

peto recíproco de los derechos en que consiste el espíritu social.

De ese modo los elementos constitutivos de las naciones y de la humanidad estarán adunados en un esfuerzo mutuo por la realización de mejoras sociales que hagan todos los días más agradable, más útil y más interesante la vida de los hombres, llegando a constituir una trayectoria ascendente la sucesión de las generaciones sobre el haz de la tierra, porque la que se halle en la actual posesión del planeta procure ser digna heredera del caudal de ciencia, de arte, de energía, de creencias, de virtud, de organización política, económica y social de las edades pasadas, sepa conservar ese patrimonio y lo transmita, perfeccionado y acrecido, a la posteridad.

Medellín, 30 de octubre de 1924.



ACCIONES POSESORIAS DE MINAS

Dedicamos este trabajo al doctor FERNANDO ISAZA, cuyo certero y nítido criterio nos ha señalado el camino que debemos seguir; a quien debemos los pocos conocimientos en la materia, y al doctor JOSE LUIS MOLINA, notable jurista y Profesor distinguido.

Pedimos excusas por las impropiedades del lenguaje y por los demás defectos de forma y de fondo en que hallamos incurrido, pues no nos fue dado, por trastornos de familia y por falta de tiempo, hacer un trabajo correcto en todo sentido, ya que ni siquiera nos fue posible corregirlo.

Ignoramos si nuestro modo de pensar respecto a algunos puntos, está acorde con el de los distinguidos jurisconsultos a quienes corresponde calificar este trabajo. Si no lo estuviere, y más aún, si las tesis que sostenemos fueren erróneas, nos queda el consuelo de que siendo simples estudiantes, no estamos obligados a poseer un criterio jurídico luminoso; y mucho menos en materias que como ésta, ha dado lugar para que esclarecidos juristas y comentaristas insignes, al tratarla, demuestren que no mucho, sino por el contrario muy poco la entienden. Creemos puede asegurarse sin temor de exagerar que no hay persona alguna que pueda decir: «He comprendido la posesión».

Hemos escogido como tema para la monografía que de manera sabia exige el nuevo reglamento, las acciones posesorias de minas, ya por ser punto íntimamente relacionado con el C. C., ya por las dificultades que presenta, que hacen interesante su estudio.

Como base de dichas acciones es necesario, ante todo, dar una idea, siquiera general, sobre posesión; si al hacerlo incurrimos en errores, esperamos que vosotros sabréis disculparlos, pues comprendéis bien que un punto tan delicado como la posesión, que al tratarlo distinguidos Juristas se han visto perdidos en un laberinto de dudas, emitido conceptos los más contradictorios y peregrinos, no puede ser estudiado brillante y concisamente, por quien apenas empieza, desorientado y torpe, a dar los primeros pasos por el difícil camino del derecho.

No ahondaremos en el estudio de los múltiples problemas que presenta la posesión, pues además de nuestra insuficiencia para emprender tan ardua labor, existen circunstancias que lo impiden, una de ellas, no ser la monografía sobre posesión, punto que sólo accidentalmente debe ser tratado.

PROPIEDAD

El hombre necesita la apropiación de los objetos indispensables, como el alimento y el vestido, pues de lo contrario se vería condenado a perecer, ya que su naturaleza material le impone una dependencia de las cosas que le rodean, puesto que sin

ellas le es imposible en absoluto la conservación de la existencia.

Es ésta la razón por la cual la propiedad ha existido siempre: rudimentaria e imperfecta en su origen, cuando los hombres vivían sin mayores relaciones sociales, tras larga evolución, ha estrechado más sus relaciones, y tiene por consiguiente problemas que no existieron cuando los hombres vivían divididos en familias o tribus, desconocedoras de las exigencias que hoy hacen tan difícil la vida.

La propiedad colectiva fue la de primeros tiempos, pues estando los hombres, como dijimos, divididos en familias, cultivaban las tierras en común sin mayores diferencias, puesto que obedecían ciegamente al paterfamilias, encargado de dirimir las cuestiones que entre ellos se suscitaban; pero a medida que los hombres se multiplicaron, se multiplicaron también sus necesidades, así como sus ambiciones y ya entonces fué imposible que continuase la propiedad como común patrimonio; se dividieron los hombres en clases, acapararon unos mayor número de objetos y de tierras, mientras que otros, los más débiles o los más inexpertos, quedaban a su sometimiento; hubo ya entonces clases dominadoras y clases dominadas. Los pueblos más vigorosos llevaron el ruido de sus armas y extendieron su civilización a los más débiles; ocuparon sus tierras, los oprimieron y nació la esclavitud. Siguió luego un largo proceso selectivo; la lucha entre los hombres continuó y después de recorrer por múltiples etapas, se llegó al concepto actual de la propiedad privada.

Pero la lucha no ha terminado aún, y hoy los modernos partidos socialistas piden la abolición de la propiedad privada para volver a la colectiva, como único medio de resolver el problema planteado, según ellos, entre la clase burguesa y la clase proletaria.

De esta guerra contra el individualismo, se pasará mañana a otra, pues la humanidad necesita la lucha continua pero pacífica, para alcanzar su perfeccionamiento y lograr sus altos fines.

Pero la propiedad en su esencia permanece intacta, como engendro que es del derecho natural, al través de cuantas evoluciones y cambios ha experimentado la sociedad. Ya sea colectiva como en los primitivos tiempos, ya privada como en los actuales. Y el hombre siempre ha ejercido y ejercerá el derecho de propiedad, sea individualista a lo Rousseau o colectivista a lo Carlos Marx, bien porque crea que la sociedad se hizo para el individuo, o que el individuo nació para la sociedad.

La propiedad como derecho que es, implica una relación jurídica entre el sujeto y el objeto, relación que se manifiesta, se hace visible, por el hecho de la posesión.

En general todos los hombres tienen un derecho abstracto sobre las cosas, ese es el derecho a la propiedad. Pero para que ese derecho abstracto que todos tenemos a las cosas se haga efectivo, es preciso que se concrete a un determinado objeto libertándolo del posible dominio que los demás hombres puedan ejercer sobre él; cambiando, en una palabra, el derecho a la propiedad, por el derecho de propiedad. Pero para que esto se verifique necesita que los demás hombres conozcan esta relación,

pues de lo contrario no están obligados a respetarla. Se necesita, pues, para ser propietario, además de la voluntad de señor, una exteriorización de ella, que se verifica por la exteriorización de actos que impliquen dominio.

De lo dicho se deduce que la posesión es el hecho que hace visible el derecho, que es la propiedad; por lo tanto la posesión y la propiedad deben encontrarse unidas en un mismo sujeto. Pero puede suceder que, excepcionalmente, no lo estén, pues es factible el caso de que una persona tenga la propiedad, otra la posesión y una tercera la tenencia material del objeto. Pero lo que acontece en realidad de verdad, es que para la ley, no están separadas la propiedad y la posesión, sino que ella presume que quien tiene la posesión, es porque tiene también el dominio: «El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo».

De aquí nace una división necesaria de la posesión: posesión unida al dominio (que es la verdadera posesión), y posesión de quien no es dueño, la que puede ser regular o irregular, y que mediante el transcurso del tiempo puede convertirse en verdadera posesión, es decir, en posesión-propiedad.

Pudiendo estar separadas la propiedad y la posesión, hay que estudiar ésta detenidamente, pues es grande su importancia, sobre todo para la prescripción, y es necesario, además, precisar su concepto en lo posible, ya que es un punto demasiado abstracto.

POSESION

ELEMENTOS ESENCIALES

Dos son los elementos exigidos para que haya posesión: *Tenencia de la cosa*, y *ánimo de señor o dueño*; el *animus* y el *corpus* de los romanos.

El *animus*, es algo así como la parte espiritual que unida a la material, el *corpus*, produce la posesión. Si uno de ellos falta, la posesión no existe. Un arrendatario, por ej., como reconoce dominio ajeno, como le falta el *animus*, no es poseedor.

Pero no es necesario que el poseedor tenga la cosa por sí mismo; puede que otro la tenga en lugar y a nombre de él, como comodatario, usufructuario, usuario etc.. Pero los romanos sólo exigían el *animus* y el *corpus*, para la posesión civil, pues para la natural bastaba la tenencia material, el *corpus*, no siendo necesario el ánimo de señor. Esa concepción impropia de la posesión, que equivalía a confundirla con la mera tenencia, no ha sido aceptada en las legislaciones modernas, excepción de unas pocas como la española y la alemana, que conservan con más o menos integridad el principio romano.

El Código español exige los dos elementos esenciales para la posesión civil, más no para la natural. Conserva pues exactamente el principio de los romanos.

La legislación alemana ha ido más lejos, excluyendo el *animus* por completo, como elemento de posesión. Dice así el artí-

culo 854; «La posesión de una cosa se adquiere, obteniendo de hecho poder sobre la misma».

«Para la adquisición, bastan el acuerdo del anterior poseedor y el del adquirente, cuando este último se haile en situación de ejercer su poder sobre la cosa.»

De la exposición de motivos que acompañó al proyecto del Código, transcribimos lo referente al artículo anterior: Las circunstancias de caso particular son las que determinan si se ha obtenido el poder efectivo de que habla el artículo 854 sin que el Código exija para esa obtención la voluntad de adquirente, pues hay ocasiones en que ésta no puede existir». Como dijimos antes, esto jurídicamente es inadmisibles, pues le quita a la posesión su carácter, ya que no sería una manifestación del dominio, puesto que para que exista éste es necesario el ánimo de señor, entre los romanos se explica la existencia de esa falsa posesión, pues corresponde a la propiedad corporal que ellos llamaban, propiedad que confundía el dominio con la tenencia.

POSESION INCORPORAL

Entre los romanos la posesión no se extendía a las cosas incorporales, no siendo por consiguiente susceptibles de posesión los derechos reales, ni los personales; esto que en un principio se aceptó en toda su rigidez, fue modificado más tarde, introduciéndose sobre los derechos reales, una especie de posesión, que ellos llamaron cuasi-posesión. Se fundaban para admitir sólo la posesión de las cosas corporales, en que sobre las incorporales no podía tener lugar en sentido estricto, el *corpus*, y que por tanto no podía existir la posesión.

Este exagerado concepto de posesión, encontró cabida en la legislación española, que define la posesión, en la partida III, título XXX, así:

«Posesión es la justa tenencia que el hombre tiene en las cosas corporales, con ayuda de su cuerpo y entendimiento, pues las que no lo son, como las servidumbres de unas heredades a otras, los derechos por razón de deuda y cosas semejantes, no se pueden propiamente poseer ni tener corporalmente». Nuestro Código admite la posesión, tanto para las cosas corporales, como incorporales, ya sean éstas derechos reales o personales (artículos 676-776-664 del Código Civil). Hay que tener presente, sin embargo, que los derechos reales que no pueden ganarse por prescripción, y los personales, no dan lugar a acción posesoria.

LA POSESION ES UN HECHO

Acerca de si la posesión es un hecho o un derecho, ha habido diversas y encontradas opiniones, entre los jurisconsultos.

Algunos, como Demolombe y Belime, creen que la posesión es un derecho y no un hecho, y la clasifican entre los derechos reales. Yhering dice que los derechos son intereses jurídicamente protegidos; que los intereses forman lo material del derecho, así como la protección constituye la parte formal; que en la posesión se encuentran reunidos esos dos elementos, y que por consiguiente ésta es un derecho.

Savigny, el primero que estudió la posesión a la luz de la historia, sostiene que es un hecho, y que la ley lo protege, porque de ese modo protege la misma persona del hombre contra los atropellos violentos.

En el derecho moderno la teoría aceptada, es la de que la posesión es un hecho, pues no queda comprendida ni en los derechos reales, ni en los personales. Por otra parte, a ser un derecho, cualquiera podía hacer que quien tiene la posesión y propiedad de un bien *cualquiera*, le transmitiese la sola posesión conservando el dominio, lo cual es imposible, pues la posesión debe acompañar a la propiedad siempre, y si, como dijimos, puede que en un momento dado se hallen en diversas manos, ante la ley están unidas en la persona del poseedor, mientras no se demuestre lo contrario. Oigamos a Dn. Fernando Vélez: «Para que fuese un derecho por sí sola, sería necesario que perteneciese a una de las dos clases de derechos que únicamente reconoce nuestro Código: los reales o los personales. Basta leer la definición de unos y otros, para que se vea que ninguno comprende la posesión.»

«Podiera pretenderse calificar ésta de derecho real “que es el que tenemos, sin respecto a determinada persona”, pero si se tienen en cuenta la naturaleza y consecuencias de los derechos reales, se verá que mucho dista de ellos la simple posesión.

«En corroboración de esto, nótese por último, que todos los derechos reales, como el dominio, el usufructo, la servidumbre, etc., y los personales o créditos, pueden adquirirse en virtud de actos o contratos a que se siga la tradición correspondiente, mientras que la sola posesión, separada del dominio, no puede adquirirse de ese modo.»

Pero si bien es cierto que la posesión es un hecho, como queda demostrado, también lo es que de ese hecho se originan importantes derechos para el poseedor, de los cuales enumeraremos los principales:

1º.—El de ser considerado dueño mientras no se haya probado que no lo es: «El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo».

Esta presunción legal pone en ventajosa posición al poseedor, pues entre tanto que no se destruya, por quien se pretenda verdadero dueño, continúa en su calidad de propietario. Tiene, pues, en el juicio, la calidad de demandado.

2º.—El de ponerse en vía de ganar el dominio por prescripción.

3º.—El de conservar los frutos percibidos, si fuere poseedor de buena fe, cuando se le obligue a restituir, por haber justificado otro ser el verdadero dueño (artículo 964).

4º.—Tener una acción para amparar su posesión, aun cuando sea sólo poseedor irregular, cuando se vea perturbado o privado de ella, (artículo 977). Y si ha sido despojado violentamente, aun cuando tenga una posesión viciosa, ejerce una acción especial, la de despojo (artículo 984).

Nuestro Código, como el de Chile y los demás basados en éste, concede una acción reivindicatoria al que sin tener dominio sobre una cosa pierde la posesión regular de ella, y se en-

contraba en camino de ganarla por prescripción. Pero no se le dá contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor título. (Art. 951).

Se ha tachado de absurda esta disposición, pues la acción reivindicatoria sólo se concede a quien tenga la «propiedad plena, o nuda, absoluta, o fiduciaria de la cosa» (artículo 959), pues siendo una acción de dominio, sólo el verdadero dueño debe tener el derecho de ejercerla. Pero si se observa de otra parte, que no sería justo dejar a un poseedor regular, que por cualquier motivo no puede ejercer una acción posesoria, sin medio de recuperar la posesión perdida, posesión que con el transcurso de poco tiempo iba a convertirse en dominio, en verdadera posesión, parece aceptable la disposición que consagra nuestro Código. En todo caso, es muy discutible el punto, y con tan buenas razones pueden sostener unos que tiene fundamento jurídico, como otros, que carece de él.

POSESION DEL HEREDERO

En la legislación romana el heredero continuaba con la misma clase de posesión que su antecesor, y por consiguiente si éste tenía una posesión irregular, de la misma naturaleza era la del sucesor universal. No acontecía lo propio al sucesor a título singular, quien empezaba a poseer independientemente del trasmisor y cuya posesión por tanto, no adolecía de los vicios que afectaba la anterior, sino en el caso de que usase la facultad que se le concedía de unir la posesión de su anterior a la suya.

Esta diferencia establecida por los romanos ha sido consagrada también por las legislaciones española y francesa. Nuestro Código, más sabiamente, ha dicho:

«Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios». De tal suerte que sin establecer que la posesión principia en el antecesor, deja, sin embargo, al que sucede, la facultad de agregar su posesión a la anterior. Esto es lo justo y lógico. No está bien lo que consagran las legislaciones romana, española y francesa, puesto que pone en desfavorable situación al heredero, estableciendo una diferencia que no tiene jurídicamente razón de ser, y haciéndole responsable de hechos que no ha ejecutado.

Al decir nuestro Código que el sucesor puede agregar su posesión a la del trasmisor, pero que de agregarla se la apropia con sus calidades y vicios, establece un principio justo y científico, pues al no darle esa facultad podría dejarlo sin medios de defender su posesión, si por ej., no la había tenido por el tiempo prescrito por la ley para ejercer una acción posesoria.

