.—Ibidem.

(382) Ihering.—“Fundamentos”... Pág. 164.

(383) Véase el comentario que sobre esta materia aparece en la obra de Ihering, hecho por su traductor, Adolfo Posada, quien llama la atención acerca de las modificaciones que en materia tan compleja como el sistema de las acciones posesorias romanas introdujo el derecho moderno “que se ha simplificado de un modo notable bajo la ley del tiempo y en virtud de las influencias generales que han destruido el formalismo lógico del derecho romano y que han esclarecido las relaciones de posesión y propiedad.”—Ihering.—“Fundamentos”... Pág. 169 y 170.

(384) Claro Solar.—T. IX. Pág. 489.—A. Dias. P. Mem. Pág. 46.

(385) “Motive”. III. Pág. 117, cita de Bibiloni.—Ob. cit. T. III. Pág. 101.

que se ha seguido en la materia, por cuanto en ninguna de sus disposiciones se hace distinción entre muebles o inmuebles, consecuencia que fluye particularmente de la letra del Art. 803, que sienta el principio general en materia de protección posesoria, y que expresa que «Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor para poseer».

Diversa es la situación dentro de nuestro Código civil, donde se dice: «Las acciones posesorias tienen por objeto, conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos» (Art. 916). De modo que en nuestro Derecho la posesión de muebles no está protegida ni aun por el interdicto de la *actio spolii* del Derecho canónico, que se otorga para poner atajo a la violencia empleada para arrebatar la posesión de la cosa al poseedor o mero tenedor de ella. En una palabra, los bienes muebles carecen de protección posesoria en nuestra legislación, particularmente porque no existe una regla semejante a la del Art. 2279 del Código civil francés (386).

Por otra parte, cabe hacer presente que la protección que el Código de México otorga a todo poseedor en el Art. 803 debe entenderse que comprende tanto al poseedor originario como al derivado, según la nomenclatura del Art. 790, esto es, a todo aquel que ejerce sobre la cosa un poder de hecho, con la sola excepción de los que hemos llamado servidores de la posesión, a que se refiere el Art. 793, o sea, respecto de aquellos que tienen la cosa en su poder en virtud de la situación de dependencia en que se encuentran respecto del propietario de la cosa y que la retienen en provecho de éste, en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él han recibido. Ello, porque a estos servidores de la posesión no se les considera poseedores.

En consecuencia, gozaría también de la protección a que aludimos, el usufructuario, el arrendatario, el acreedor pignoratício, el depositario o cualquier otro que tenga derecho a retener la cosa temporalmente en su poder en virtud de un acto jurídico que haya celebrado con el propietario de la cosa (Art. 791).

Finalmente, debemos decir que goza también de ella el poseedor de un derecho, conforme al Art. 790, ya que esta protección se concede a «todo poseedor».

86.—EN EL PLEITO SE DISCUTE EL DERECHO A LA POSESION

Las acciones posesorias tienen por objeto la protección de la posesión como tal, independientemente de la propiedad. El juicio posesorio versa exclusivamente sobre la posesión; es un juicio previo a la controversia sobre la propiedad. Las resoluciones judiciales que recaigan en los juicios de esta naturaleza solamente afectan al hecho de la posesión, sin resolver sobre el fondo; de ahí que no sean definitivas ni tengan el carácter de cosa juzgada.

Resuelta la acción posesoria, queda determinado el lugar que cada litigante ocupará en la litis por la propiedad, porque el vencedor en la acción posesoria tendrá que ser el demandado en el juicio de propiedad que se promueva por su adversario.

Como enseña Claro Solar (387), «no tomándose en cuenta la propiedad en los interdictos posesorios, y siendo su objeto la protección de la posesión en sí misma, puede ocurrir que triunfe un poseedor ilegítimo, aún el usupador o el ladrón. Pero como la instancia posesoria no ha tocado a la controversia de la propiedad, la instancia petitoria podrá ser promovida contra el poseedor que ha obtenido en el juicio posesorio, y obtenido el propietario la restricción que no obtuvo en dicho juicio».

Los interdictos posesorios se dan, como dice Valverde (388), para decidir el hecho de la posesión, y no deciden respecto del derecho, y puede ser utilizados por el poseedor y también por el dueño. Citando la opinión de Sánchez Román, dice que todos ellos sirven para fines transitorios de restitución y defensa de la posesión, que excluyen la acción de posesión o de dominio en juicio plenario. Son garantías de orden público, impidiendo los conflictos que puedan resultar si los particulares administraran justicia por sí propios.

(386) A. Díaz P. Mem. cit. Pág. 47.—Claro Solar T. IX. 486.

(387) Claro Solar.—T. IX. Pág. 486.

(388) Calixto Valverde. Ob. cit. T. II. Pág. 335.—También Manresa y Navarro. «Comentarios»... T. IV. Pág. 217, y Ricci.—Ob. cit. T. XI. Pág. 225.

Este era el principio que imperaba también en el Derecho Romano, en cuanto establecía que el juicio posesorio estaba separado del juicio petitorio desde el punto de vista formal, en el sentido de constituir una instancia distinta en la forma de la instancia petitoria; y forzosamente estaba también separado desde el punto de vista material, pues toda petición de naturaleza petitoria estaba necesariamente excluida del juicio posesorio y reservada para el petitorio. Tal era la idea que expresaba Ulpiano al decir que **separata esso debet possessio a proprietate**; y por eso decía Paulus que al que había seguido el interdicto posesorio y después entablaba la acción reivindicatoria, no se podía oponer la excepción de cosa juzgada, porque en el interdicto había litigado sobre la posesión; en la acción reivindicatoria, sobre la propiedad (389).