Pero al usar la facultad que se le concede, queda la posesión afectada de los vicios que acompañan a la anterior, pues tomando en ese caso las dos una sola, y estando viciada en su origen, es lo lógico y lo natural que toda ella adolezca del defecto primitivo.

Estos principios diversos que las distintas legislaciones han establecido, son muy importantes pues con ellos se relaciona íntimamente la adquisición del dominio por prescripción. Según la tesis romana, si el antecesor tenía una posesión irregular, su sucesor universal no puede prescribir sino extraordinariamente, al paso que según la tesis que acepta nuestro Código, el sucesor puede tener posesión regular y prescribir ordinariamente, aun cuando el trasmisor fuese poseedor irregular, pues su posesión principia en él; independientemente de la anterior.

Sentados ya estos principios es conveniente estudiar la posesión más concretamente y empezamos con la definición de nuestro Código:

«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.»

«El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.»

Como se ve por esta definición, nuestro Código establece claramente que para que exista la posesión deben concurrir los dos elementos exigidos por los romanos para la posesión civil: *animus* y *corpus*. Pero como no hace diferencia ninguna, rechaza la distinción que, según dijimos ya, establecía la legislación romana entre la posesión civil y la natural, exigiendo para la primera el *animus*, que no para la segunda, y creando así una posesión corporal que se confundía con la tenencia material.

Se deduce, asimismo, de la definición analizada, que nuestra legislación reconoce no ser preciso para la existencia del elemento material, que el dueño tenga la cosa por sí mismo, sino que puede que otro la tenga en su lugar y a su nombre. Principio aceptado por todas las legislaciones.

El inciso segundo del artículo dice que el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo, lo cual está, como ya dijimos, en un todo acorde con el concepto jurídico de posesión, pues siendo ésta una exteriorización del dominio es lo lógico presumir que existe donde está la posesión, que es su complemento, su parte visible, si se quiere. Pero como puede suceder, irregularmente, que se encuentren divorciados la posesión y el dominio, la ley sólo establece una presunción legal, y puede, por tanto, el verdadero dueño demostrar que el poseedor carece del derecho de propiedad.

De la definición del artículo 762, pudiera deducirse que nuestra legislación rechaza la posesión de las cosas incorporales, puesto que habla «de la tenencia de una cosa determinada». Pero más adelante en el artículo 766, la completa, diciendo: «La posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal». Como este punto fue tratado ya, prescindimos de nuevos comentarios, pues solo lograríamos cansar la atención con inútiles repeticiones.

Si un individuo ha empezado como poseedor, se presume que esta posesión continúa hasta el momento en que se alega; si ha empezado como mero tenedor, se presume igualmente, que

tiene la calidad de tal en el momento en que se alega; si se prueba que poseyó anteriormente y que en la actualidad posee, se presume la posesión en el tiempo intermedio. Estas presunciones establece el artículo 780, artículo que, dicho sea de paso, es muy impropio pues habla de poseer a nombre ajeno, frase injurídica, ya que nadie puede poseer una cosa a nombre de otro, dado el verdadero concepto de posesión. Indudablemente la confusión de los términos se debe a que siendo tomado el principio de la legislación romana, y existiendo allá la posesión corporal que equivalía a la mera tenencia, el legislador no tuvo el cuidado suficiente para evitar, al inspirarse en los romanos, una terminología que no se adapta a la moderna y verdadera idea de posesión.

Las tres presunciones establecidas por el artículo 780, son perfectamente lógicas y se armonizan con la doctrina del Código.

Es lo natural presumir que quien empezó como poseedor de una cosa lo es al comparecer en juicio, y que quien empezó como un mero tenedor de ella, continúa siéndolo, así como también que quien poseyó anteriormente y en la actualidad posee, tuvo la posesión en el tiempo intermedio, pues sería un absurdo presumir lo contrario. Pero como estas presunciones son legales, se destruyen desde el momento en que se demuestre la no existencia de los hechos presumidos.

DIVISION DE LA POSESION

La posesión puede ser regular o irregular.

POSESION REGULAR

«Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión»

«Se puede por consiguiente ser poseedor y regular y poseedor de mala fe; como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.»

«Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición» (artículo 765).

Este artículo clasifica la posesión en regular o irregular, lo que tiene suma importancia y reviste excepcional interés cuando se trata de adquirir el dominio de las cosas por prescripción; pues según sea la clase de posesión que se haya tenido, es más o menos largo el tiempo que se necesita para prescribir.

Las condiciones que la ley exige para que haya posesión regular, son el *justo título y la buena fe*. Y además, cuando el título es traslativo de dominio, la correspondiente tradición.

Estudiaremos separadamente estos elementos por las dificultades que presentan, para ver de resolver algunos puntos que se han presentado a discusión.

JUSTO TITULO

La palabra título tiene doble acepción: La causa que origina un derecho, o el documento o prueba material que lo acredita. Esta distinción es muy importante, pues a menudo se confunde

el título causa, que es algo intangible, con el título material, que sirve para acreditar la existencia de un hecho o de un derecho.

Nuestro Código, al hablar de justo título, hace la confusión que apuntamos, pues dice en el artículo 765 que el justo título es constitutivo o traslativo de dominio, refiriéndose, sin duda, al título causa; y luego al decir cuáles títulos son injustos hace mención de documentos, de títulos materiales, es decir, de los que sirven para comprobar pero no para originar derechos.

El Código no define lo que es justo título, y da lugar con esa omisión a dudas y errores que no se pueden evitar. Por lo dicho se ve que este es un punto delicado y difícil, demasiado impreciso y por lo tanto discutible.

El Dr. Fernando Vélez define el justo título diciendo «que es la causa en virtud de la cual poseemos alguna cosa de acuerdo con las leyes» Vg. Si yo tengo una casa porque la he comprado, tengo un justo título, pues la compraventa que es la causa por la cual poseo, está de acuerdo con las leyes puesto que ellas le reconocen capacidad para originar derechos.

Pero si yo tengo un objeto cualquiera porque he privado a otro violentamente de él, carezco de justo título, pues la causa que hace que yo tenga el objeto en mi poder no es reconocida por la ley, no está de acuerdo con ella.

El justo título puede ser de dos clases: constitutivo o traslativo de dominio.

La ocupación, la accesión y la prescripción, son títulos constitutivos de dominio, no es necesaria en ellos la tradición, ya que originan el derecho independientemente de terceros.

«Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos». (artículo 765).

Estos necesitan tradición. De tal suerte que además de la buena fe y de un título justo pero traslativo, es preciso para que la posesión regular exista que se verifique la tradición, la cual, tratándose de bienes muebles, puede verificarse tácitamente, según el artículo 764, que sólo se refiere a muebles: «La posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hace presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título».

Título constitutivo, pues, es aquel que por sí solo constituye el derecho sin que se nos transmita de otra persona. Esto que es muy claro en la ocupación y la accesión, puesto que el dominio que adquirimos por ella pone fin a un dominio anterior, y pudiera por tanto decirse que se nos transmite de otra persona. Pero si se tiene en cuenta que lo que hace que adquiramos el dominio por la prescripción es el hecho del transcurso del tiempo, con independencia de terceros, es decir, un hecho nuestro, se comprende por qué la prescripción es título constitutivo y no traslativo de dominio.

Título traslativo de dominio es aquél que nos transfiere el derecho de otro, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Estos títulos necesitan tradición para que se pueda adquirir el dominio. Mientras ésta no tenga lugar no somos propietarios.

rios de la cosa, sino únicamente acreedores a ella, y tenemos por tanto el derecho a que se nos haga la tradición, para de ese modo adquirir el dominio y por consiguiente la posesión.

Según dijimos antes, justo título puede definirse: aquel que está en conformidad con la ley, y que es capaz de originar posesión. La compraventa, por ejemplo.

Múltiples problemas pueden presentarse con relación al justo título, por ser punto tan poco concreto y no haber una disposición del Código que lo defina y precise, ni un estudio detenido acerca de su naturaleza.

Uno de tantos problemas, es el siguiente, que trataremos de resolver del modo en nuestro concepto mas jurídico. Lo traemos a cuento, por haber oído de jurisconsultos distinguidos opiniones contrarias respecto a su solución, lo que hace ver claramente que se plantea en él una cuestión difícil e interesante:

Si una persona tiene una cosa en lugar y a nombre de otro, es decir, como mero tenedor, y luego, dándose por dueño de ella, la vende, a quien de buena fe lo cree propietario, haciéndole la correspondiente tradición, adquirirá una posesión regular el comprador? De los elementos para que haya posesión regular, el comprador tiene indiscutiblemente la buena fe. ¿Pero tendrá *justo título*?

Si por justo título se entiende la causa en virtud de la cual poseemos una cosa de conformidad con la ley, nos atrevemos a afirmar que sí lo tiene, pues la venta es reconocida por el Código como título traslativo de dominio (título en el sentido de causa) y no hay en este caso que se estudia título (documento que acredita el derecho) falsificado ni conferido en calidad de representante legal o legítimo de otro sin serlo; en fin, ninguno de los casos contemplado en el art. 766. Y si se tiene en cuenta que nuestro Código admite que la venta de cosa ajena vale (artículo 1781), no hay lugar a la menor duda respecto a la conformidad de tal título con la ley, y por lo tanto, respecto a su calidad de justo.

A no ser así, ¿qué valor tendría el mencionado artículo (1.781)? Un artículo que dice: «La venta de cosa ajena vale»; y sin embargo no constituye justo título, luego la venta de cosa ajena no vale.

Para reforzar nuestro razonamiento copiamos en seguida un ejemplo que trae el Dr. Fernando Vélez, al hablar de la buena fe, en el que reconoce la justicia de un título de la misma clase del que estudiamos: «Sin embargo—dice—como la buena fe, que estudiaremos más adelante, sólo se requiere al adquirirse la posesión, puede ocurrir que un individuo compre a otro una finca, *creyendo al comprarla que el vendedor es dueño de ella y que después sepa que no lo era. Aunque poseedor regular, continuará poseyéndola de mala fe*».

Pudiéramos también para evidenciar más lo que sostenemos, comentar artículos que son perfectamente aplicables a este caso. Pero como esto alargaría demasiado este estudio sobre posesión, que sólo de paso y como base de las acciones posesorias debe ser tratado, no lo hacemos, limitándonos a contestar otra objeción que se ha hecho por aquellos que sostienen la tesis

contraria, objeción que da campo a algunos comentarios acerca de la inscripción de títulos.

Se basa el último razonamiento de los que no creen justo título la compra hecha a quien no es dueño, en el artículo 791, inciso 2º., el cual dice que cuando alguien tiene una cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito y dándose por dueño de ella la enajena, no se pierde de una parte ni se adquiere de otra la posesión sin la competente inscripción; y que por tanto lo que parece claro para bienes muebles, no lo es para inmuebles cuyo título esté inscrito.

Contestamos esa objeción, diciendo que en ese caso el problema se sitúa en un campo distinto, pues no se trata ya de impugnar la posesión por carencia de justo título, sino de tradición, que en los inmuebles se efectúa por la inscripción. Se habla ya del modo de adquirir, pero no del título, cosas muy distintas.

Pero demostraremos en seguida, o trataremos de hacerlo, que la tradición en ese caso también puede efectuarse. Un ejemplo dará más luz al respecto:

A. tiene un inmueble en lugar y a nombre de B., poseedor inscrito. A. se dá por dueño y lo enajena a C., quien de buena fe lo cree propietario, y le hace escritura, la cual se registra; pregunto ¿ha habido tradición? Si la ha habido, puesto que el título ha sido registrado y por lo tanto C., tiene posesión regular del inmueble, en tanto que B., la ha perdido.

El artículo 791 es terminante: «Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se dá por dueño de ella y la enajena, no se pierde, por una parte, la posesión, ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.» Y como ha habido, en el ejemplo anterior la «competente inscripción», hay posesión regular. Pero se pudiera contestar: «no hay competente inscripción, puesto que según el artículo 789, para que cese la posesión inscrita es necesario que se cancele la anterior inscripción, por uno de los modos indicados por ese artículo. Dice así:

«Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial.»

«Mientras subsista la inscripción, el que se apodere de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente».

A primera vista este artículo parece decisivo, pues al decir que si no se cancela la inscripción por uno de los tres modos que él mismo indica, no se adquiere de una parte, ni se pierde de otra la posesión, dá a entender que la escritura registrada, pero otorgada por quien no es dueño, no es suficiente para cancelar la anterior inscripción.

Pero estudiando a fondo el artículo, procurando concretar lo mejor posible ese concepto abstracto que tenemos de posesión inscrita, tal vez puedan hacerse desaparecer tantas contradicciones a que da lugar la tal inscripción, como medio de adquirir, conservar y perder la posesión de los inmuebles.

Quisiéramos poder dar forma precisa a un razonamiento que

hemos rumiado mucho y que nos ha convencido que hay tradición al registrar la escritura otorgada a favor de una persona, por quien no es dueño de un inmueble; y decimos que quisiéramos, pues es algo tan abstracto e impreciso que al tratar de exteriorizarlo, de darle forma concreta, se oscurece de tal suerte que hace casi imposible su manifestación.

Ante todo copiamos de la obra del Dr. Fernando Vélez, una nota del señor Bello al artículo 762:

«Las dificultades en materia de posesión, que son gravísimas, provienen principalmente de la inexactitud del lenguaje. Es preciso distinguir las varias especies de posesión:

1°.—Posesión unida al dominio;

2°.—Posesión del que no es dueño, acompañada de justo título y buena fe: Posesión civil.

3°.—Posesión del que no es dueño, no acompañada de justo título o de buena fe: Posesión natural».

Ahora bien: Para entrar en el espíritu del artículo 789 es necesario tener muy presente la clasificación que hace el señor Bello. Es imposible coordinar las distintas disposiciones del código sobre posesión, prescripción, etc., si ese artículo se refiere a toda clase de posesión.

A ser así, está en abierta contradicción con el 2531 y de más artículos que tratan de prescripción; con el 791, el cual da a entender que el enajenante de cosa ajena puede hacer cesar la posesión del verdadero propietario inscrito; y con el 1781.

Creemos que al decir ese artículo: «mientras subsista la inscripción el que se apodere de la cosa a que se refiere el título inscripto, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la existente», no se refiere ni a la posesión irregular, ni a la regular separada del dominio: se refiere solamente a la posesión acompañada del dominio. Es decir: si un individuo compra un bien raíz cuyo título está inscrito, a quien no es verdadero dueño, aun cuando lo haga de buena fe le es imposible, de acuerdo con ese artículo, adquirir la posesión unida al dominio, pues no se ha cancelado la anterior inscripción, pero sí adquiere la posesión regular separada del dominio, y puede por tanto prescribir en 10 años y obtener en virtud de esa prescripción, la posesión unida al dominio.

Se debe tener en cuenta que jurídicamente puede sostenerse que según nuestro Código, siguiendo el derecho romano, la compraventa trasfiere la posesión, la que puede no estar acompañada del dominio, esto se deduce lógicamente de lo dispuesto en el artículo 1.781 sobre venta de cosa ajena, pues es natural que al vender una cosa ajena no puede transmitirse dominio; sólo se transmite posesión. Ahora bien: habría que dejar el principio que nuestra legislación, siguiendo a la romana, que no a la francesa, ha consignado, para aceptar la tesis combatida.

Por otra parte, al declarar terminantemente el Código que la venta de cosa ajena vale no hace distinción ninguna, y por tanto no sólo es válida la venta de una cosa mueble ajena, sino también la de un inmueble.

Pero si se admite que por medio del registro de una escritura otorgada por quien no es dueño de un inmueble, no se efec-

túa la tradición de éste, y por tanto, que no adquiere posesión el comprador, hay que reconocer existe contradicción en el Legislador puesto que ha dispuesto que la venta de cosa ajena vale, tanto tratándose de muebles, como de inmuebles (ya que no distingue), y que no vale para inmuebles, puesto que el enajenante no dueño no puede hacer cesar la posesión de una parte, ni hacerla adquirir de la otra. Y a ser esto así, habiendo oposición entre dos disposiciones del Código, prevalece la posterior, o sea la que permite la venta de cosa ajena.