El Código mexicano acepta también este principio. El Art. 803, que es el que hace al efecto, se pone en todo momento en el caso de que en el juicio posesorio se discute el mejor derecho a poseer; y así dice que «es mejor la posesión que se funda en título», lo que hace suponer que es sobre ella exclusivamente sobre lo que se discute, y que «si las posesiones son dudosa, se pondrá en depósito la cosa hasta que resuelva a quien pertenece la posesión». La expresión subrayada nos afirma en lo que venimos diciendo, puesto que el juez, al decidir en definitiva el interdicto, va a pronunciarse nada más que sobre esto: «a quien pertenece la posesión», porque no hay otro asunto en disputa.

Nuestro Código civil ha sido más preciso al consignar este principio y dice en forma expresa que «en los juicios posesorios no se tomará en cuenta el dominio que por una u otra parte se alegue» (Art. 923); y en el inciso 2.º agrega: «Podrán, con todo, exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente».

87.— COMO SE DETERMINA EL MEJOR DERECHO A LA POSESION

a)—**Título en las cosas muebles.**—Como ya se ha dicho, en el pleito sólo se discute el derecho a la posesión; no puede cuestionarse en él la propiedad.

El Código, en el deseo de evitar en lo posible las dificultades que puedan presentarse en la determinación de este mejor derecho a la posesión, ha dado algunas normas con tal objeto. El Art. 803, inc. 2.º dice: «Es mejor la posesión que se funda en título», lo que se refiere únicamente a los bienes muebles, ya que a continuación da una regla diversa para los inmuebles.

Así, pues, al discutirse en el pleito el mejor derecho, cuando se trate de cosas muebles, el juez deberá atenerse a las pruebas que se rindan y de las cuales resultará vencedor aquel que funde su pretensión en un título justificativo de la posesión, entendiendo por título «la causa generadora de la posesión», según la definición que nos proporciona el Art. 806 inciso final.

b)—**Inscripción en la inmuebles.**—Ahora, cuando en la discusión de este mejor derecho se trata de inmuebles, el mismo artículo dice que se preferirá «la que esté inscrita».

Recuérdese lo que dijimos (390) en el sentido de que el título mejora la condición del poseedor en caso de disputa de la posesión. Cuando el título se halla inscrito, la inscripción le confiere la calidad de mejor frente a cualquiera otra posesión que tenga por causa originaria otro título diferente de la inscripción.

Si bien la ley no obliga a hacer la inscripción, el hecho de efectuarla, pone al poseedor de inmuebles en mejor situación que el que no inscribe, favor que se hace visible especialmente en este caso en que el juez, hallándose frente a dos poseedores de bienes raíces, uno que tiene inscripción y otro que no la tiene, tendrá que inclinarse en favor del primero. atento a la disposición del Art. 803 inc. 2.º que le da la pauta para resolver el conflicto.

c)—**A falta de título, prefiere la posesión más antigua.**—La ley se pone enseguida en el caso que no haya título o que ellos sean iguales, y dice que deberá preferirse la posesión «más antigua».

(389) Claro Solar.—T. IX. Pág. 487.—Salvat.—Ob. cit. Pág. 257.

(390) Cap. III. N.os 61 y 77 de este trabajo.

Esto viene a corroborar lo que ya habíamos dicho (391) al tratar del «Título en la posesión». Dijimos que, en realidad, dentro del Código, no se requiere título para poseer. Pero, por otra parte, el Código se pone en el caso de que la posesión sea adquirida por medio de la violencia o por algún hecho delictuoso, en cuyo caso es manifiesta la carencia de título; la posesión es el simple poder de hecho que puede funcionar como institución enteramente independiente; nada más que como eso: como poder de hecho.

En este caso, el juez no mirará ya los títulos, porque no los hay; se atenderá exclusivamente a la antigüedad de la posesión, favoreciendo a aquel que compruebe mayor tiempo en el ejercicio de este poder de hecho.

Igual regla establece la ley para el caso en que las probanzas que se rindan den por resultado una igualdad en los títulos: deberá preferirse la posesión más antigua.

d)—**Posesiones dudosas. Depósito.**—En el último inciso el Art. 803 da una regla aplicable a los casos de posesiones dudosas. Mientras se está en la discusión de este mejor derecho y es necesario allegar nuevas pruebas o si el juez no está plenamente convencido de la justicia que invocaren a su favor los contrincantes, «se pondrá la cosa en depósito hasta que se resuelva a quien pertenece la posesión».

88.—ACCIONES DEL POSEEDOR.— AMPARO Y RECUPERACION

Siguiendo la definición de Maynz (392), podemos decir que las acciones posesorias son aquellas que tiene por fundamento la posesión y por fin protegerla.

Tienen por fundamento la posesión, porque nacen del solo hecho posesorio, considerando la posesión como institución distinta e independiente de la propiedad.

El fin de ellas es proteger la posesión, en las dos situaciones que pueden presentarse: a) pérdida; la protección tiene como finalidad la restitución de la posesión, dando lugar al interdicto de recuperar la posesión; b) simple turbación; la protección se realiza con el objeto de conservarla o mantenerla; da lugar al interdicto de retener la posesión, o de amparo posesorio.

Gomis y Muñoz (393) dicen que «los interdictos son juicios sumarísimos que tienen por objeto decidir interinamente sobre el hecho de la posesión, sin perjuicio del derecho de los interesados, o suspender o evitar un hecho que nos perjudica».

De acuerdo con este concepto, y como ya lo habíamos hecho resaltar (394), las resoluciones que recaigan en los interdictos no deciden nada en forma definitiva y se dan siempre sin perjuicio de igual o mejor derecho y salvo el derecho de tercero. Siempre pueden las partes seguir un juicio ordinario, de lato conocimiento, en el que se alegue el fondo de la cuestión, se examinen, discutan y resuelvan todos los problemas relativos al derecho que esté cuestionándose y no al hecho posesorio.

El derecho a los interdictos se halla sancionado en el Código de Méjico en la primera parte del Art. 803: «Todo poseedor debe ser **mantenido** o **restituido** en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer».

Se contempla así, la existencia de los dos interdictos tradicionales: de retener y recuperar la posesión; a ellos se refieren los Arts. 804 y 805; el primero, diciendo que «para que el poseedor tenga derecho al interdicto de recuperar la posesión, se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo»; y el segundo que «se reputa como nunca perturbado o despojado, el que judicialmente fué mantenido o restituido en la posesión».

a)—**Acción de amparo o mantenimiento.**—La acción de amparo o mantenimiento es la que tiene por objeto hacer reconocer la posesión de una cosa y, en consecuencia, tiende a ampararla y conservarla.

Para Colin y Capitant es la acción posesoria por excelencia. Tiende a hacer cesar la perturbación inmediatamente. No se trata aquí de una perturbación material, procedente,

(391) Véase Cap. III. N.º 74 de esta Memoria.

(392) Charles Maynz, citado por Salvat. Ob. cit. Pág. 205.

(393) Gomis y Muñoz.—T. II. Pág. 357. Véase además: Castán. T. II. Pág. 41.—Ruggiero. Vol. I. Pág. 830.—Ricci.—T. XI. Pág. 186.—Valverde. T. Pág. 335.—Colin y Capitant. T. II. Vol. II. Pág. 1165.—Planiol y Ripert.—T. III. Pág. 183.—Claro Solar. T. IX. Pág. 485. A. Díaz. Mem. Pág. 47.

(394) Véase lo dicho en el N.º 52 de este Cap. IV.

por ejemplo, de una agresión o del hecho de un individuo que penetra sin derecho en mi casa, corta mis árboles, arranca mis frutos, rompe mis cristales. Contra esta perturbación el poseedor, el detentador, cualquiera que sea, se defenderá reclamando a su autor daños y perjuicios. Se trata de una perturbación fundada en una pretensión jurídica, es decir, de la pretensión de un tercero que se conduce de tal modo, sea de hecho, sea de derecho, que manifiesta su intención de negar mi derecho de posesión porque pretende ser el poseedor (395).

Para Aubry y Rau se entiende por perturbación cualquier hecho material o cualquier acto jurídico que, ya directamente y por sí mismo, ya indirectamente y por vía de consecuencia, constituye o implica una pretensión ajena. Por ejemplo, habrá perturbación—perturbación de hecho—si un vecino realiza obras de limpieza en la parte del curso del agua que me pertenece, o también (perturbación de derecho) si una disposición administrativa clasifica un camino del que yo disfruto como propietario exclusivo, entre los caminos rurales pertenecientes al Municipio. Perturbación de derecho o de hecho, una y otra dan lugar a las acciones posesorias, con tal de que impliquen una pretensión contraria a la posesión ajena (396).

Según Gomís y Muñoz (397), el objeto de esta acción es poner término a la perturbación, indemnizar al poseedor y que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa y arresto para el caso de reincidencia.

La procedencia de esta acción requiere que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta o a impedir el ejercicio del derecho. Es necesario, además, que el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente o a ruegos.

Castán enseña que en la demanda han de expresarse con toda claridad y precisión los actos exteriores en que consista la perturbación, el conato de perturbación o despojo, y hay que manifestar si los ejecutó la persona contra quien se dirige u otra por orden de ésta (398).

El Código civil mexicano se refiere a la acción de mantenimiento en términos generales; no la reglamenta, dejando entregada a la ley procesal la disciplina a que ella deba someterse.

Deja sentada la base de su procedencia en el Art. 383: «Todo poseedor debe ser **mantenido** o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer».

b)—**Acción de recuperación de la posesión.**—Como lo indica su nombre, esta acción tiene por objeto recobrar la posesión de una cosa que se ha perdido. Supone, en consecuencia, desapoderamiento.

Conforme lo expresan Gomís y Muñoz (399), esta acción se da contra el despojador, contra el que ha mandado el despojo, contra el que a sabiendas o directamente se aprovecha del despojo o contra el sucesor del despojante. Su objeto es reponer al despojado en la posesión, indemnizarle de los daños y perjuicios, obtener del demandado que afiance su abstención y, a la vez, conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia. No procede en favor de aquel que, con relación al demandado, poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego.

Siguiendo a Castán (400), cabe decir que entre ambos interdictos no hay grandes diferencias substanciales ni procesales,

La materia de las acciones posesorias pertenece al Código procesal. El civil mexicano no las ha reglamentado; solamente ha reconocido su existencia, dejando entregado el desarrollo de ellas al Código correspondiente.

(395) Colia y Capitán.—T. II. Vol. II. Pág. 1173.—También Ruggiero. Vol. I. Pág. 835.

(396) Aubry y Rau.—Ob. cit. T. II. Pág. 231.

(397) Gomís y Muñoz.—T. II. Pág. 358.

(398) José Castán.—T. II. Pág. 129.

(399) Gomís y Muñoz.—T. II. Pág. 358.

(400) J. Castán.—T. II. Pág. 129.

Creemos que basta con lo dicho y nos excusamos de tratarlas in extenso por la carencia de fuentes directas del Derecho mexicano en esta parte.