En resumen: el artículo 789 debe entenderse, nó en un sentido absoluto, sino relativo, pues cualquiera puede tener posesión irregular de un inmueble, no sólo sin existir cancelación del título inscrito, sino también sin haber registro posterior, pues así lo exige la no contradicción con el artículo 2531; y puede tener posesión regular de él, aunque no haya la cancelación por los únicos medios exigidos por el artículo 788, siempre que exista un título *justo* registrado, pues es preciso que el Legislador no diga *sí* y *no* respecto a una misma cosa: que afirme en los artículos 791 y 1781, lo que niega en el 789.

Nos hemos detenido en este punto pues de él se desprenden consecuencias importantes, ya que para adquirir el dominio por prescripción hay que saber qué clase de posesión se tiene, si regular o irregular, pues para la primera, existe la prescripción ordinaria y para la segunda, la extraordinaria; y ya que el Código no es claro, sino por el contrario, en demasía obscuro cuando habla de posesión inscrita, se debe procurar esclarecerlo, coordinando en lo posible aquellas disposiciones que parezcan incongruentes, para formar un todo armónico. Qué realidad habría en los artículos de nuestro Código que hablan de prescripción, si en los bienes raíces cuyo título este inscrito no se adquiere la posesión sino por medio de la cancelación de la anterior inscripción, cancelación que no puede hacerla sino el propietario, quien tiene dominio, quien tiene título inscrito?. Ninguna. Nadie podría prescribir un inmueble cuyo título estuviese registrado, aun cuando ejercitase todos los atributos de la posesión, aun cuando disfrutase de él como verdadero dueño, y aun cuando permaneciese así cien años, si no se había cancelado la anterior inscripción; es decir: por prescripción solo adquiriría el dominio quien ya lo tuviese de antemano; serviría sólo para adquirir lo que se tiene.

Más adelante, y sobretudo al entrar de lleno en el estudio de las acciones posesorias de minas, tendremos ocasión de apuntar otras irregularidades y confusiones que trae, irremediablemente, la posesión inscrita.

BUENA FE

Otro de los requisitos exigidos para que haya posesión regular es la buena fe; de tal suerte que si ella no existe, aunque el título sea justo, no hay posesión regular.

La buena fe es el convencimiento de que el dominio de la cosa se ha obtenido de manera legítima, sin mediar fraude ni otro vicio ninguno. Es algo subjetivo, que pertenece a un acto

de la conciencia, razón por la cual la ley presume que existe, con algunas excepciones, mientras no se pruebe lo contrario: «La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros casos, la mala fe deberá probarse». (Art. 769).

Esta tesis ha sido admitida en la casi totalidad de las legislaciones, pues como ya se dijo, siendo la buena fe un acto interno de cada cual, es lo natural que se presuma su existencia mientras no se haya probado con claridad que no existe, por haber circunstancias que absolutamente la hagan imposible.

Como en la creencia de haberse adquirido la cosa de quien era verdadero dueño, sin fraude ni ningún otro vicio, puede haber error, la ley lo estudia en el artículo 768 que dice: «Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe. Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.»

Hay pues dos clases de errores: error de *hecho*, y error de *derecho*. El primero no se opone a la buena fe; el segundo constituye una presunción de mala fe, pero no una presunción legal sino de derecho, puesto que no admite prueba en contrario.

Error de hecho

Es aquel en que incurrimos cuando nos equivocamos respecto a la existencia de un hecho o de sus circunstancias, así v, g. si se contrata con una mujer casada, sin autorización de su marido, pero ignorando que ella sea casada, se incurre en un error de hecho y por lo tanto se obra de buena fe.

Error de derecho

Es aquel en que incurrimos por ignorar la ley, o por interpretarla falsamente. Así, en el ejemplo anterior, si se contrata con una mujer, sin autorización de su marido, pero no por que se ignore que ella sea casada, sino que la ley exige la autorización del marido, se incurre en un error de derecho, y por lo tanto la ley supone que se obra de mala fe.

Esta presunción de derecho tiene su fundamento en que la ley debe ser observada por todos, pues ha sido suficientemente promulgada, y al establecer la excepción para un caso todos querrían hallarse en él, y la ley sería un mito, pues con solo alegar que se ignoraba se verían excusados de cumplirla: «No podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia, según los artículos anteriores. (artículo 56 Código Político y Municipal).

Pero para que la posesión regular exista no necesita que la buena fe perdure después de adquirida la posesión: basta que en el momento de adquirirla se tenga. Así, se compra una casa a una persona cualquiera, haciéndose la tradición de ella por medio del registro, en la convicción de que el enajenante es el verdadero dueño, y más tarde se llega a saber que no lo era, no por ello se pierde la posesión regular aunque en realidad de ver-

dad se siga poseyendo de mala fe, pues se había tenido buena fe al adquirirla.

Si por el contrario cuando se compró la cosa se creyó hacerlo a quien no era legítimo dueño, y más tarde se supo que sí lo era, habrá posesión irregular por haber habido mala fe al principio.

Pero esto es únicamente tratándose de prescripción, pues cuando se trata de reivindicación, el poseedor vencido tiene derecho de conservar los frutos naturales o civiles, siempre que en el momento de la percepción hubiere tenido buena fe; e igualmente, tiene derecho a que le reembolsen las expensas y mejoras, si cuando fueron hechas no tuvo mala fe. Esta doctrina la establece el artículo 969: «la buena o mala fe del poseedor se refiere relativamente a los frutos, al tiempo de la percepción y relativamente a las expensas y mejoras, al tiempo en que fueron hechas.» Así, si A., compra una finca a B., que no es verdadero dueño de ella, pero A., lo hace en el convencimiento de que B., es propietario, A., será poseedor regular y prescribirá por lo tanto en diez años, aun cuando más tarde averiguase que B., no era dueño de la finca enajenada. Pero si el verdadero dueño entablare una acción de dominio y A., fuese vencido, sería obligado a restituir los frutos percibidos en la época en que ya sabía que el enajenante no era dueño.

POSESION IRREGULAR

«Posesión irregular es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el 764»; es decir, de justo título o de buena fe, si se trata de adquirir posesión por ocupación, prescripción o accesión, que son títulos constitutivos de dominio; y de tradición, aun cuando haya justo título y buena fe, si la posesión se basa en un título traslativo de dominio, como venta, permuta, donación. De tal modo que si se tiene justo título, pero falta buena fe; si hay buena fe, pero falta el justo título; o si existiendo ambos, falta la tradición y es necesaria; o en fin, cuando faltan todos estos elementos, hay posesión irregular.

POSESION VICIOSA

Aun cuando toda posesión irregular es viciosa, sin embargo, como muy bien observa el Dr. Fernando Vélez, parece que la ley hubiera reservado ese calificativo para las posesiones violenta y clandestina, por lo supremamente irregulares que son.

POSESION VIOLENTA

Posesión violenta es la que tiene su origen en la fuerza, la cual puede ser actual o inminente.

Desde que la violencia supone en quien la ejercita un ánimo rebelde al orden social, ya que desdénando los medios legales de que puede servirse para adquirir la posesión, emplea la fuerza, medio inapropiado y primitivo, es natural y justo que la ley

señale esa posesión como incapaz de originar derechos en favor de quien la tiene.

Si un individuo sirviéndose de la fuerza priva de una cosa, con el ánimo de hacerla suya, a otro, adquiere una posesión violenta, y, ésto, aunque tuviese un justo título y obrase de buena fe, pues lo que se castiga es el medio empleado.

El Legislador en vista de lo irregular y antisocial de la violencia, da una acción especial a quien la sufre, aunque sólo sea mero tenedor, para que las cosas se restablezcan al estado anterior a la violencia (artículo 984).

Pero no es preciso que la fuerza sea actual; puede ser sólo inminente, es decir, puede que aun no se haya verificado. si el peligro de verificarse es tal que priva de su libertad a la víctima. Así, si una persona amenaza a otra con arrebatarle por la fuerza un objeto, amenaza que verdaderamente llevará a efecto, y el otro amedrentado abandona en manos de aquél la cosa, ha habido violencia, y por tanto la posesión que adquiere el que amenaza es violenta.

«El que en ausencia del dueño se apodera de la cosa y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento (artículo 773), puesto que para conservar una cosa que no le pertenece y privar al dueño del goce de ella, lo repele brutalmente por medio de la fuerza.

Pero para que haya el vicio de violencia no es necesario que se ejecute contra el verdadero dueño, o que quien la emplee lo haga personalmente, puesto que tratándose de algo que es un atentado contra la armonía de la sociedad, no deben imponerse limitaciones ni establecerse diferencias: «Existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar y a nombre de otro.»

«Lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes y que se ejecute con su consentimiento, o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente.»

POSESION CLANDESTINA

«Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho a oponerse a ella». En el derecho romano una posesión era clandestina si en su origen lo había sido, aun cuando después hubiese cesado la clandestinidad. Y a la inversa, si al principio no había sido clandestina, aunque más tarde lo fuese, no había clandestinidad en ella; se consideraba, pues, respecto al momento adquisitivo.

Pero según está redactado el artículo que la define, no parece que nuestra legislación siguiese ese principio, pues al decir que posesión clandestina es la que se *ejerce* ocultándola etc., da a entender que no se tiene en cuenta el origen para saber si es, o no, clandestina, sino que aun cuando no lo sea en su principio, puede serlo si más tarde se ejerce de ese modo; de la misma manera, puede que se adquiera con clandestinidad y sin embargo, si posteriormente se ejerce sin ocultarla a quien tenga de-

recho a oponerse a ella, la posesión no adolecerá del vicio primitivo.

Este punto es demasiado interesante y no hay que perderlo de vista, lo mismo que aquel otro, enunciado ya, de que la posesión es violenta, si se empleó la fuerza en el instante de adquirirla, aunque con posterioridad cese, pues en ello se basa, en nuestro sentir, la prescripción o no prescripción adquisitiva del dominio por parte de quien tenga una u otra clase de posesión viciosa.

Puede favorecerse con la prescripción el poseedor violento?

El Dr. Fernando Vélez sostiene que en manera alguna puede el poseedor violento adquirir el dominio de la cosa por prescripción. Acaso esté en la verdad, aunque no lo creemos, pues de la definición misma del artículo 772 que dice ser posesión violenta la que se adquiere por la fuerza, se desprende, en nuestro concepto, que un poseedor será violento si se sirvió de la fuerza en un principio, aunque posteriormente continúe poseyendo con absoluta tranquilidad y de manera pacífica, sin que el propietario intente reivindicar su derecho; y siendo esto así, no hay una razón jurídica ni filosófica que impida la adquisición del dominio por prescripción, pues si se empleó la fuerza en un principio, pero posteriormente se poseyó de manera pacífica, pudo el verdadero dueño haber hecho uso de una de tantas acciones que el Código consagra, para poner al abrigo de la justicia su derecho; si no lo hizo, culpa suya fue.

Pero creemos igualmente que no siempre la prescripción adquisitiva favorece al poseedor violento, pues el artículo 2531 trae una excepción para el que habiendo empezado como mero tenedor de una cosa, no pueda probar que la ha poseído sin violencia, entre otras cosas. En ese caso especial conceptuamos que no se puede prescribir, basados en ese artículo, que se justifica plenamente si se tiene en cuenta que el Legislador ha querido establecer una sanción a quien abusó de su particular condición, para hacerse, ayudado por la violencia, poseedor de lo que a nombre de otro tenía. En resumen: el único caso en que no puede prescribir el poseedor violento, es cuando ha empezado como mero tenedor de la cosa. (artículos 772-774-775 y 2531 del Código Civil).

Puede favorecerse con la prescripción el poseedor clandestino?

Creemos que desde que se admita, y nosotros lo admitimos, que el poseedor clandestino es el que *ejerce* la posesión ocultándola, y no el que la haya adquirido de ese modo, es imposible que pueda favorecerse con la prescripción adquisitiva al que de tal suerte posee, pues el verdadero dueño no puede oponerse a esa posesión, ya que el otro la oculta; y sería un tanto injurídico e ilógico que dadas esas circunstancias, pudiera adquirir el dominio de la cosa por prescripción el poseedor clandestino.

Pasa, pues, aquí algo muy diverso a lo que acontece en la posesión violenta, ya que en ésta se tiene en cuenta, no el ejercicio, sino el instante de adquirir, y en aquélla, a la inversa, se atiende, nó al momento adquisitivo de la posesión (como sucedía entre los romanos), sino al ejercicio mismo de ella.

MERA TENENCIA

En el derecho romano, como atrás dijimos, y en unas pocas legislaciones modernas, entre ellas la española y la alemana, la mera tenencia y la posesión se confunden, ya que no siempre exigen para que exista esta última el *animus-domini*, elemento espiritual, bastando la simple unión material pero consciente con el objeto. Esta tesis ha sido rechazada por la casi totalidad de las modernas legislaciones, que distinguen perfectamente la mera tenencia de la posesión, ya que para que esta última tenga lugar exigen que la unión material esté acompañada de una voluntad de dominio.

Con frecuencia se confunden los términos tenencia y mera-tenencia, siendo así que ellos se distinguen sustancialmente, ya que la palabra tenencia es genérica y comprende tanto al poseedor como al mero tenedor, pues ambos tienen la cosa, al paso que mera tenencia es término que excluye toda idea de posesión, pues indica necesariamente algo pasajero y fugaz, y da la idea de que el dominio y por consiguiente la posesión, están radicados en otro sujeto.

Es, pues, tenedor de una cosa, tanto quien la tiene siendo dueño de ella, como reconociendo dominio ajeno; pero es mero tenedor, únicamente quien está despojado en absoluto de toda voluntad de dominio.

Siendo característico del mero tenedor la ausencia del *animus domini*, es natural que no puede convertirse en poseedor por el solo transcurso de tiempo, si no media otro título capaz de originar el cambio, pues en tanto que permanezca sin ánimo de dueño, aunque transcurran siglos, no puede sobrevenir el hecho de la posesión, que exige como elemento indispensable la voluntad de dominio. Por eso ha dicho muy bien nuestro Código, que «el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión».

Un individuo, pues, que empieza a tener una cosa reconociendo dominio ajeno, como arrendatario., v. g., no puede adquirir el dominio de ella por prescripción, mientras continúe en la calidad de tal. Pero sí puede, si en un momento dado desconoce de hecho ese estado de cosas, ejecutando actos incompatibles con la mera tenencia, adquirir el dominio por prescripción, pues entonces ha sobrevenido un título distinto al anterior, que es capaz de destruir con el transcurso del tiempo el derecho que sobre la cosa tenía el arrendador.

En ese sentido se expresa el artículo 2531, el cual dice que a pesar de haber un título de mera tenencia puede prescribirse, siempre que quien se dice dueño, no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido su dominio, ya expresa,

ya tácitamente, por quien alega prescripción; y que ese último pruebe haber poseído, sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por el mismo espacio de tiempo.

Pero con este artículo se presenta también la dificultad que ya anotamos, cuando lo que se trata de prescribir es un inmueble, de la cancelación de la inscripción, de que nos habla el artículo 789, pues a interpretarse éste estrictamente, es en un todo contrario al 2531, puesto que, «mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente», y, por lo tanto, el que quiere prescribir no puede hacerlo, pues la cancelación en la forma exigida por el artículo 789 es imposible. Hay, por tanto, que interpretarlo de la manera que atrás indicamos, para poder conciliar las dos disposiciones, para que pueda tener efecto el artículo 2531 y los demás que consagran la prescripción como modo de adquirir el dominio de las cosas.

Conviene observar que aun el mero tenedor tiene, según nuestro Código, una acción posesoria para recuperar la tenencia de que ha sido privado violentamente (artículo 984). Esta acción concedida al mero tenedor se funda en un alto principio social, pues no está bien que los asociados se hagan justicia por sí mismos, en lugar de acudir a la autoridad, a cuyo cuidado está hacer que la justicia se imparta y que el bien general sea una realidad salvadora.

Adquisición, conservación y pérdida de la posesión

ADQUISICION Y CONSERVACION

La posesión se adquiere en el momento en que los dos elementos que la forman se reúnen en un determinado sujeto, es decir, cuando alguien une a la tenencia de la cosa el ánimo de señor o dueño.

Para adquirir la posesión se necesita, ante todo, capacidad; pues requiriéndose la voluntad de señor es imposible que quien, ya por sus pocos años, o porque una enfermedad mental le prive del funcionamiento normal de sus facultades, pueda tenerla. Por eso el artículo 784, que en su inciso primero consagra la doctrina de que los que no pueden administrar libremente lo suyo, pueden, sin embargo, adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión natural o legal, dice en el segundo, que «los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros.»