89.— PRESCRIPCIÓN.— UN AÑO.— ART. 804

Las acciones posesorias prescriben en un año. Pasado el año completo sin haberse restituído la cosa por el usurpador, tendría este la posesión de un año que le da derecho a ser amparado en el juicio posesorio, desde que ninguna otra persona podría probar que ha tenido la posesión inmediatamente anterior al despojo.

El año se contará, lógicamente, desde que se efectuó el acto contrario a la posesión.

Estos son los principios que emanan del Código. Así, el Art. 804 dice: «Para que el poseedor tenga derecho al interdicto de recuperar la posesión, se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo», disposición concordante con el Art. 828, que se refiere a los modos de perder la posesión; dice: «La posesión se pierde: 5.º por despojo, si la posesión del despojador dura más de un año».

Este año de prescripción de la acción posesoria destinada a conservar la posesión se contará desde el acto de molestia o embarazo que ha experimentado el poseedor de parte del perturbador. Respecto de la acción que tiene por objeto recuperarla, el año se cuenta desde que el poseedor la ha perdido, desde que el despojo se ha realizado.

Como ya lo hemos manifestado, los interdictos son remedios sumarios, de efectos puramente transitorios con que la ley ha amparado el hecho de la posesión. Pasado el año, sólo queda al propietario la acción reivindicatoria en juicio de lato conocimiento.

Si el poseedor ha soportado la perturbación que le causa el tercero durante un año sin proceder contra él, es que no tiene confianza en su derecho; su posesión no merece ser ya protegida.

Como última consecuencia, cabe anotar la disposición del Art. 805 que «reputa como nunca perturbado o despojador al que fué mantenido o restituído en la posesión», disposición de sumo interés, particularmente en lo que dice relación con el plazo de prescripción (401).

90.— LA ACCIÓN PUBLICIANA

La publiciana in rem actio (llamada también vindicatio utilis) fué en su origen un remedio concedido por un pretor, Publicio—de ahí su nombre,—a aquellos que, habiendo adquirido con buena fe y justo título una cosa, y antes de haber consumado a su favor la prescripción, perdían la posesión de ella, para que pudieran dirigirse contra cualquier detentador que tuviese título inferior al suyo. Descansaba en una ficción: suponía el pretor que el poseedor demandante había cumplido ya la usucapión (402).

Esta acción, al igual que la reivindicatoria, podía ser intentada contra todo poseedor; pero para que el demandante triunfara en la litis era preciso que su derecho fuera superior al del demandado. En consecuencia, no podía tener resultado favorable contra el verdadero propietario que la rechazaba, oponiéndole su derecho de propiedad. Por el contrario, era dada sin restricción contra el poseedor sin título o sin buena fe, pero si era intentada contra alguno que poseía igualmente ad usucapionem y las dos partes tenían su derecho del mismo autor, la sentencia sería dada en favor de aquel a quien se hubiera hecho primero la tradición; en el caso contrario, la preferencia era dada al que se encontraba en la posesión (403).

Los autores se preguntan si subsiste o no esta acción en el Derecho moderno, discusión que ha nacido particularmente porque el Código francés no la menciona (404).

(401) Véase sobre este punto: Gomís y Muñoz. T. II. Pág. 358.—Claro Solar. T. IX. Pág. 512.—Castán. T. II. Pág. 130. Salvat.—Pág. 211.—Manresa. T. IV. Pág. 232.—Ruggiero. Vol. I. Pág. 835.—Ricci.—T. XI. Pág. 219.

(402) Castán. II. Pág. 128.—Manresa. IV. Pág. 239.—Ruggiero. Vol. I. Pág. 857.—Claro Solar. T. IX. Pág. 403.—A. Díaz P. Memoria Pág. 49 y siguientes.

(403) Claro Solar. T. IX. Pág. 403.—Castán.—II. Pág. 128.—Colin y Capitant. T. II. Vol. II. Pág. 1189.—Manresa. T. IV. Pág. 239.—Ricci. T. XI. Pág. 169.

(404) Véase la controversia en los autores citados en la nota anterior.

El Código mexicano no menciona en forma expresa la acción publiciana, pero como dicen Gomís y Muñoz (405), «En el Art. 803: todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer, hay una tutela general de la posesión que alcanza a los interdictos de retener y recobrar la posesión y a la publiciana».

El segundo párrafo de ese artículo nos indica que es mejor la posesión que se funda en título y cuando se trata de inmuebles, la que está inscrita. «Es indudable—dicen estos autores—que se refiere exclusivamente a los interdictos y no a la acción publiciana, la cual habría de ejercitarse por el poseedor demandante cuando la cosa haya sido depositada, a fin de que se determine judicialmente a quien pertenece la posesión. De lo contrario, es decir, si no existiese la acción publiciana, la cosa depositada se eternizaría en el depósito a menos que viniera su legítimo dueño—existiendo éste—que la reclamara por reivindicación. Vemos, por reducción al absurdo, que no se puede modernamente prescindir de la acción publiciana, como algunos autores sugieren. Pero el derecho mexicano deja a la ley adjetiva regular dicha acción, sin que el Código haga referencia directamente a ella.

El Código de Procedimientos Civiles dice en su Art. 9: «Al adquirente con justo título y buena fe le compete la acción para que, aun cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con su frutos y acciones en los términos de la acción reivindicatoria, el poseedor de mala fe, o el que teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas o el demandado tuviere su título registrado y el actor no, así como contra el legítimo dueño».

Conforme a esta disposición, puede accionar como actor el poseedor que ha sido despojado de la posesión y siempre que tuviere la posesión en virtud de un justo título y de buena fe. Al requerir el justo título, el Código de Procedimientos está en desacuerdo con el Código civil que, según hemos visto (406), para nada habla de título justo. Para poseer, la ley no requiere título. Es un resabio subjetivista en materia posesoria que viene todavía del Derecho romano.

En lugar de decir «al adquirente con justo título y buena fe», debió haber dicho «al poseedor en concepto de dueño», ya que es esa la única posesión que puede producir la prescripción, conforme al Art. 826 y, por tanto, la única que puede ser protegida por la acción publiciana.

Puede ser demandado sólo quien tenga la cosa como poseedor de mala fe, con título inferior al del demandante o actor, o si ambos títulos son iguales, cuando el actor ha poseído más tiempo que el demandado. Si las posesiones fueren dudosas, tampoco procede la publiciana, y en tal caso el demandante no puede ser reintegrado en la cosa poseída, lo que sigue en poder del demandado. Tampoco, lógicamente, opera esta acción contra el legítimo dueño, aunque el Código no lo dice.

Los efectos de esta acción son idénticos a los de la acción reivindicatoria: devolución de la cosa con sus frutos y accesiones, debiendo tenerse en cuenta la buena y mala fe para los efectos de las prestaciones mutuas.

Contrariamente a nuestros deseos, no hemos podido dar mayor extensión a esta materia por la carencia de fuentes del Derecho mexicano sobre este particular.

* *
*

(405) Gomís y Muñoz.—T. II. Pág. 354.

(406) Véase nuestro Cap. III, N.º 74.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS GENERALES

- 1.—Aguilar, Henoch D. «Hechos y actos jurídicos.—I. La voluntad jurídica en la doctrina y en el Código civil».—Valerio Abeledo. Editor. Buenos Aires. 1924.
- 2.—Alas, Leopoldo; De Buen, Demófilo y Ramos, Enrique R. «De la Usucapión»—Imprenta Ibérica, Madrid.—1916.
- 3.—Alessandri, Arturo «Los Bienes» —Primer año. Tomo II. Apuntes de clase. Versiones taquigráficas. Editorial Lex.—Santiago. s/fecha.
- 4.—Andrade, (Licenciado) Manuel «Código civil mexicano».—Motivos del Código y Leyes complementarias. 7.^a edición. Editorial Informaciones Aduaneras.—México.—1943.
- 5.—Aparicio, Germán y Gómez Sánchez «Código civil.—Concordancias». 2.^a edición. Imprenta Americana. Lima.—Perú —1940.
- 6.—Aubry y Rau «Cours de droit français d'après la méthode de Zachariae». 5.^a édition. Tome II. et. X. Marchal et Godde, Successeurs, Editeurs.—Librairie de la Cour de Cassation. Paris.—1918.
- 7.—Baudry-Lacantinerie, G. et Barde, L. «Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations». 2.^a édition.—Tome III.^o (premier partie) Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts.—Paris.—1905.
- 8.—Baudry-Lacantinerie, G. et Tissier, Albert «Traité théorique et pratique de droit civil. De la prescription». 3.^a édition.—Librairie de la Société du Recueil J. B. Sirey et du Journal du Palais.—Paris. 1905.
- 9.—Bibiloni, Juan Antonio «Anteproyecto de reformas al Código civil argentino. Tomo III (Derechos reales)». Valerio Abeledo. Editor. Buenos Aires. 1930.
- 10.—Castán Tobeñas, José «Derecho civil español común y foral. Tomo II. Derechos reales. Derechos de obligación. (Doctrina general)». 6.^a edición. Instituto Editorial Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones. S. A. Madrid. 1943.
- 11.—Castán Tobeñas, José «Hacia un nuevo derecho civil». Conferencias. Editorial Reus (S. A.) Madrid. 1933.
- 12.—Castán Tobeñas, José «El nuevo Código civil mexicano». Estudio publicado en la Revista de Derecho Privado (España). N.º 189. Año XIII. Madrid. 1929.
- 13.—Cimbali, Enrique «La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales». Traducción de Francisco Esteban García. Imprenta Sucesores de Rivadeneira. Madrid 1893.
- 14.—Claro Solar, Luis «Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado». Tomo VII. «De los bienes». II. Imprenta Cervantes. Santiago. 1932. Tomo IX. «De los bienes». IV. Imprenta Nascimento. Santiago. 1935.