Para esa voluntad positiva que se exige para adquirir, no es necesaria para conservar, pues nadie diría que una persona por perder la voluntad al caer en la demencia, pierde la posesión de sus bienes, pues a ser así, como observa el Dr. Vélez, al caer

en el sueño, como no puede ejercer la voluntad de dominio, perdería también la posesión de ella.

Para conservar, pues, la posesión basta que la voluntad no se exprese en un sentido negativo incompatible con ella, si además se conserva la tenencia.

Como la posesión puede estar unida o separada del dominio, es preciso estudiar como se adquiere cada una de ellas, pues a haberlas confundido se deben las contradicciones y dificultades que se presentan a cada paso.

La posesión unida al dominio no puede adquirirse sino con éste, y por lo tanto, sólo por uno de los modos de adquirir aquél: ocupación, accesión, sucesión por causa de muerte y prescripción.

Esta posesión puede ser también regular o irregular, siendo de la primera clase, cuando con el justo título (que indispensablemente la acompaña, pues al estar unida al dominio el título tiene que ser justo) concurre la buena fe en el momento adquisitivo; y de la segunda, es decir, irregular, cuando hubo mala fe en el instante de adquirir. Así, si se compra a su legítimo dueño un objeto cualquiera sabiendo que se hacía a quien era propietario, se adquiere mediante la tradición la posesión regular unida al dominio. Si por el contrario en el momento de contratar se creía hacerlo con quien no era dueño, con quien no tenía derecho sobre la cosa, aunque más tarde se averigüe que sí lo era, se tendrá una posesión unida al dominio, pero posesión irregular, puesto que hubo mala fe en el principio de ella.

La posesión separada del dominio, si es regular, exige naturalmente el justo título, la buena fe y la correspondiente tradición, cuando el título es traslativo; si irregular, no necesita ninguno de estos elementos, bastando la tenencia material y el ánimo de propietario pues «se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya» (artículo 787). Esto, en tratándose de bienes muebles, no presta ninguna dificultad, pues de acuerdo con el artículo anterior, si alguien se apodera de un caballo con ánimo de hacerlo suyo, adquiere la posesión irregular de él, y sin embargo, ni hay justo título, ni buena fe, ni tradición.

Pero tratándose de bienes raíces, en que la inscripción en el registro de instrumentos públicos se presenta como escollo, hay lugar a dudas y se han emitido diversos y distanciados conceptos.

Aun cuando al estudiar el justo título tocamos ese punto y dímos a conocer nuestra opinión, volvemos sobre él para mejor inteligencia del asunto.

Dos cuestiones o problemas se presentan para resolver en la adquisición de la posesión separada del dominio, de bienes raíces, según sea la clase de posesión, si regular o irregular. Estudiaremos los dos puntos separadamente.

1º.—Para adquirir la posesión regular pero separada del dominio de un bien raíz, es necesario que haya buena fe, justo título y tradición, que en los inmuebles se verifica por la inscripción. Pero esa tradición o inscripción puede hacerla, y necesariamente la hace, quien no es propietario, pues aun cuando el

artículo 789 exige la cancelación de la anterior inscripción, la que sólo puede verificar el verdadero dueño, ese artículo no puede entenderse sino cuando se trata de posesión unida al dominio, pues de lo contrario equivaldría a negar la prescripción ordinaria en los inmuebles cuyo título estuviese registrado, y a no aceptar para ellos sino la posesión-dominio. Además, el artículo 791, que es posterior, da a entender que el enajenante no dueño puede hacer cesar la posesión anterior, haciendo inscribir el título: «Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción». Al decir el artículo que si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro la enajena dándose por dueño, no se pierde de una parte ni se adquiere de otra la posesión sin la competente inscripción, es claro que da al usurpador la facultad de hacer la competente inscripción, pues bien presente debió tener el Legislador que a un mero tenedor, que usurpa la cosa con el objetivo de lucrarse de ella, le es imposible, dada su situación, hacer que el verdadero dueño haga la inscripción. Y entonces, qué objeto tiene la última parte del artículo?. Para que mencionar allí competente inscripción?

El Dr. Fernando Vélez, en sus comentarios al Código Civil Colombiano, al tratar este punto parece inclinarse a la tesis exagerada de que el único medio de adquirir la posesión de bienes raíces inscritos, es el de la cancelación de la inscripción anterior hecha por el verdadero dueño; así se desprende de un ejemplo suyo. «Pero si la cosa dice, que tiene Pedro a nombre de Juan, es un inmueble, que este posee en virtud de título inscrito, entonces aunque lo enajene como propio, como no puede cancelar la inscripción en favor de Juan éste no pierde la posesión, ni la adquiere el tercero.»

Mucho sentimos no pensar del mismo modo que el Dr. Vélez, una de las más sustantivas autoridades en esta materia, pero nos es imposible aceptar su opinión, aun a riesgo de salir poco airados en nuestro intento, pues es repugnante a quien trata de conseguir un criterio propio seguir en todo a los demás y con mayor razón en puntos tan discutibles como éste. Y si de autoridades se trata, el más alto Tribunal del país, la Corte Suprema, en sentencia de 28 de agosto de 1.907 sienta una doctrina que está en un todo acorde con nuestro modo de pensar al respecto. Dice: «Si siempre que se tenga título inscrito de un inmueble no es posible que otra persona distinta llegue a poseerlo sin que se cancele la primitiva inscripción por uno de los medios que la misma disposición establece, serían letra muerta varias de las disposiciones del Código, entre otras la del artículo 1.781.»

«Reconoce éste como válida la venta de cosa ajena, salvo los derechos del dueño mientras no se hayan extinguido por la prescripción. Consagra pues el principio de que el comprador de una cosa ajena puede prescribirla. Para prescribir se necesita poseer, y en tratándose de inmuebles la tradición se verifica mediante la inscripción.»

«El comprador de un inmueble ajeno no está, ni puede estarlo, en ninguno de los casos del primer miembro del artículo 789

tántas veces citado, pues su título no proviene del derecho del dueño, y si no obstante esta circunstancia se le considera poseedor si tiene inscrito su título y está en la tenencia de la cosa, hechos que le dan derecho a prescribir sin que su título esté enlazado con el del verdadero dueño y sin que el registro a favor de éste se haya cancelado por su propia voluntad o mandato judicial, parece evidente que la disposición legal mencionada no contempla el caso de una posesión inscrita, que se opone a la primitiva».

Además, estudiando el artículo 2526 del C. C. que dice: «Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo, «se ve claramente que el segundo título que se menciona en él no pudo ser inscrito por el poseedor del primero, por el dueño, pues entonces no habría por qué prescribir, ya que por él se había transferido el dominio.

2º.—Para adquirir la posesión irregular separada del dominio, en los bienes raíces, no es necesario justo título, ni buena fe, ni tradición. Pero vuelve a presentarse la misma dificultad del registro: «Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por la inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ellas, sino por este medio» (artículo 785). De acuerdo con nuestra opinión, este artículo sólo se refiere a la posesión unida al dominio, cuya inscripción debe hacerla el propietario, o a la separada de él, pero regular, cuya inscripción hace el no dueño, pero de ningún modo a la irregular sin dominio. Si se nos objetase que el artículo 2526, que atrás copiamos, dice que contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, etc., sino en virtud de otro título inscrito, responderíamos que ese artículo sólo se refiere a la posesión regular (separada del dominio), pues de lo contrario estaría en contradicción con el 2531, que consagra la doctrina de que si un individuo empieza como mero tenedor de un bien, y luego, por espacio de treinta años, sin clandestinidad ni interrupción, ejecuta actos incompatibles con su calidad primitiva de mero tenedor, desconociendo los derechos del dueño, adquiere el dominio por prescripción extraordinaria. Y a nadie se escapa que el tal individuo no puede tener título inscrito.

Por otra parte, estudiando detenidamente el artículo 785 y comparándolo y armonizándolo con los demás del Código, especialmente con el 2531, se deduce que él sólo se refiere a aquellas posesiones en las cuales se necesita tradición, pues lo que quiere, en nuestro sentir, es recalcar sobre la doctrina de que la tradición en los inmuebles se verifica por la inscripción en el registro de instrumentos públicos, y que por tanto cuando dicha tradición sea necesaria, sólo de ese modo simbólico puede efectuarse; y como para la prescripción irregular sin dominio no es precisa, no queda comprendida en él.

Representación

La posesión puede adquirirla directamente la persona interesada, o indirectamente, por mediación de sus mandatarios o representantes legales, pues reconociendo, como reconoce nuestra legislación, y con ella todas las modernas, el principio de la representación, en virtud del cual una persona puede ejecutar sus actos por sí o por medio de otra, es claro que al tratarse de adquirir la posesión se aplique ese principio. Así lo establece el artículo 781: «La posesión puede tomarse, no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por sus mandatarios o por sus representantes legales».

Si el representante legal o legítimo toma posesión en nombre de su representado éste la adquiere desde el momento mismo en que fue tomada aunque no tenga conocimiento de ello, pues supone la ley que el mandante tiene el ánimo de adquirirla desde el instante en que dió a su representante legítimo la facultad de tomarla en su nombre. Y si es un representante legal, como la ley lo ha autorizado, para que llene la deficiencia del incapaz, es claro que éste adquiere la posesión desde que su representante exteriorice en su nombre la voluntad de dominio y llene los demás requisitos exigidos para que haya posesión.

Pero si quien toma la posesión a nombre de otro no es su mandatario ni su representante legal, aquél en cuyo nombre se toma no la adquiere sino aceptándola una vez reconocida, pues es lógico que no teniendo autorización legítima ni legal para tomarla por otro, éste otro no puede tener voluntad de adquirir. Pero si el representado acepta el hecho ejecutado, la ley, por una ficción, supone que adquirió la posesión desde el momento en que fue tomada a su nombre. Esta doctrina consagra el artículo 782.

MODOS DE PERDER LA POSESION

La posesión se puede perder ya voluntariamente, ya involuntariamente. Se pierde voluntariamente cuando enajenamos la cosa a otro, pues en tal caso es evidente que no queremos poseerla más; o cuando la abandonamos, como el caso de tirar una moneda a la calle para que la ocupe cualquier transeunte, pues renunciamos a su dominio. Pero puede haber ocasiones en que el abandono no implique pérdida del dominio, como cuando en un naufragio se arrojan objetos al agua, pues allí no hay en el dueño voluntad de desposeerse de la propiedad de ellos, sino que movido por una necesidad superior, la conservación de la vida, los abandona sin intención de perderlos definitivamente.

Se deja de poseer voluntariamente desde el momento en que otro se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya, ya violentamente, despojando de ella al poseedor o al que la tuviere en su nombre; ya sin mediar la fuerza en la usurpación; «se deja de poseer una cosa desde que otro se apodere de ella con ánimo de hacerla suya etc».

La posesión de un bien mueble no se pierde porque un extravío pasajero prive de su tenencia material al propietario, pues en ese caso la cosa no ha salido del poder de su dueño, ni otro ha adquirido la posesión de ella. Así, si alguien pierde en su casa un anillo, o mejor dicho, no recuerda el lugar donde lo ha colocado, no deja de poseerlo por ese sólo hecho. Cosa muy diversa parece si otro se apodera de él con ánimo de hacerlo suyo, pues entonces se pierde de una parte y se adquiere de otra la posesión. Así lo reconoce el artículo 788: «La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero».

Posesión de las minas

La posesión la trata nuestro Código de Minas en su capítulo 17, siguiendo más o menos de cerca las reglas que establece el Código Civil sobre posesión general, apartándose sólo en algunos puntos, unas veces con sólido fundamento, y otras, despojado de él, caprichosa e irregularmente.

En el Código de Minas que hoy rige son muchos los vacíos que es preciso llenar, y muchas las impropiedades que se encuentran, pues siendo como es obra de hombres, que si ilustrados, no tenían la suficiente preparación para legislar sobre una materia tan complicada como la de minas, es natural que haya magnos errores. No quiere decir esto que la obra sea por un todo rechazable, nó; ella en su conjunto general es digna de alabanza, y más si se tiene presente que es algo muy nuestro, de un agradable sabor nacional, ya que no se recurrió a adoptar códigos extranjeros sobre la materia sino que se fabricó uno en nuestros propios astilleros. Pero como labor de hombres que es y, más aún, labor de hombres más acostumbrados a los trabajos sencillos del campo, más adaptados a un medio ambiente primitivo y patriarcal que a la complicada y difícil tarea legislativa, es imperfecto y necesita una total revisión y una pronta reforma; máxime si se considera que no está a la altura de las necesidades y exigencias de hoy, pues los tiempos son muy otros, y el Código, que en algunos puntos es muy bueno para la época que corría cuando se dictó, no lo es hoy que el progreso lo ha trastornado y transformado todo. Pero nos estamos saliendo de la materia que debemos tratar; fuerza es concretarnos.

Nuestros Legisladores se dieron a la tarea de emplear una misma palabra para designar las cosas más distanciadas y diversas, como si la lengua de Castilla, rica y fecunda hasta el exceso, se hubiese agotado para ellos, no proporcionándoles vocablos suficientes para denominar sus concepciones, y teniendo, por tanto, que servirse de una sola palabra para designar tres o cuatro cosas bien distintas, si no contradictorias.

Y esta deficiencia que anotamos en el Código Civil al hablar de títulos, pues designa con este nombre tanto la causa que origina derechos, como las pruebas materiales que los acreditan, y luego los asimila y confunde, se encuentra también en el de

Minas, cuando llama *posesión* de la mina a la *entrega* que de ella hace al denunciante el comisionado, y que es una mera diligencia, una formalidad que precede a la expedición del título, que como adelante se verá, es la manera de adquirir la verdadera posesión de las minas.

Esta confusión de términos acarrea graves dificultades y conflictos y da lugar a que se confunda la verdadera posesión, de que habla el capítulo 17, con la entrega de que trata el capítulo 50-, siendo dos cosas bien distintas.

Es preciso, pues, tener muy presente la sustancial diferencia que existe entre las dos cosas que el Código llama posesión, para no aplicar las disposiciones de la una a la otra, entablando un tráfico que en manera alguna puede aceptarse. Posteriormente tendremos ocasión de mostrar las graves consecuencias que trae la confusión anotada.

El Código de Minas define así la posesión: «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.»

«En las minas para el efecto de constituir y conservar la posesión, el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina».

Como se ve, el Código de Minas la define lo mismo que el Civil, con la diferencia de que quita el 2º inciso y en su lugar pone otro distinto, por el que establece la ficción de que la tenencia material de la mina existe mientras el impuesto se pague con puntualidad. De tal suerte que mientras una mina esté titulada y se pague por su dueño el impuesto, aunque otro la tenga materialmente por todo el tiempo que se quiera, no adquirirá posesión ni dominio de ella, pues la ley supone, por una ficción, que quien está pagando el impuesto es quien la ha estado poseyendo materialmente, y no otro; y por tanto no existe prescripción que le favorezca.

En esto es muy consecuente, aunque injusta, la ley. Es lo primero, pues dijo que el pago del impuesto equivalía a la tenencia material, y quitó la prescripción como modo adquisitivo del dominio de las minas. Hay aquí un gran parecido con la inscripción en el registro de Instrumentos Públicos, de que habla el Código Civil, como medio de conservar la posesión de los inmuebles, y nos confirma más en la tesis que sostuvimos al tratar ese punto, pues si se refiriera a la posesión separada del dominio hubiera borrado el Legislador Civil, al igual que el de Minas, la prescripción en tratándose de los dichos bienes, pues es imposible concebir una tan grande inconsecuencia en él.

Pero es injusto el principio en sí mismo, pues no es humano el impedir que quien de buena fe ha gastado sus energías al servicio de una industria, que como la minera contribuye en gran parte al enriquecimiento público, pueda adquirir el dominio de la mina, si un tercero la tiene titulada y paga el exiguo impuesto; pudiendo este último (que por indolencia ha dejado de explotarla), en un momento cualquiera obligarle a que la abandone.

Convendría, pues, establecer que además del título y del pago del impuesto para conservar la tenencia material y la consiguiente posesión de la mina, se exigiera su elaboración; combinando así, la posesión legal con la material, y pudiendo, por tanto, terceros adquirir el dominio de las minas por prescripción.