- 15.—Colin, Ambrosio y Capitant, Henry
«Curso Elemental de Derecho civil». Traducción de la última edición francesa por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, con notas sobre el Derecho civil español por Demófilo De Buen. Tomo II. Volumen II. De los bienes y de los derechos reales principales. Editorial Reus (S. A.). Madrid. 1923.
- 16.—Cornil, Jorge
«El Derecho Privado». Traducción de Rafael García Ormaechea. Editorial Reus (S. A.). Madrid. 1928
- 17.—Cornil, Jorge
«La voluntad de poseer y la distinción entre posesión y detención en el Derecho alemán». Artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Secc. Derecho. Tomo IV. Año 1906-1907.
- 18.—Coviello, Nicolás
«Doctrina General del Derecho civil». Traducción de la 4.^a edición italiana por Felipe de J. Tena. Concordancias del Derecho mexicano, por Raúl Berron Mucel. Editorial Hispano-Americana. Talleres «Londres». México. 1938.
- 19.—D'Aguaño, José
«La reforma integral de la legislación civil». Traducción de Pedro Dorado Montero. Editorial La España Moderna. Madrid. s/fecha.
- 20.—Duranton, M.
«Cours de droit civil français». 3.^a édition. T. IV. Imprimerie de Rignoux et Cie. Paris. 1834.
- 21.—Escriche, Joaquín
«Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia». Librairie de la vda. de Ch. Bouret. Paris-México. 1931.
- 22.—Enneccerus, Ludwig
«Derecho Civil (Parte General)». Traducción de la 39.^a edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer. Volumen I. «Introducción Derecho Objetivo. Derecho Subjetivo. Sujeto del Derecho. Objeto del Derecho». Librería Bosch. Barcelona. 1934.
- 23.—Galiano, José
«De las cosas, la posesión y las acciones posesorias. Conferencias de Derecho civil (Derechos reales)». 3.^a edición. Jesús Menéndez e Hijo. Libreros Editores Buenos Aires. 1923.
- 24.—Gomis, José y Muñoz, Luis (Licenciados)
«Elementos de Derecho civil mexicano. Tomo I. Introducción. Tomo II. Derechos reales». Edición de los autores. México. 1942. Sin pie de imprenta.
- 25.—Ihering, Rodolfo von
«La posesión. I. Fundamentos de la protección posesoria. II. La voluntad en la posesión». Versión española de Adolfo Posada. 2.^a edición. Editorial Reus (S. A.). Madrid. 1926.
- 26.—Josserand, Louis
«Cours de droit civil positif français». T. I. Librairie du Recueil. B. Sirey. Paris. 1932.
- 27.—Lafaille, Héctor
«Derecho civil. T. III. Tratado de los Derechos reales». Volumen I. Compañía Argentina de Editores. S. R. L. Buenos Aires. 1943.

- 28.—Lafaille, Héctor
 «Curso de Derecho civil (Derechos reales)» compilado por Pedro Frutos e Isauro P. Argüello. 3.^a edición. Tomo I y II. «Posesión Dominio y Condominio». Biblioteca Jurídica Argentina. Talleres Gráficos Ariel. Buenos Aires. 1929.
- 29.—Laurent, F.
 «Principes de droit civil français». Tome XXXII. Typ. Bruylant-Christophe et Cie. Editeurs. Bruxelles. 1878.
- 30.—Loewenwarter, Víctor
 «Derecho civil alemán, con las características del Derecho mercantil, en comparación con las legislaciones extranjeras, especialmente con la legislación chilena». Tomo I. «Parte General. Relaciones obligatorias. Contratos principales». Tomo II. «De los derechos reales sobre los bienes». Prensas de la U. de Chile. Santiago. 1935.
- 31.—Manresa y Navarro, José María
 «Comentarios al Código civil español». 4.^a edición. Editorial Reus (S. A.). Madrid. 1920.
- 32.—Ossorio y Gallardo, Angel
 «Anteproyecto del Código civil boliviano». Publicación de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia (Volumen II de la Colección). Imprenta López. Buenos Aires. 1943.
- 33.—Petit, Eugenio
 «Tratado Elemental de Derecho romano». Traducción de la 9.^a edición francesa con notas por José Fernández González. Editorial Saturnino Calleja. S. A. Madrid. 1940.
- 34.—Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge
 «Tratado práctico de Derecho civil francés». T. III. «Los bienes». Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz. Cultural S. A. Habana. 1940.
- 35.—Ricci, Francisco
 «Derecho civil teórico y práctico». T. XI. «De la comunidad. De la posesión». Traducción de Adolfo Posada.—T. XII. «De la prescripción. De la ocupación». Traducción de Eduardo Ovejero. La España Moderna. Imprenta de Gabriel L. Horno. Madrid. s/fecha.
- 36.—Ruggiero, Roberto de
 «Instituciones de Derecho civil». Traducción de la 4.^a edición italiana por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Volumen I. «Introducción y Parte General. Derechos de las Personas, derechos reales y posesión». Edit. Reus (S. A.). Madrid. 1929.
- 37.—Saleilles, Raymundo
 «La posesión. Elementos que la constituyen y su sistema en el Código civil del Imperio alemán». Traducción castellana de J. M. Navarro de Palencia. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid. 1909.
- 38.—Saleilles, Raymundo
 «La posesión de bienes muebles». Traducción castellana de José Castán Tobeñas. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid. 1927.
- 39.—Salvat, Raymundo
 «Tratado de Derecho civil argentino. (Derechos reales)». Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires. 1927.

- 40.—Savigni, Frédéric Charles de «Traité de la possession en droit romain». Traduit de l'allemand par Henry Staedtler. 2.^o édition. Bruylant - Christophe et Cie. Libraires - Editeurs. Bruxelles. 1870.
- 41.—Serafini, Felipe «Instituciones de Derecho romano». 9.^a edición italiana. Traducción de J. M. Trías de Bes. Talleres Espasa-Calpe S. A. Madrid. s/fecha.
- 42.—Somarriva, Manuel «Derecho de Familia». Apuntes de clase. Editorial Nascimento. Santiago. 1936.
- 43.—Stitchkin, David «Curso de Derecho civil profundizado y comparado, dictado en la U. de Concepción. 1946. Posesión y Prescripción». Apuntes de clase dactilografiados.
- 44.—Valverde y Valverde, Calixto «Tratado de Derecho civil español». Tomo II. «Parte Especial. Derechos reales». 3.^a edición. Talleres Tipográficos Cuesta. Valladolid. 1925.