El Código no exige, como se ve, hechos materiales para que la posesión se adquiera y conserve; a este respecto el Dr. Fernando Vélez se equivoca de palmo a palmo, cuando dice: «Después de indicar en el capítulo 5º de este Código (el de Minas) la manera como debe darse la posesión de las minas, manera que requiere hechos materiales, de lo que se deduce que la posesión de las minas no puede adquirirse por el simple registro del título respectivo etc.», pues asegura allí que la posesión exige actos materiales, incurriendo en la confusión que apuntamos ya entre *entrega* de la mina, impropriamente llamada posesión, y la *posesión* en su estricto sentido; lo que pone de relieve las consecuencias que trae la poca propiedad del Legislador, ya que ni personas tan eruditas y versadas en la ciencia jurídica, como lo es sin duda el Dr. Fernando Vélez, pueden librarse de confundir cosas distintas, pero que el Legislador ha dado en llamar con un mismo nombre.

Al suprimir en el artículo 289 del Código de Minas, el 2º inciso del 762 del Código Civil, se obró en atención a que estableciendo ese mismo Código de Minas que el pago del impuesto equivale a la tenencia material, y que por la expedición del título se adquiere la posesión regular, descartó de hecho el inciso mencionado.

Divide el Código la posesión de las minas en regular, violenta, clandestina y ordinaria, separándose del Código Civil, puesto que crea una clase distinta de posesión, la ordinaria, que no trae aquel Código.

POSESION REGULAR

«Posesión regular es la que tiene el dueño de una mina titulada, que paga puntualmente el impuesto establecido en el capítulo 11. Esta es la verdadera posesión, que a las demás enunciadas no puede dárseles con la propiedad deseable el carácter de tal, como demostraremos luego. Se adquiere «por la expedición del título y se conserva por el pago del impuesto». Mientras esto se verifique, nadie podrá hacer cesar la posesión regular pues únicamente se «pierde por el hecho de dejarse de pagar puntualmente el impuesto respectivo».

En esto, como dijimos, hay exageración, y sería conveniente no hacer tan inflexible ese principio, para bien de la industria y de los asociados.

Puede darse el caso de que existan respecto a una misma mina dos o más poseedores regulares, puesto que cualquiera puede hacer que se le expida el título de la que ya otro tenga titulada, y pagar puntualmente el impuesto. En ese caso se considerará como propietario de la mina el que posee título más antiguo, pues según el artículo 325, «entre dos o más poseedores regula-

res, habrá preferencia por razón de antigüedad, computándose ésta por las fechas de los títulos, según el artículo 93».

Como dijimos, la posesión regular es la verdadera posesión y prevalece sobre todas las demás: «el derecho del poseedor regular es siempre preferido al de todo otro poseedor».

POSESIONES VIOLENTA Y CLANDESTINA

Las posesiones *violenta* y *clandestina*, de que habla el Código de Minas, no se diferencian de las que trata el Código Civil, pues fueron copiados textualmente de él. Divide la fuerza que puede haber en la violencia, en actual o inminente y hace, en fin, todas las distinciones que ya se comentaron al tratar de la posesión en general.

Todo eso está por demás, pues aunque no hubiese hablado detalladamente de esas dos clases de posesión, se hubieran sobreentendido, se hubieran aplicado las reglas del Código Civil sin necesidad de intercalarlas, como lo hace; lo mismo con las demás disposiciones que tiene este capítulo completamente iguales a las del Código Civil.

«La *posesión violenta* se adquiere por el hecho de ocupar la mina materialmente, con las circunstancias detalladas en los artículos 292, 293, y 294,» es decir, cuando interviene la fuerza, actual o inminente, bien por que la empleó la persona interesada o sus agentes, contra el dueño de la mina, o contra quien la poseía sin serlo, «o contra el que la tenía en lugar y a nombre de otro».

«Si un poseedor ordinario, para conservar la posesión, tuviere que ejecutar alguna acción de violencia, o que obrar con clandestinidad, dicha posesión se convertirá en violenta o clandestina, según el caso», pues ya entonces deja los medios pacíficos o francos, para emplear la fuerza, o para ocultar la posesión a quien puede oponerse a ella, y queda, por tanto, tocada de uno de tales vicios su posesión.

«La *posesión clandestina* se adquiere desde que se ocupa materialmente la mina, ocultándole el hecho al que pudiera oponerse a ella», o también en el caso contemplado por el artículo 311. Lo que nos parece muy difícil, por no decir imposible, es que se pueda poseer materialmente una mina, lo que implica su explotación, ocultándola a otro. No creemos pueda suceder el caso.

POSESION ORDINARIA

«Es *posesión ordinaria*—dice el artículo 296—la que no pertenece a ninguna de las clases anteriores». Esta definición es demasiado imprecisa, pero el Código más adelante cuando trata de los modos de adquirir y perder la posesión, concreta más el punto en los artículos 304, 305 y 310, marcando en ellos las diferentes clases de posesión ordinaria. La primera de ellas es la que se origina del aviso, según el artículo 304: «La posesión ordinaria se adquiere desde el momento en que se dé el aviso de

que hablan los artículos 8, 79, 346 y 547». Esta primera clase de posesión ordinaria no tiene razón de ser, ni trae consecuencia alguna, lo mismo que las otras dos, que analizaremos a continuación, pues el avisante de una mina no tiene propiamente derecho, aunque la ley le denomine poseedor ordinario, denominación que de nada práctico le sirve, ya que si quiere beneficiarse de la mina, necesariamente tiene que activar y adelantar diligencias posteriores al aviso, hasta obtener el título, y por consiguiente la posesión regular, so pena de que la mina caiga en abandono. El avisante sólo tiene, pues, una expectativa de derecho y no puede, por tanto, permanecer indefinidamente en su calidad de tal.

Se nos dirá que esa primera clase de posesión ordinaria sí tiene ventajas, puesto que da derecho para tomar aguas, cortar maderas, elaborar la mina, etc. etc., pero si se tiene en cuenta que esas ventajas son concedidas al avisante, no por ser poseedor de la mina, sino porque persiguiendo, como persigue, un título en virtud del cual el Estado le concede el dominio sobre ella, necesita saber si en verdad hay una riqueza oculta de que él pueda beneficiarse, pues de lo contrario podría hacer un mal negocio, si una vez expedido el título y pagado los impuestos y derechos exigidos, la mina no respondía a las esperanzas de su descubridor. No era, pues, necesario que la ley, para conceder esas garantías, llamase ese estado de cosas posesión. En cuanto a que tiene derecho a ejercer algunas acciones posesorias, ello es debido, no a que tenga una posesión que defender, sino a que teniendo un derecho preferente al de toda otra persona por el hecho de aviso, necesita que se respete su situación, y que la ley le conceda garantías especiales y le dé protección.

La segunda clase de posesión ordinaria es la que tiene el ocupante material de una mina, sin mediar violencia ni clandestinidad; así lo expresa el artículo 305: «También se obtiene la posesión ordinaria de una mina desde que un individuo la ocupó materialmente, sin violencia ni clandestinidad».

La tercera y última especie de posesión ordinaria es la que tiene una persona si pierde «la posesión regular de una mina, pero conserva la tenencia material».

Estas dos últimas clases de posesión ordinaria guardan gran analogía, y tienen mucho menos razón de ser que la primera, con la cual tienen gran diferencia, pues aparte de carecer de una acción para defenderla se pierde: en el momento en que el primer extraño da el aviso de que tratan los artículos 8 y 346, pues desde entonces adquiere mejor derecho a la mina. Se presenta también el caso de que de dos poseedores ordinarios haya uno, como en el caso anterior, con derecho preferente, y lo que es más todavía que sea ese favorecido el poseedor posterior.

La existencia de esa rara posesión se debe a que siguiendo nuestro Legislador Minero muy de cerca al Código Civil, y existiendo en éste la posesión irregular, le pareció necesario y corriente crear una que se le pareciese y la llamó *ordinaria*. Pero dicha posesión carece de importancia y pudiera prescindirse perfectamente de ella.

Según dice el artículo 312, «tanto la posesión ordinaria co-

mo la violenta y la clandestina, se pierden por el hecho de desamparar la mina», lo cual es muy claro, pues dada su anormal situación desde que uno de tales poseedores abandone la mina, como deja de tenerla bajo su poder, deja también de llevar el nombre de poseedor, que la ley misericordiosamente le concede. Lo que si no es muy claro, ni muy propio, es que el artículo diga *desamparar*, por desocupar, puesto que ellos no pierden ningún derecho, ya que nadie da más de lo que tiene, y por tanto, no tienen que desamparar.

Los artículos 302 y 314 son los mismos exactamente del Código Civil, y tratan de que la posesión puede darse directamente al interesado, o a un representante suyo, legal o legítimo.

El 301 establece las mismas presunciones legales que el 780 del Código Civil, pues es su fiel copia, y tan fiel, que ni siquiera corrige aquello de *poseer a nombre ajeno*, tan supremamente injurídico.

El 315 dice: «Si el que toma la posesión a nombre de otra persona no es su mandatario ni su representante, no poseerá ésta, sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fué tomada a su nombre». Confundiendo la posesión de que habla este artículo (que es la verdadera), con la toma de posesión o entrega de la mina de que habla el capítulo 5º. confusión a que nos referimos ya, ha sentado la Gobernación de Antioquia una jurisprudencia absurda y poco hermanada con un perspicaz criterio jurídico, resolviendo que si un individuo, por cualquier motivo, no ha constituido un apoderado en la forma legal para recibir la posesión (entrega, con más propiedad) de la mina, como lo exige el artículo 53, puede, basándose en esta disposición del artículo 315, darle un valor de que carece la mencionada entrega, si se presenta al Gobernador y le manifiesta que acepta la *posesión* dada a quien no era su representante legal ni legítimo. Esto equivale a confundir dos cosas diversas, y es deplorable que no se eviten tan funestos errores.

Los demás artículos sobre posesión son textualmente tomados del Código Civil, y por haberlos comentado en su lugar prescindimos de hacerlo nuevamente.

Nos hemos detenido en el estudio de la posesión queriendo llenar lo más cumplidamente posible nuestro cometido; si resultamos demasiado prolijos, pecando por exceso de palabras, sin hacer un trabajo científico, sosteniendo teorías acaso inaceptables, pedimos se nos abone la buena voluntad.

Tratada ya la posesión, quedan puestos los cimientos, echadas las bases generales, para entrar a estudiar las acciones posesorias, objeto directo de esta monografía.

Si la ley negase al titulario de un derecho los medios para hacerlo efectivo, trastornaría el orden social, pues se vería precisado aquel a hacerse justicia por sí mismo cuando le fuese desconocido, resultando de este modo una lucha bárbara, en la que saldría vencedor el que dispusiese de la fuerza que no de la justicia. Es esta la razón por la cual la ley concede una *acción* a quien tiene un derecho, para que lo haga valer cuando le sea violado.

ACCION, pues, es el camino que la ley señala para hacer efectivos los derechos; el medio que concede para que de una manera civilizada y pacífica se hagan respetar.

La acción es una derivación obligada, un reflejo del derecho, ya que éste sin aquélla no pasaría de ser un ente abstracto, ideal, y, por tanto, nulo en la práctica. Qué ganaría un individuo con tener un derecho si pudiera arrebatarle impunemente?

Las acciones varían armónicamente con las circunstancias y los casos. Unas son más breves y sumarias que otras: así, las que tienen por objeto defender un estado de cosas, prescriben en seis meses: las que sirven para recuperar la posesión o para conservarla, en un año; y aquéllas, en fin, que están al servicio del dominio—las reivindicatorias—en un mayor espacio de tiempo.

Las que estudiamos hoy son las posesorias, encargadas de velar, o mejor dicho, de proteger la posesión. Entremos en su estudio.

Acciones posesorias

La posesión, como dijimos, es un hecho, pero un hecho que da lugar a múltiples derechos, entre ellos el principal, la acción concedida a quien la tiene para que la defienda contra los extraños que traten de impedirle su goce, perturbándole; o que se la hayan arrebatado pacífica o violentamente. Y es lógico que estas acciones le sean concedidas a quien tiene la posesión de un bien, pues siendo ésta la manifestación, la exteriorización del dominio, la ley parte del principio de que estando, como es lo natural que estén unidos el hecho y el derecho de un mismo sujeto, al proteger aquél defiende también éste. Es esta la razón por la cual todas las legislaciones, consagran las acciones posesorias, y no, como sostienen algunos, porque la posesión sea un derecho, pues como ya al principio tratamos de evidenciar, la posesión no es, no puede ser más que un hecho.

En el derecho romano se las denominaba interdictos posesorios, nombre con el cual pasaron a la legislación española, y se dividían, según fuese el daño sufrido por el poseedor, en interdicta retinenda-possessions, e interdicta recuperandae-possessions. Los interdicta-retinendae-possessions, como su nombre lo indica, tenían por objeto conservar la posesión, cuando quien la tenía era perturbado en ella; y exigir la reparación de los daños causados. En el derecho antiguo estos interdictos eran dos, según fuese la naturaleza del objeto poseído: el interdicto uti-possidetis, cuando se trataba de bienes raíces, y el interdicto de utri, cuando de bienes muebles.

En el uti possidetis salía triunfante el que tenía la posesión, *nec-vi, nec-clam, nec-precarío*, en el momento en que se pronunciaba el interdicto. En el utri, se tenía presente la posesión pasada, y salía vencedor el que había poseído por más espacio de tiempo en el año anterior, siempre que esa posesión no estuviese afectada de vicio alguno.

El interdicta-recuperandae-possessions, era concedido al que había sido privado de la posesión, para que la recuperase. Era de dos clases: el *interdicta-de-vi*, y el *de-precarío*. Del pri-

mero podía hacer uso el que había sido violentamente despojado, para que se le devolviese la posesión; del segundo, el que había cedido una cosa con la condición de que fuese restituida a su voluntad, para recobrarla, en caso de que hubiese resistencia para la devolución.

En estos principios establecidos por el Derecho Romano sobre acciones posesorias, se basa la doctrina consagrada por nuestra legislación y las modernas, acerca de ellas, apartándose sólo en algunos puntos, como lo veremos en seguida.

«Las acciones posesorias—dice el artículo 972—tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos». De esta disposición se desprende que nuestro Código conserva en su esencia, aunque remotamente, los interdicta-retinendae, y los recuperandae-possessions de los romanos, puesto que según lo dice, las acciones posesorias tienen por objeto unas veces conservar la posesión que ha sido perturbada, y otras, recuperar la que se ha perdido; pero se aparta de la Legislación Romana en que no admite la acción posesoria para defender bienes muebles, al paso que aquélla establecía para estos bienes el interdicto de utri; y en que sí la admite para defender derechos reales constituidos en los inmuebles, mientras que los romanos, como no reconocían la posesión de las cosas incorpóreas, no concedían, consecuentes con ello, las acciones posesorias respectivas, puesto que no tenían posesión que defender.

Más adelante el Código, en su artículo 978, confirma que el poseedor de un derecho real puede defenderlo con acciones, cuando dice: «El usufructuario, el usuario, y el que tiene derecho de habitación, son hábiles para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias dirigidas a conservar o recuperar el goce de sus respectivos derechos, aun contra el propietario mismo», y agrega en su inciso segundo: «las sentencias obtenidas contra el usufructuario, el usuario, o el que tiene derecho de habitación, obligan al propietario; menos si se tratare de la posesión del dominio de la finca, o de derechos anexos a él: en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio»; lo que está muy puesto en razón, pues quien tiene constituido sobre un inmueble un derecho real, tiene la posesión de él, lo cual es muy distinto a tener la posesión de la cosa en sí, y por tanto puede defender su posesión incorporal aún contra el dueño de la cosa gravada con el derecho. Pero no es hábil para discutir la posesión del dominio de la cosa corporal, y por tanto lo que a ese respecto se decida sin intervención del dueño, no obliga ni afecta a éste.

Quien se crea lesionado en su posesión debe irse de manera inteligente y discreta, empezando por hacer uso de aquellas acciones más breves y sumarias, ya que si con ellas nada logra, le queda campo para que en un juicio ordinario compruebe la justicia de su causa; pues si para recuperar la posesión empieza por ejercer una acción reivindicatoria, una vez perdida, no le queda medio alguno que le favorezca.

Cuál es la razón que tuvo el legislador para no conceder acciones posesorias para defender bienes muebles?

La razón aducida por los tratadistas y comentadores, es que en tratándose de bienes muebles alegar posesión es tanto como alegar dominio, o en otros términos, en ellos la posesión equivale a dominio, y por consiguiente la acción que debe entablarse es la reivindicatoria. Por otra parte sería muy difícil, o mejor dicho imposible, que se perturbase a otro en la posesión de un bien mueble.

En caso de ser privado de ella no se tendría que recurrir siempre a ejercitar una acción reivindicatoria, como muy bien lo dice el Dr. Vélez: «Sólo cuando se discute éste (el dominio), por parte competente será necesario un juicio de esa clase. Pero si la cosa le ha sido estafada, hurtada o robada, o por alguna circunstancia distinta, pero que no transmita el dominio a otro, ha salido de su poder, puede lograrla sumariamente, o por medio de la Policía, o del Funcionario de instrucción correspondiente».

«Sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción—dice el artículo 973—como las servidumbres inaparentes o discontinuas no puede haber acción posesoria».

Por que el Legislador no permite que haya acción posesoria sobre las cosas que no pueden prescribirse, como la servidumbre inaparente o discontinua?

La razón es, en nuestro concepto, clara: Las cosas que no pueden ganarse por prescripción no son susceptibles de posesión separada del dominio, pues que ésta tiene como principal objeto adquirir por el transcurso del tiempo la posesión unida al dominio. Hay que tener aquí muy en cuenta la distinción anotada ya, entre posesión—dominio y posesión sin dominio. Tres casos pueden presentarse con relación a las servidumbres inaparentes o discontinuas: Que ellas existan sin título alguno, o con uno falso, o en fin, con uno verdadero. Veremos separadamente los casos.

En el primero, la ley niega al que así ejerce la tal servidumbre toda posesión, pues supone que el dueño del predio que la sufre no ha podido darse cuenta de ella; ya que las servidumbres de esa naturaleza no son lo francas que las otras, y por tanto puede que se ejerzan sin que el llamado a oponerse se entere. Por eso el Legislador ha dicho: «Las servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas inaparentes, solo pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce memorial bastará para constituir las» (artículo 10, ley 95 1.890.)

Al negar la prescripción adquisitiva en este caso, la ley lo ha hecho en obediencia a que no existiendo posesión, mal puede existir un efecto suyo, algo que la presupone, que es su obligada consecuencia.

En el segundo caso, es decir, cuando se ejercita en virtud de un título otorgado por quien carece de derecho, por quien no es dueño del predio, tampoco puede haber posesión, pues existen las mismas razones expuestas; quedando por consiguiente en un pie de igualdad con el caso anterior.

La ley niega en ambos casos la acción posesoria, pues teniendo ésta por objeto defender la posesión, y no existiendo ella, mal podría defenderse. No la concede, pues, por carencia de objeto.

Por último se presenta la dificultad de que si quien ejerce una servidumbre de la clase a que nos referimos, lo hace en virtud de un título que tiene todas las condiciones exigidas, como sucedería con una servidumbre de tránsito impuesta por la ley, o con una voluntaria, por convenio hecho con el dueño del predio que ha de sufrirla, se viese embarazado para continuar ejercitándola, por impedirlo en un momento el dueño del predio gravado, puede ejercitar o no, una acción posesoria; y si no puede, en virtud de qué le niega la ley ese derecho.

Algunos sostienen que en este caso sí puede ejercer la acción posesoria el favorecido con la servidumbre, pues según ellos, tiene la posesión de su derecho real; una posesión que defender, y por tanto se encuentra en circunstancias muy distintas a las que rodean los casos anteriores, ya que en ellos no hay posesión.

Los que así razonan se equivocan de plano, pues creemos conforme con el espíritu legal, que en el último caso propuesto, aunque es cierto que tiene la posesión de su derecho, no puede ejercer acción posesoria. Nos basamos para pensar de ese modo, en primer lugar en lo rotundo del artículo 973: «Sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción no puede haber acción posesoria», es decir, nadie puede defender una servidumbre inaparente o discontinua con una acción de esa clase. Pero se dirá: «Y en virtud de qué, con qué fundamento impide la ley al poseedor el ejercicio de una acción posesoria». En virtud de que no existiendo para esas servidumbres la posesión separada del dominio, puesto que, como ya se vió, el que las ejercita sin título o con un título proveniente de quien no es dueño, no adquiere ninguna clase de posesión, ni siquiera irregular, tanto que le es imposible adquirir el dominio por prescripción, sólo se pueden poseer por quien es propietario, es decir, solo existe la posesión—dominio, siendo inseparables estos dos elementos, y quien adquiere el uno adquiere también el otro.

Del anterior razonamiento se desprende natural y fácilmente la conclusión de que no puede en este último, como en ningún otro caso, tener lugar la acción respecto a las cosas tantas veces mencionadas, pues si sólo se tiene posesión cuando se tiene dominio, es claro que quien alega lo primero alega lo segundo, y por tanto, que lo que se discute en resumen es el dominio y debe intentarse la acción que le corresponde: la reivindicatoria. Viene, en una palabra, a existir la misma razón, o al menos muy parecida, que tuvo el Legislador para excluir los bienes muebles como objeto de acciones posesorias.

Para instaurar una acción posesoria se necesita haber estado «en posesión tranquila y no interrumpida un año completo», pues no tomándose en estas acciones, o mejor dicho, no alegándose dominio, la ley, para obrar con más probabilidades de justicia, exige a quien la intenta que su posesión haya durado un tiempo suficientemente capaz de hacer presumir que lo acompaña el derecho. Aquí puede verse la aplicación práctica del sabio principio que consagra el artículo 778, pues según él, el sucesor que no ha poseído por sí mismo el tiempo prescrito para instaurar una acción posesoria, puede agregar a su posesión «la de una

serie no interrumpida de antecesores», llenando así la condición exigida por la ley. De tal suerte que quien es perturbado v. g., en la posesión de una finca que hace apenas ocho días está en su poder, puede perfectamente unir a sus ocho días de posesión la de su transmisor, y si ésta no ha sido interrumpida y satisface plenamente los requisitos de la ley positiva, puede instaurar la acción posesoria pertinente, para defender así lo que es suyo.

Al decir el artículo que se necesita una posesión no interrumpida y tranquila por un año, cabe preguntar si el poseedor violento y el clandestino pueden ejercerla. Dr. Fernando Vélez contesta negativamente, pero a pesar de tan respetable opinión creemos que el *violento* sí puede ejercerla, pues como la violencia se considera con relación al momento adquisitivo, puede ser pacífica y no interrumpida después; mas el clandestino, nó, pues la ley considera viciada de clandestinidad una posesión cuando se *ejercita* ocultándola.

«El heredero—dice el artículo 975—tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese», pues suponiendo, como supone la ley por una ficción, que el heredero es algo así como una prolongación del *de cuius*, que éste sigue viviendo en la persona de aquél, es lo justo, lo acorde con los dictados de la lógica, que el heredero esté sujeto a los mismos deberes y tenga los mismos derechos que tendría sobre la cosa el transmisor si no hubiere fallecido.

El Código trata las acciones posesorias en dos títulos, dedicando el primero de ellos a las generales, y el segundo a las especiales. Esta división de las acciones es muy importante en la práctica. Es preciso distinguirlas claramente, ya que a diario se confunden las unas con las otras con graves perjuicios para los interesados.

Tres son las acciones posesorias generales: La de *perturbación*, para conservar la posesión; la para *recuperarla*, cuando se ha perdido; y la de *despojo*, que tiene lugar cuando ha habido violencia.

Las especiales son dos: *denuncio de obra nueva* y *denuncio de obra vieja*.

ACCIONES POSESORIAS GENERALES

PRIMERA GENERAL

«El poseedor tiene derecho para impedir que no se le turbe o embarce en su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del perjuicio que ha recibido, y se le dé seguridad contra el que fundadamente teme», dice el artículo 977. De él se desprende que el poseedor perturbado puede pedir, no sólo que cese de perturbársele en su posesión, sino también que se le den las suficientes seguridades contra «el que fundadamente teme», y que se le indemnice de los perjuicios causados.

El Juez, en consecuencia, si conceptúa que la justicia acompaña al que intente la acción, debe, en primer término, mandar cesar los actos de perturbación y prevenir al perturbador que en adelante no vuelva a ejecutarlos, si quiere evitar una multa, de

acuerdo con las disposiciones adjetivas, cuyo pago, para el caso de infracción, deberá asegurarse por medio de una fianza que satisfaga, o también por una hipoteca o una prenda, pues no hay razón para rechazar estas últimas cauciones. La parte procedimental determina la manera como deben desenvolverse, por así decirlo, los principios sustantivos que el Código Civil establece, y por lo tanto en el Código Judicial se encuentran las disposiciones correspondientes, que complementan y hacen efectivas las que estudiamos.

En cuanto a la indemnización de perjuicios debe tenerse muy presente que ella no corresponde a una acción posesoria, sino que hay que acudir a un juicio ordinario para hacerla efectiva. Constantemente se observa que personas poco versadas en estas materias, y que sin embargo, por una debilidad de la ley explotan a los asociados, hacen uso de la acción posesoria para obtener la indemnización de perjuicios.

Al artículo 977 que comentamos puede hacérsele el reparo de impropiedad, pues refiriéndose a la primera acción posesoria general, que es la de perturbación, introduce allí otra, que el mismo Código estudia en el 984, la de despojo. Esto no tiene razón de ser y está por demás en ese artículo, pues como decimos, confunde dos acciones distintas. Esta acción «prescribe al cabo de un año completo, contado desde el acto de molestia o de embarazo inferido a ella», pues se supone que quien no entabla una acción para evitar se le perturbe su posesión, dentro de un año contado desde que comenzó la molestia, es porque no le causa perjuicio la perturbación, ya que tácitamente la autoriza.

SEGUNDA GENERAL

La segunda acción posesoria general, que favorece al que ha perdido la posesión, la estudia el artículo 982, que dice: «El que injustamente ha sido privado de la posesión, tendrá derecho para pedir que se le restituya con indemnización de perjuicios». Como la indemnización de perjuicios es asunto de un juicio ordinario, queda sólo como objeto de esta acción la restitución de la posesión perdida.

No se pide en ella, como en la para conservar la posesión, que se dé seguridad contra lo que fundadamente se teme, pues ella se refiere únicamente a un hecho pasado, ejecutado ya, y por tanto sólo cabe pedir que sea restituido el objeto material de la acción. Cosa muy distinta acontece en la acción por perturbación, pues se trata de un hecho actual, y puede por tanto pedir el lesionado la seguridad apetecida, ya que de lo contrario quedaría expuesto a que se verificase de nuevo la molestia.

Al decir el artículo que puede instaurar la acción por restitución el que injustamente ha sido privado de la posesión, comprende tanto el caso de que la privación sea pacífica, es decir, sin que intervenga la fuerza, como el de que haya despojo, por verificarse de modo violento, puesto que el artículo no distingue. Algunos sostienen que sólo tiene lugar esta acción cuando en la privación no se ha empleado la fuerza, pues, según ellos, si ha tenido lugar la violencia se trata de otra acción, la de des-

pojo. En este último sentido se pronuncia el Tribunal de Ibagué en sentencia de 28 de abril de 1.897, cuando dice: «Hay en el derecho tres interdictos genéricamente distintos, reconocidos desde la legislación española: el de adquirir, de conservar y de restituir; los dos últimos se han conservado en nuestra legislación. El último de ellos comprende dos espacios: o la posesión se ha perdido mediante el empleo de la fuerza, o sólo injustamente, sin la concurrencia de ella; en el segundo caso la acción conserva su nombre genérico; en el primero toma el nombre específico de restitución por despojo (artículo 984 del C. C.)».

Esta doctrina del Tribunal de Ibagué es inadmisibles, pues equivale a negar que quien, por ejemplo, habiendo sido despojado violentamente de su posesión no instaurare la acción por despojo en el término que la ley le señala (el de seis meses), pueda ejercitar, si no ha pasado un año se entiende, la acción de restitución que consagra el artículo 982; pues dada la división que establece el Tribunal, es ésta la obligada consecuencia. Además, la acción por despojo, de que trata el artículo 984, no puede decirse con toda propiedad que sea una acción posesoria, en su sentido estricto, sino que ella es un medio especialísimo que la ley brinda a quien ha sido privado de su posesión, por otra que ha violado la armonía social sirviéndose de la fuerza en lugar de acudir a la justicia para hacer efectivo su derecho, si lo tenía; es una acción más breve que las otras, y por tanto, si no se establece en el corto tiempo que la ley prescribe para hacerlo, puede acudirse a la segunda acción posesoria general, la de restitución, para recuperar la posesión perdida.

Esta acción sólo puede instaurarla el que ha poseído un año sin interrupción, y de modo pacífico, pudiendo hacerse la agregación de posesiones anteriores para completarlo. Y creemos que cumplida la anterior exigencia legal, puede ejercitarla tanto el poseedor regular como el irregular, así como el violento, pues repetimos, la violencia se considera respecto al momento de adquirir la posesión, y por tanto, en nuestro concepto, puede ser protegida por acciones posesorias si la violencia ha cesado por un año no interrumpido. Respecto a la clandestina, opinamos que no pueda ampararse por acción alguna, excepción hecha de la de despojo, pues como para que una posesión se denomine clandestina es necesario que se ejerza ocultándola a quien pueda oponerse a ella, es natural que no pueda llenar los requisitos exigidos por el artículo 974.

«La acción para la restitución puede dirigirse no solamente contra el usurpador, sino contra toda persona cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título.

«Pero no serán obligados a la indemnización de perjuicios, sino el usurpador mismo, o el tercero de mala fe, y habiendo varias personas obligadas todas lo serán in-solidum (artículo 984).

Según este artículo, la acción de restitución puede dirigirse contra cualquiera que haya adquirido la posesión de la cosa, pues de lo contrario bastaría para burlar los derechos de la justicia, que el usurpador transmitiese a otro la posesión, quedando de esta manera el ofendido sin una pronta protección. Pero la indemnización de daños no puede exigirse sino del usurpador en

persona o de quien obrando de mala fe la haya adquirido de él, pues de lo contrario se cometería una notoria injusticia.

Si hay varias personas obligadas a la indemnización, podrá pedirse a cualquiera de ellas el pago de los perjuicios, pues quedan todas obligadas in-solidum.

Cuándo prescribe esta acción

«Las acciones que tienen por objeto recuperar (la posesión) —dice el segundo inciso del artículo 976— expiran al cabo de un año completo, contado desde que el poseedor anterior la ha perdido», pues supone la ley que si en el término de un año no se ha entablado la acción, es porque no se tiene gran interés en recuperar la posesión perdida; y por lo tanto si se quiere adquirirla de nuevo, hay que recurrir ya a la acción de dominio.

Se cuenta el año desde que el poseedor anterior ha perdido la posesión, porque desde ese momento podía ejercer la acción para recuperarla; pero «si la nueva posesión—añade el inciso tercero del mencionado artículo—ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia, o desde que haya cesado la clandestinidad», pues el Legislador considera que mientras la violencia no cese, el despojado no tiene la libertad para hacer valer sus derechos; y por tanto, mientras subsista este estado de cosas, mientras se ejecuten esos actos violentos, no puede empezar a correr el término prescriptivo de la acción, en contra de la víctima; y que si la nueva posesión ha sido clandestina, el anterior poseedor ignora lo ocurrido, y sólo cuando la clandestinidad termine podrá tener conocimiento del hecho, y por tanto sólo desde ese momento comienza a correr el plazo fijado para la prescripción.

TERCERA GENERAL

La tercera acción posesoria general, la de despojo, la estudia el artículo 984, que dice: «Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. . . .»

Esta acción no es en rigor posesoria, puesto que puede hacer uso de ella tanto quien es poseedor, como quien no lo es, por reconocer dominio ajeno, v. g. el arrendatario, el comodatario etc. Ella se ha establecido, como ya dijimos, por motivo de orden social, pues debe rodearse de garantías a aquéllos que han sido lesionados en sus derechos de una manera brutal, con clara violación de los principios sociales. Esta acción, pues, favorece a toda clase de poseedores: regulares o irregulares, violentos o clandestinos, así como a los meros tenedores de la cosa, y puede decirse, por tanto, que es como una especie de acción para conservar el statu-quo de las cosas, para volverlas a su estado

anterior, mientras que en un juicio posesorio o reivindicatorio se decide a quién pertenece la posesión o el dominio.