MEMORIAS DE PRUEBA

- 1.—Contreras Aburto, Luis Egui-
dio «De la prescripción extintiva civil». Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción. 1945.
- 2.—Cruz Ponce, Lisandro «La apariencia y el derecho». Imprenta Cultura. Santiago. 1936.
- 3.—Díaz Parra, Absalón «La protección posesoria de bienes muebles». Santiago. 1939. Sin pie de imprenta.
- 4.—Díaz Valdéz, Manuel «Suspensión e interrupción de la prescripción». Imprenta Universo. Santiago 1928.
- 5.—Gazmuri Ojeda, Jorge «El error de derecho». Talleres Gráficos «La Nación». Santiago. 1936.
- 6.—Lazo Fernández, René «Ensayo de una teoría general de las modalidades en los actos jurídicos». Litografía Concepción S. A. Concepción. 1945.
- 7.—Maturana Lagos, Renato «Breve comparación de los Códigos civiles de México y Chile». Imprenta El Imparcial. Santiago. 1940.
- 8.—Méndez Eyssautier, Héctor «Reglas comunes a toda prescripción». Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción. 1944.
- 9.—Ramírez de la Fuente, Alfonso «Teoría general de los actos jurídicos». Imprenta Relámpago. Santiago. 1943.
- 10.—Stitchkin Branover, David «La representación en los actos jurídicos». Escuela Tipográfica La Gratitud Nacional. Santiago. 1936.
- 11.—Verdugo Alvarez, Julio «Del título en la posesión». Imprenta San Francisco. Padre Las Casas. 1944.
- 12.—Vilches Palma, Osvaldo «De la extinción de la mora». Imprenta Royal. Valparaíso. 1941.
- 13.—Villagrán Cabrera, Gustavo «Del dolo y la mala fe de los representantes». Escuela Tipográfica Salesiana. Concepción. 1946.

REVISTAS

De Derecho y Jurisprudencia.—Sección Derecho. Año 1906-1907.

De Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. N.ºs 33 y siguientes (Julio de 1940 adelante). Imp. J. H. Salazar. Concepción.

De Derecho Privado.—Publicación Mensual para estudio de las cuestiones prácticas del Derecho español, civil, mercantil, etc., dirigida por F. Clemente de Diego y José María Navarro de Palencia. Enero-Diciembre 1929 y Enero-Diciembre 1930.—Imprenta Ibérica de Estanislao Maestre. Madrid.

CODIGOS

Civil del Imperio alemán	Texto y comentarios. Traducción directa del alemán por Alejo García Moreno. Centro Editorial de Góngora. Madrid. 1897.
Civil argentino	J. Lajouane y Cía. Editores. B. Aires. 1928.
Civil chileno	Edición oficial. Sociedad Imprenta y Litografía Universo. Valparaíso. 1937.
Civil español	Editorial Saturnino Calleja S. A. Madrid. 1925.
Civil francés	Traducido y anotado por Pío Laborda y Galindo. Imprenta de José María Alonso. Madrid. 1850.
Civil italiano	Edición de Vicente Romero y Girón. Madrid. 1876. Sin pie de imprenta.
Civil mexicano	Para el distrito y territorios federales. Ed. del Licenciado Manuel Andrade. 7.ª Edición. Editorial Informaciones Aduaneras de México. México. 1943.
Civil peruano	Imprenta Americana. Lima. Perú. 1939.
Civil soviético	Trad. de Luis Adduard. Edit. Nascimento. Santiago. 1932.

INDICE

INTRODUCCION

	<u>PAG.</u>
1.—Evolución del concepto de posesión.....	7

CAPITULO PRIMERO

NATURALEZA JURIDICA DE LA POSESION

2.— Definición.....	13
3.— Posesión originaria y posesión derivada.....	14
4.— Posesión derivada.—Caracteres.....	15
5.— La mera tenencia y la posesión derivada.....	15
6.— La mera tenencia del Art. 793. Estudio de las condiciones que deben concurrir para ese caso.....	16
7.— Concepto de la posesión en el Código civil mexicano.....	17
8.— Exclusión del ánimo.....	18
9.— Teoría de Ihering.....	20
10.— La posesión originaria y la prescripción.....	24
11.— La posesión derivada y la prescripción.....	25
12.— Protección de la posesión originaria.....	25
13.— Protección de la posesión derivada.....	26
14.— La posesión es un hecho.....	27

CAPITULO SEGUNDO

ADQUISICION Y PERDIDA DE LA POSESION

15.— Requisitos de la adquisición.....	31
16.— Cosas susceptibles de ser poseídas.....	31
17.— Cosas muebles.....	33
18.— Cosas inmuebles.....	34
19.— Examen de la posesión inscrita.....	35
20.— Inmuebles por accesión; destinación.....	37
21.— Apropiación de la cosa (Poder de hecho).....	37
22.— Apropiación por hechos lícitos.....	38
23.— Apropiación por hechos ilícitos.....	39
24.— Adquisición personal.....	39
25.— Capacidad.....	40

	<u>PAG.</u>
26.— Adquisición de la posesión por representantes.....	42
a) Representación legal.....	42
b) Representación voluntaria.....	43
27.— Agencia Oficiosa.....	44
28.— Pérdida de la posesión.....	45
29.— Conservación de la posesión.....	45
30.— Pérdida voluntaria de la posesión.....	46
a) Abandono.....	46
b) Cesión.....	47
31.— Pérdida de la posesión por hecho ajeno.....	47
a) Destrucción o pérdida de la cosa.....	47
b) Cosas que quedan fuera del comercio.....	48
c) Despojo.....	48
d) Reivindicación del propietario.....	48
e) Expropiación por causa de utilidad pública.....	48
f) Resolución judicial.....	49
32.— Pérdida de la posesión por causa de la naturaleza.....	49
33.— Pérdida de la posesión de los derechos.....	49

CAPITULO TERCERO

DE LAS DIVERSAS ESPECIES DE POSESION

PARRAFO PRIMERO

DE LA POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO

34.— Fundamento de esta clasificación.....	51
35.— La posesión en concepto de dueño. Alcance de esta expresión.....	52
36.— Presunción de que el poseedor lo es en concepto de dueño.....	53
37.— Consecuencia de esta presunción. El que alega que se trata de una posesión derivada debe probarlo.....	54
38.— Presunción del mantenimiento de la causa.....	54
39.— Consecuencia de esta presunción: El poseedor derivado debe probar la existencia de un título que justifique su posesión en concepto de dueño.....	54
40.— Consecuencia: No se cambia la posesión derivada en originaria por la sola voluntad del poseedor.....	55
41.— Sólo la posesión en concepto de propietario conduce a la prescripción adquisitiva.....	55
42.— La posesión derivada conduce a la prescripción adquisitiva de los derechos reales en cuyo ejercicio se posee la cosa.....	57

PARRAFO SEGUNDO

DE LA POSESION DE BUENA FE

43.— Falta de una definición en el Código mexicano.....	58
44.— Es de buena fe el que posee en virtud de un título suficiente para darle derecho a la posesión.....	59
45.— Qué se entiende por título.....	59
46.— Es de buena fe el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.....	60
47.— El error de hecho y la buena fe.....	61

	<u>PAG.</u>
48.— El error de derecho y la buena fe.....	62
49.— Es poseedor de mala fe el que carece de título.....	65
50.— Y el que conoce los vicios de su título que le privan del derecho a la posesión	65
51.— Presunción de buena fe.....	65
52.— La posesión iniciada de buena fe puede transformarse en de mala fe. Doctrinas. Diferencias con el Código chileno.....	66
53.— Beneficios de la buena fe.....	67
a) Percepción de frutos.....	67
b) Abono de gastos necesarios y útiles.....	69
c) Mejoras voluntarias. Retiro.....	70
d) Abono de gastos hechos para la producción de frutos naturales e industriales pendientes.....	71
e) No responde de los deterioros.....	71
f) Conduce a la prescripción abreviada.....	72

PARRAFO TERCERO

DE LA POSESION VICIOSA

54.— Vicios de la posesión.— Violencia.— Clandestinidad.— Posesión delictuosa.— Posesión equívoca.....	73
55.— Posesión violenta.....	74
56.— Sanciones: Pérdida de frutos y del derecho de reembolso.....	75
57.— Suspensión de la prescripción.....	75
58.— Carácter temporal del vicio.....	76
59.— Posesión clandestina o no pública.....	77
60.— Carácter absoluto del vicio.....	78
61.— Es posesión pública la inscrita en el Registro de la Propiedad.....	79
62.— Sanción: Suspensión de la prescripción.....	80
63.— Sanciones del Art. 813 en cuanto pierde estos derechos.....	80
64.— Carácter temporal del vicio.....	81
65.— Posesión adquirida por medio de un delito.....	81
66.— Sanciones en cuanto a las prestaciones.....	81
67.— Sanciones en cuanto a la prescripción; Carácter temporal del vicio.—a) La prescripción sólo empieza a correr de la fecha que señala el Art. 1155.—b) La posesión que se inicia es de mala fe.—c) Conduce a prescripción de largo tiempo.....	82
68.— Posesión equívoca.....	82
69.— No es mirada como vicio de la posesión.....	84
70.— Pero impide la prescripción entre los comuneros. El Art. 1144 se pone en el caso que la cosa sea poseída en común. Si la posesión es exclusiva cabría pres- cripción entre los copropietarios.....	84
71.— En todo caso los coposeedores pueden prescribir contra un tercero.....	85

PARRAFO CUARTO

DE LA POSESION CON TITULO

72.— El título en la posesión.....	85
73.— Debe ser suficiente para darle derecho a poseer.....	86
74.— Para poseer no se requiere título alguno.....	87
75.— Pero la falta de título hace presumir mala fe.....	87

	<u>PAG.</u>
76.— En consecuencia, la prescripción abreviada supone la existencia de un título...	88
77.— El título mejora la condición del poseedor en caso de disputa de la posesión...	88
78.— El título añadido a la buena fe confiere derecho a los frutos. Referencia	88
79.— No responde de los deterioros.—Referencia.....	88

PARRAFO QUINTO

DE LA POSESION CONTINUA

80.— Concepto.....	89
81.— Su importancia.....	90
82.— Causas que interrumpen la prescripción.....	91
83.— Recuperación judicial de la posesión.....	94
84.— Presunción de no interrupción.....	95

CAPITULO CUARTO

DE LA PROTECCION POSESORIA

85.— Principio general.—Art. 803 inc. 1.º.....	97
86.— En el pleito se discute el derecho a la posesión.....	102
87.— Cómo se determina el mejor derecho a la posesión.....	103
a) Título en las cosas muebles.....	103
b) Inscripción en los inmuebles.....	103
c) A falta de título, prefiere la posesión más antigua.....	103
d) Posesiones dudosas.— Depósito.....	104
88.— Acciones del poseedor.—Amparo y recuperación.....	104
a) Acción de amparo o mantenimiento.....	104
b) Acción de recuperación de la posesión.....	105
89.— Prescripción un año. Art. 804.....	106
90.— La acción publiciana.....	106
BIBLIOGRAFIA.....	109
INDICE.....	115

.....
IMPRESA
J. H. SALAZAR A.
CONCEPCION (CHILE)
.....