Prescripción de la acción

«Este derecho—continúa diciendo el artículo 984—prescribe en seis meses», lo cual está muy en armonía con la acción por despojo, pues siendo demasiado sumaria, y favoreciendo a todo el que ha sido privado violentamente, sin excepción, es natural que tenga un corto tiempo para ejercitarse. Además la ley considera que quien ha sufrido la violencia y durante seis meses no ha puesto de su parte medio alguno para recobrar la posesión perdida tan irregularmente, es porque no tiene mucho interés en recuperarla pronto, y que por tanto debe acudir ya a otra acción menos rápida: la de restitución. Tiene, por lo dicho, en su favor una acción más el que ha perdido violentamente la posesión, pues pudiendo acudir primero a la Policía, si no lo hace, le queda el campo para ejercer la acción por despojo, y si aun no hiciera uso de ésta, puede recurrir a la posesoria general por restitución y en último término a la reivindicatoria.

«Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una y otra parte las acciones posesorias que correspondan» (artículo 984 inciso 2º.), pues no diciéndose en esta acción nada sobre posesión ni sobre dominio, es claro que una vez las cosas en su estado anterior puede entablarse de una y otra parte las acciones del caso, y discutirse la posesión y el dominio ampliamente.

Esta acción puede dirigirse contra cualquiera que tenga la cosa usurpada en su poder, aun cuando la haya adquirido de buena fe, pues de lo contrario sería infructuosa si el usurpador la transmitía a un tercero. Le es, pues, aplicable el artículo 983, aun cuando hable solamente de la acción de restitución, ya que contemplan ambos el caso de una injusta privación de la posesión. Esto se desprende, además, de los mismos términos del artículo 984: «Todo el que violentamente haya sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia... tendrá derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que se hallaban», es como si dijese: «tiene derecho para exigir de cualquiera que tenga la cosa, su restitución».

Además de la sanción civil, consistente en la restitución de la cosa, el que emplea la fuerza para adquirirla queda sujeto a la criminal, de acuerdo con el artículo 985.

COMO SE PRUEBA LA POSESION?

Según el artículo 980: «La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla»; y a renglón seguido, el artículo 981, con la misma rotundidad que aquél, dice todo lo contrario: «Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios,

la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión». Tenemos, pues, a la vista dos artículos que establecen respecto a un mismo punto doctrinas encontradas, artículos que hay que conciliar, que armonizar de algún modo, pues no es posible concebir que el Legislador haya caído en una tan inexplicable contradicción.

Dos sistemas existen sobre el particular. Según el primero, el registro del título basta para probar la posesión sin ser necesaria la ejecución de hechos materiales, pues los partidarios de él creen que la sola inscripción basta para efectuar la tradición de los inmuebles. Los que sostienen el segundo sistema, dicen que para probar la posesión no es suficiente el registro del título, sino que además debe acompañarse de hechos materiales efectuados antes de perderse la posesión, pues según dicen ellos, la tradición no se efectúa mientras la entrega material no se haya hecho.

En nuestra opinión, el único modo de armonizar las dos disposiciones es buscando un término medio que consulte los dictados de la lógica, y no aferrándose a teorías extremas, que como las mencionadas, impiden en absoluto toda idea conciliadora y necesariamente hacen aparecer al Legislador en la clara contradicción, pues al aceptar una de tales doctrinas hay que concluir por aceptar también que el artículo 980 está por demás, o que no tiene razón de ser el 981.

Creemos que el artículo 980 tiene aplicación para el caso de exigir un título inscrito, pues efectuándose, como creemos se efectúa, la tradición por el registro del título, es claro que debe preferirse el poseedor cuyo título esté registrado, al que prueba su posesión por la ejecución de actos materiales, pues de lo contrario se llegaría a la inaceptable conclusión de que si un individuo compra un bien raíz, haciéndosele la tradición por medio del registro, luego no lo ocupa materialmente, no puede más tarde, sirviéndose de una acción posesoria, desalojar a un tercero que lo haya ocupado de hecho sin su consentimiento; efectuando los actos de que nos habla el artículo 981. Pero aun podría aceptarse esta conclusión, si el hecho del registro del título implicase siempre la existencia del dominio, pues entonces le quedaría al favorecido con él la acción reivindicatoria, para recuperar su posesión perdida al reconocerse propietario; y se descartaría en absoluto alegar dominio (lo que en la mayoría de los casos sucede) en juicio posesorio, estableciéndose así una saludable diferencia entre la acción posesoria y la reivindicatoria. Pero como puede darse el caso de que una persona tenga título registrado y sin embargo carezca de la propiedad, teniendo sólo posesión regular, por haber comprado una cosa ajena, por ejemplo, hay que rechazarla, pues esa persona se vería sin protección ya que le sería imposible entablar un juicio reivindicatorio, por no tener dominio.

El artículo 981, en nuestro concepto, se refiere al caso de disputarse la posesión dos poseedores no inscritos, debiendo entonces atender el Juez la posesión que se compruebe de la manera que tal disposición establece.

Creemos que así se armonizan los dos artículos de un modo razonable, pues existiendo ambos en el código no puede hacerse caso omiso de ninguno de ellos, pues no es de ese modo como se consulta el espíritu de la ley. Hay que presumir que el Legislador no incurrió en una tan suprema contradicción.

Como decíamos, en la mayoría de los casos lo que en realidad se discute en las acciones posesorias es el dominio, llegando así a confundirse con las reivindicatorias. Pero dados los antecedentes, dada la posesión inscrita, esto es irremediable, pues si se prescindiese en absoluto del título, atendiéndose sólo a la conservación del estado de cosas existente, se dejaría, como dijimos, a quien tuviere posesión regular separada del dominio sin protección alguna, si no había ocupado materialmente la cosa disputada.

Todas estas dificultades son debidas, sin duda alguna, al exagerado interés que nuestra legislación ha concedido a la inscripción en el registro de Instrumentos Públicos, en tratándose de inmuebles.

ACCIONES POSESORIAS DE HEREDERO

«El heredero—dice el artículo 975—tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor si viviese», pues no es justo ni equitativo que si una persona ha usurpado a otra la posesión, y luego muere antes de intentarse por el ofendido la correspondiente acción, no pueda éste, no habiendo prescrito su acción, instaurarla contra los sucesores del usurpador; como a la inversa, que si un despojado muere antes de establecer la acción, no puedan sus herederos hacerlo, y tengan que resignarse a la pasividad.

Según el artículo 976, inciso 4º, son aplicables a las acciones posesorias las reglas establecidas por los artículos 778, 779 y 780, de los cuales el primero concede al poseedor agregar al tiempo de su posesión exclusiva la de su antecesor o antecesores. Respecto a este artículo hay quienes sostengan que sólo se refiere al heredero o al legatario, y que por tanto aquél que aquiera la posesión por otro medio, que no por causa de muerte, no puede usar la facultad mencionada. Esto es un error, pues el artículo no distingue, y tampoco se ajusta a la lógica la interpretación a que nos referimos.

El 779 establece una ficción, en virtud de la cual se supone que cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía pro indiviso, ha poseído siempre la parte que le correspondió en la división, pudiendo por tanto agregar su posesión actual a la que tuvo antes, cuando la cosa se tenía en común.

El 780 trae tres presunciones legales, pues según establece, si se ha empezado como poseedor, se supone la calidad de tal en el momento en que se alegue; si como mero tenedor, se supone la «continuación del mismo orden de cosas»; y si se prueba haber poseído anteriormente y que se posee en la actualidad, se supone la posesión en tiempo intermedio.

Los tres artículos a que nos referimos tienen una gran aplicación y son de mucho interés, sobre todo cuando se trata de la posesión anual no interrumpida, pues establecen agregación

de posesiones y presunciones legales que favorecen a quien se encuentra con inconvenientes de esa clase para entablar una acción posesoria.

ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

Las acciones posesorias que hasta ahora hemos tratado son las concedidas al poseedor perturbado o privado de la posesión por actos ejecutados en su mismo predio. Pero como no bastan ellas para garantizarle plenamente la posesión, puesto que puede inquietarse en ella por hechos cometidos en predio distinto al suyo, el Legislador ha completado las acciones posesorias generales, con las especiales de que habla en el título 14.

La esencial diferencia que existe, pues, entre unas y otras, es que las generales tienen lugar cuando la posesión ha sido turbada o perdida por hechos cometidos dentro de los linderos mismos del poseedor, al paso que las especiales se intentan sólo cuando los actos perturbadores han sido llevados a efecto en predio distinto.

En la práctica a menudo se intenta una acción cuando debiera intentarse otra, pues se presentan casos en que en verdad es muy difícil saber con precisión si la molestia es ejecutada en el mismo predio o en otro diverso. La Corte Suprema y los Tribunales no tienen una doctrina fija al respecto, y unas veces dicen que en un caso dado debe instaurarse, por ejemplo, la acción primera general por perturbación, y luego cuando vuelve a ocurrirse, establecen que no es esa la acción, sino la de obra nueva, la que debe instaurarse.

En realidad de verdad esta diferencia no debía existir, pues no es justo que se vea privado un poseedor que es molestado en el ejercicio de su posesión, de una acción pronta que ponga a salvo sus derechos, porque al tratar de defenderse instaure una acción, la de obra nueva, por ejemplo, cuando debió establecerla por perturbación, siendo claro que la distinción establecida entre una y otra acción es poco práctica, y que lo interesante es hacer que la justicia se imparta, y que los intereses de los ciudadanos sean protegidos contra los ataques injustos. Con la sutil distinción que se hace de unas y otras acciones, se da campo para que los intereses que la justicia está llamada a defender, sean violados. Y con mayor razón si se tiene en cuenta que muchas veces los caprichos de un Juez, o su ignorancia, hacen más difícil el triunfo de los que debieran recibir protección, ser amparados en sus derechos, ya que siendo tan sutil la diferencia y tan trabajosa de establecer con exactitud, en multitud de casos se confunden lamentablemente, con claro perjuicio de los intereses de las partes ofendidas.

La diferencia a que nos hemos referido no la establece claramente el Código Civil, pero ha sido aceptada unánimemente por los comentadores, así como por la Corte Suprema y los Tribunales. Y decimos que nuestro Código no la establece con la precisión y rotundidad deseables, pues en su artículo 986,

que habla de la acción posesoria especial de obra nueva, dice: «El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir *sobre el suelo de que está en posesión*». Contemplando este artículo aisladamente de las demás disposiciones que al respecto trae el Código, cae por tierra la diferencia que hemos anotado entre unas y otras acciones, puesto que el artículo habla de obra nueva y dice que «se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión», luego, forzosamente se deduce que las acciones posesorias especiales pueden instaurarse, aun cuando la perturbación no tenga lugar en predio distinto al de que se está en posesión. Y si bien es cierto que al comparar esta disposición con las otras sobre la materia se puede aceptar, con los comentadores que el artículo 986 está mal colocado, pues su lugar debió haber sido el título XIII que trata de las acciones posesorias generales, también lo es que no se oculta a nadie la poca claridad del Legislador al respecto, pues no hace una distinción que aleje dudas, entre las acciones posesorias generales y las especiales, ya que coloca el mencionado artículo al hablar de las segundas, en lugar de hacerlo en el título que dedica a las primeras. Aceptando pues, la diferencia entre las acciones posesorias generales y las especiales que hacen los expositores y con ellos la doctrina de la Corte y los Tribunales, somos de opinión que en el caso contemplado por el artículo 986, debe intentarse no la acción de obra nueva, sino la por perturbación, u otra de las generales de que trata el título XIII, según el caso. Pero no por ello dejamos de creer que la tal distinción debiera no existir, pues tanto perjudica a un poseedor un hecho ejecutado en su propio suelo, como otro llevado a cabo dentro de los límites de un predio extraño, y por tanto una sola debiera ser la acción protectora.

La razón por la cual la ley concede al poseedor acción para impedir la ejecución de actos que no tienen cumplimiento en el suelo mismo que posee, es la de que siendo los derechos de los asociados, no absolutos sino relativos, pueden ejercitarse hasta tanto que con ellos se lesionen los intereses de otros miembros de la sociedad, pues es necesario, para la completa armonía social, que en la balanza se guarde el equilibrio necesario, de tal suerte que a cada derecho corresponda un deber: el de respetar otro derecho, tan perfecto como el anterior y tan relativo y limitado como él. Cada cual puede acometer en su propio predio las obras que a bien tenga y ejecutar los hechos que crea convenientes para el mejor desarrollo de sus intereses, pero si para ello necesita inquietar a otro en su posesión, la ley, como guardadora de la justicia, los impide, conservando así la disciplina social, regulando y compensando los derechos de los unos con los de los otros.

Al estudiar las acciones posesorias generales procederemos con orden, empezando por los casos generales de obras nuevas denunciadas, luego los referentes a agua y por último los artículos que tratan de obra vieja.

OBRA NUEVA

El tantas veces citado artículo 986, cuya parte primera cri-

ticamos ya, trae dos excepciones en sus dos últimos incisos, que dicen: «Pero no tendrán derecho para denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, acequia, etc. con tal que en lo que puedan incomodarle se reduzcan a lo estrictamente necesario y que, terminadas, se restituyan las cosas al estado anterior a costa del dueño de las obras.

«Tampoco tendrá derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza en los caminos, cañerías, acequias etc.» es decir, que el poseedor es obligado a aceptar los trabajos que sea necesario ejecutar dentro de los límites de su predio para ejecutar la destrucción de obras, como acueductos, edificios, etc., pertenecientes a otro, pues en este caso la relatividad de su derecho, lo no absoluto de él, así lo exige. Puede, sí, pedir que se ciña a lo «estrictamente necesario», y que luego que las obras terminen, se vuelva todo a su estado anterior, por cuenta del favorecido con ellas; esta limitación a la regla general tiene un fundamento equitativo, y consulta los verdaderos intereses de la justicia.

La segunda excepción no es menos razonable, pues no es lógico que so pretexto de proteger los derechos de un poseedor, se le concedan facultades ilimitadas, y que pueda hasta impedir que otro mantenga la debida y necesaria limpieza en los caminos, cañerías, etc., y con mucha mayor razón si se considera, como dice Dn. Fernando Vélez, que esta limitación tiene lugar principalmente cuando se trata de una servidumbre de tránsito o acueducto, pues entonces el propietario del predio gravado no puede oponerse a «las obras indispensables para ejercerla», pues el que tiene derecho a una servidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla.

El artículo 987 estudia tres clases de obras nuevas denunciadas: 1°. «... las que construidas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre contituida en él»; pues es demasiado claro que si un predio está sujeto a una servidumbre, no puede su dueño construir obras que dificulten o impidan el ejercicio de ella, pues si pudiera hacerlo, se le daría con ello facultad para libertarse sin contar con la otra parte, de una carga que le ha sido impuesta, o por la ley, o por su voluntad, y que por tanto no puede abandonar a su arbitrio.

2°. «... las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno que no esté sujeto a tal servidumbre». Es decir, que si alguien quiere sustentar sus construcciones en un edificio que no sea de su propiedad necesita ante todo obrando de conformidad con el artículo 912—hacer la pared medianera, lo que puede obtener «en todo o en parte, aun sin el consentimiento de su vecino...», pues de lo contrario, como la otra construcción sobre que se quiere apoyar la nueva no está sujeta a la servidumbre de medianería, puede su poseedor intentar la acción por denuncia de obra nueva para que el juez prohíba que se continúen los trabajos denunciados, hasta tanto que se haya construido legalmente la tal servidumbre.

3°. «... toda obra voladiza que atraviesa el plano vertical de la línea divisoria de los predios, aunque no se apoye sobre el

predio ajeno, ni dé vista, ni vierta aguas lluvias sobre él», la cual obra «se declara especialmente denunciabile». Puede, en consecuencia, el propietario de un predio oponerse a la construcción de cualquier obra voladiza que el dueño de otro predio trate de llevar a cabo, siempre que atraviere el plano vertical de la línea divisoria. Esto no se entiende en un sentido riguroso, pues sería demasiado conceder que se pudiera denunciar como obra nueva una defensa para que los edificios vecinos no se deterioren, y que no tengan sino una reducida latitud, la necesaria para protegerlos de la lluvia, por ejemplo.

Puede—en resumidas cuentas—el dueño de un predio, impedir toda obra que implique una servidumbre a que no esté sujeta su propiedad, aunque con ella no se cause por el momento perjuicio, pues de lo contrario se vería a cada paso obstaculizado para gozar libremente de la cosa objeto de posesión, si por no recibir un perjuicio inmediato tuviese que aceptar toda obra que un vecino construyera. A este último le queda el recurso de constituir sobre el otro predio una servidumbre, siempre que llenen las exigencias legales.

Según el inciso 1º. del artículo 996, tiene el dueño de una casa perfecto derecho para impedir que haya cerca de las paredes de su propiedad, depósitos o corrientes de agua, o cualquiera clase de materias húmedas que puedan deteriorarla. Esta disposición tiene su fundamento racional, pues estando la ley encargada de velar por los intereses comunes, debe proteger a unos de las actividades desplegadas por otros y de las cuales le sobrevengan perjuicios, pues el derecho de uno termina donde comienza el de otro, y por consiguiente, sólo hasta allí puede ejercitarlo, si no quiere que la justicia salga a su paso para impedirle la ejecución de sus propósitos.

Los otros incisos siguientes del citado artículo 988 conceden al dueño más derechos, basándose en los motivos que hemos expuesto, y que son los mismos que autorizan todas las disposiciones de este título; dicen así: «Tiene así mismo derecho para impedir que se planten árboles a menos distancia que la de quince decímetros, y hortalizas o flores a menos distancia que la de cinco decímetros.

«Si los árboles fueren de aquellos que extienden a gran distancia su raíz, podrá el Juez ordenar que se planten a la que convenga para que no dañe a los edificios vecinos: el máximo de la distancia señalada por el Juez será de cinco metros.» La diferencia que establece el artículo entre los árboles y las hortalizas o flores, es demasiado razonable y clara, pues los árboles extienden sus raíces a grandes distancias, lo que no acontece con las flores y hortalizas, y por tanto la ley al ordenar la menor distancia a que pueden plantarse de las casas, tiene que prescribir la más considerable para ellos, y aun más, conceder al Juez facultad para que si lo cree necesario, la amplíe—hasta cinco metros—pues hay árboles que alargan sus raíces en demasía.

Con esta medida se evita que las construcciones se vean comprometidas y se deterioren, lo que pudiera ocurrir fácilmente al verse invadidas por todas partes con las extremidades de un árbol de gran fertilidad. Con las flores u hortalizas, como es

imposible que estando plantadas a una distancia de cinco decímetros puedan perjudicar a los edificios vecinos, no se concede al Juez facultad para aumentarla.

«Los derechos—dice el último inciso de la disposición—concedidos en este artículo subsistirán contra los árboles, flores u hortalizas plantados, a menos que la plantación haya precedido a la construcción de las paredes.» Es decir, que aun cuando esté plantado ya, tiene el dueño del predio vecino edificado derecho para oponerse a que continúen los árboles, flores u hortalizas en lugar que no se ajuste a la distancia prescrita, a menos que la plantación preceda a la construcción de las paredes; lo que demuestra también que el artículo sólo tiene aplicación cuando está construido el predio vecino, y así está muy bien, pues si no hay edificio desaparece el peligro que se quiere evitar principalmente, cual es el daño o deterioro que pudiera sufrir la construcción del colindante. En caso de no existir tal construcción, no por ello queda el dueño del predio obligado a soportar las raíces y ramas del árbol de su vecino (esté o no plantado a la conveniente distancia), pues de acuerdo con el artículo 999: «Si un árbol extiende sus ramas sobre suelo ajeno o penetra en él sus raíces, podrá el dueño del suelo exigir que se corte la parte excedente de las ramas y cortar él mismo las raíces.»

«Lo cual se entiende aun cuando el árbol esté plantado a la distancia debida». Este artículo, como hemos dicho, y como de su contenido se deduce, tiene aplicación cuando no hay edificio construido en el fundo vecino—caso a que no se refiere el artículo 998—o cuando habiéndolo, y estando la plantación a la ordenada distancia, penetra sin embargo el árbol, sus raíces o ramas a la heredad vecina, pudiendo entonces cortar el propietario de ésta por sí mismo sin llenar formalidad alguna, las raíces y obligar por medio de la ley al dueño del árbol a que mutilé las ramas. Indudablemente no se le concede autorización para hacer él mismo el corte de las ramas, como con las raíces, pues de las últimas puede libertarse sin tocar para nada el fundo de que proceden, al paso que en tratándose de las primeras tendría que rozarse, por así decirlo, con la heredad contigua.

«Los frutos que dan las ramas tendidas sobre terreno ajeno, pertenecen al dueño del árbol; el cual, sin embargo, no podrá entrar a cogerlos sino con permiso del dueño del suelo estando cerrado el terreno.»

«El dueño del terreno será obligado a conceder este permiso; pero sólo en días y horas oportunas, de modo que no le resulte daño», dice el artículo 1000, artículo que está por demás comentar por ser demasiado claro, pues a nadie se escapa que los frutos de un árbol pertenecen al dueño de éste, aunque las ramas de que penden estén tendidas sobre suelo ajeno, ya que ese incidente ningún derecho sobre la propiedad de ellos puede dar al dueño de tal predio, pues «los vegetales que la tierra produce espontáneamente o por el cultivo, y las frutas, semillas y demás productos de los vegetales, pertenecen al dueño de la tierra.»

En cuanto a que el dueño de los frutos necesite permiso del

dueño del fundo, si está cercado, para cogerlos, es razonable además, pues nadie puede traspasar los muros que otro ha puesto a su propiedad, sin permiso suyo, pues si él ha cercado su predio es porque quiere que ninguna persona penetre en él, lo que puede impedir por estar en sus dominios. Pero puede también en el caso que estudiamos ser obligado a conceder el permiso dicho. Si el terreno no estuviere cercado, puede sin previo consentimiento penetrar en él y tomar los frutos que le pertenezcan, pues sería a todas luces injusto llevar hasta extremo tan riguroso las prerrogativas de un propietario.

Los artículos 993, 994, 995, 996, 997, 1001, 1002 del título que estudiamos, se refieren a denuncia de obra nueva por razón de aguas, disposiciones que veremos a la ligera, sin detenernos demasiado en su análisis, pues nos hemos alargado demasiado quizá en lo que no es propiamente objeto de nuestro estudio. El primero de los enumerados artículos—el 993—concede derecho al perjudicado o perjudicados con la variación que haga otro de las aguas corrientes, para que denuncie como obras nuevas las labores que motiven la variación. Dice así: «Si se hicieren estacadas, paredes u otras labores que tuerzan la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derramen sobre el suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan, o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho de aprovecharse de ellas, mandará el Juez, a petición de los interesados que las tales obras se deshagan o modifiquen y se resarzan los perjuicios.» De tal modo, que bien porque las estacadas o paredes al torcer la dirección de las aguas provoquen su derrame en un fundo ajeno, o porque lo humedezcan estacionándose en él, o porque aunque nada de aquéllas suceda por la tal construcción, pero se prive del agua a un predio que tiene derecho al uso de ella, puede el perjudicado denunciar la obra al Juez para que éste ordene su destrucción o reforma, así como la indemnización de los perjuicios sufridos, la cual indemnización será materia de un juicio distinto al posesorio.

«Lo dispuesto en el artículo precedente se aplica no sólo a las obras nuevas, sino a las ya hechas, mientras no haya transcurrido tiempo bastante para constituir un derecho de servidumbre», dice el artículo 994, el cual, en resumidas cuentas, concede al interesado el derecho de hacer el denuncia de la obra siempre que no hayan transcurrido diez años, que es el tiempo señalado para constituir por prescripción una servidumbre aparente o continua, según el artículo 90 de la Ley 95 de 1890. Si no han corrido los diez años, pero sí el tiempo en que pueden ejercitarse las acciones posesorias se puede acudir a un juicio ordinario.» Pero,—agrega el mismo artículo—, ninguna prescripción se admitirá contra obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso», ya que entonces hay un interés que prima, el general; pues si por la construcción de las tales labores el aire se corrompe, están amenazados todos los que componen el núcleo social, y por consiguiente es el caso de sacrificar las conveniencias particulares al bien público, pudiendo en cualquier momento ser obligado el dueño de las labores a

destruirlas, sin que le valga alegar prescripción alguna que le favorezca.

Según lo dispuesto por el artículo 995, el que para impedir que a su predio entren aguas que no está obligado a recibir construye obras, no es responsable en manera alguna de los perjuicios que sufran los fundos ajenos por la represión de ellas, pues él ejercita un derecho y no tiene por qué cargar con las consecuencias que de ejercitarlo se sigan, pues es natural que cada cual dé preferencia a lo suyo antes que a lo ajeno; y demasiada benevolencia se advertiría en quien por evitar que otro particular se perjudicase omitiera tomar las medidas indicadas para la defensa de sus intereses, permitiendo, en el caso que nos ocupa, la inundación de sus tierras, de las que quizá dependa el sostenimiento de su vida y la de sus hijos. Es esta una excepción a la regla general y excepción—que, como queda dicho—se fundamenta en principios rectos y sólidos que la justifican plenamente.

El artículo 996 dice: «Si corriendo el agua por una heredad se estancase o torciere su curso, embarazada por el cieno, piedras, palos, u otras materias que acarrea y deposita, los dueños de las herdades en que esta alteración del curso del agua cause perjuicio, tendrán derecho para obligar al dueño de la heredad en que ha sobrevedido el embarazo, a removerlo, o a que se les permita a ellos hacerlo, de manera que se restituyan las cosas al estado anterior.»

«El costo de la limpia o embarazo se repartirá entre los dueños de los predios, a prorrata del beneficio que reporten del agua». Este artículo, en nuestro concepto, se refiere únicamente al caso de que los hechos se verifiquen sin culpa del dueño de la heredad en que tengan lugar, pues como muy claro lo dice el artículo, la estancada de las aguas o la variación de su curso son motivadas, nó como en el caso contemplado por el artículo 993 por hechos imputados al dueño del predio, sino por verse obstaculizado por el cieno, piedras, palos u otras materias que acarrea y deposita; talvez estemos errados y tenga razón el Dr. Fernando Vélez cuando dice que pueden haberse verificado los hechos por descuido del propietario del suelo, y que por tanto hay casos en que le son imputables; pero lo cierto es que el artículo tal como está concebido favorece nuestra opinión, pues dice que la limpia o desembarazo se repartirá a prorrata entre los dueños de los predios beneficiados por el agua, y no ordena para el caso de descuido, como debiera hacerlo, que el culpable haga a su costa la limpia. Si el dueño del predio en que ocurrió el embarazo se perjudicase con él, opinamos que debe entrar en los gastos a prorrata, como los otros, de la ventaja o beneficio que del agua saque.

El artículo 997 impone una tuerce sanción al dueño de un predio que por no darle salida conveniente, por negligencia, a las aguas de que se beneficia, hace que estas se derramen sobre el fundo de su vecino causándole con esto perjuicios, como es natural; concediendo al damnificado el derecho de exigir el pago de los perjuicios, y además «para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio importare», sanción

ésta que se justifica plenamente, pues si quien con sus hechos daña en sus intereses a otro, y luego, castigado por su falta no se corrige ya que de nuevo lesiona con sus actos al vecino, debe tener una pena que corresponda no sólo al perjuicio causado sino también a la tenacidad con que resiste los mandatos de la ley, ya que de lo contrario continuaría tranquilamente reincidiendo en los hechos, pues la sanción no era capaz de amedrentarlo, por lo débil y flaca.

«El que quisiere construir un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, y que no corren por un cauce artificial construído a expensa ajena, podrá hacerlo en su propio suelo o en suelo ajeno con permiso del dueño; con tal que no tuerza o menoscabe las aguas en perjuicio de aquellos que ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de dichas aguas, o que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ella», dice el artículo 1001.—El objeto de esta disposición es fomentar y favorecer la industria permitiendo que de las aguas de que otro se sirva para sus labores, pueda hacer uso el que las necesite para el funcionamiento de sus máquinas, siempre que no prive a aquél para el funcionamiento de sus máquinas, siempre que no prive a aquél de ellas o le perjudique, pues en este caso hay un derecho anterior que respetar y de cuyo desconocimiento no resulta para la industria el bien que se persigue, pues si para favorecerla y desarrollarla en una parte, se la suprime en otra, es claro que no se adelanta un paso, además de cometerse, como dijimos, una notoria injusticia pues se preferirá al interés anterior, el posterior. Según el artículo, el agua puede tomarse en el propio suelo o en el ajeno con permiso de su dueño; comprende pues dos casos. El primero, es el mismo, mas o menos, que contempla el artículo 892: «el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus máquinas. . . .», es decir, que cuando el agua corre por una heredad puede tomarse para las labores y usos domésticos, y decimos que el anterior artículo contiene en substancia lo mismo que el 1001, en el caso de que el agua se tome en el propio predio, pues aunque aquél (el 892) habla de devolver el *sobrante*, dando con esta expresión lugar a dudas, pues hay quienes creen que si nada sobra, nada tiene que volver al cauce, la opinión generalmente seguida, y en nuestro concepto la más aceptable, es que la palabra sobrante no puede tomarse en esa significación, pues entonces, como dice el Dr. Vélez «resultaría que las aguas de uso público, que nadie puede apropiarse y que son imprescriptibles podrían ser de uso exclusivo de algunos propietarios; pero nos estamos enredando con disposiciones diversas y por tanto continuamos con el 1001.—Si el cauce por que corre el agua no es natural sino artificial, construído a costa ajena, no puede hacerse uso de ella, pues entonces no hay derecho alguno para tomarla puesto que se trata de algo muy particular y demasiado privado.

Según el artículo 1002. «Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo; aunque de ello resultare menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegararlo.» No nos parece esta disposición ajustada estrictamente a la equidad, ni muy acorde con la justicia, pues concede a un propietario por la ejecución de actos posteriores a los cometidos por otro con el objeto de obtener agua para satisfacer necesidades, acaso primordiales, un derecho preferente, con unas pocas excepciones que no bastan para llenar las exigencias de una severa moral, pues según ésta, aunque el cavar un pozo en tierra propia se obtuviere un beneficio igual y aun superior al conseguido por otro que lo ha verificado con anterioridad, le está vedado hacerlo, pues debe ceder ante el primero, a menos que éste no reportare con ello utilidad alguna. Y debería ser así, sin que valga objetar que quien cava posteriormente el pozo lo hace en su terreno, y que por tanto es libre para hacerlo, pues debe tenerse muy presente lo tantas veces repetido ya, de que cualquiera puede ejecutar en su predio las obras que más le plazcan o convengan, siempre que con ellas no perjudique en el goce de sus derechos a otro propietario, que también tiene como él derecho de gozar de lo suyo, así como el deber correlativo de no llevar a cabo aquellas obras que puedan dificultar o impedir el disfrute tranquilo de los demás, pues todo derecho es limitado y por el sólo hecho de vivir en sociedad, cada individuo, como unidad armonica de ella, tiene que guardar el estricto equilibrio para que el todo aparezca sólido y conciso, que no desbarajustado y torpe.

OBRA VIEJA

Desde el artículo 988 hasta el 992 inclusive, habla el Código de las construcciones que amenazan ruina y que son denunciabiles por razones de orden y bien generales, y de una manera más amplia que las obras nuevas, pues aquéllas atentan más directamente contra el bienestar social e implican a sí mismo una falta o negligencia que debe tener más severa sanción.

«El que tema que de la ruina de un edificio vecino le pare perjuicio, tiene derecho a querellarse al Juez para que se mande al dueño de tal edificio a derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa», dice el artículo 988; sabia disposición, que como dijimos, se fundamenta en sólidos principios sociales, pues pone por encima de los intereses particulares, aquellos que miran a la conveniencia general, y obliga al dueño de una construcción que por su mal estado constituye una amenaza, no solamente para lo que pudiéramos llamar parte económica, sino también, lo que es más grave, para la vida misma de los individuos. Estando pues comprometidos los más vitales intereses, es demasiado razonable que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo que comentamos, se obligue al propietario de la peli-

grosa construcción a derribarla inmediatamente o a modificarla según las circunstancias, y en caso de que se hiciese remiso para ello, se autorice para proceder a la ejecución de lo ordenado, por otro distinto del dueño, siendo los gastos requeridos para el caso por su cuenta. Según agrega en su segundo inciso el citado artículo, si no fuere grave el daño que se teme, bastará con que se rinda caución para asegurar el resarcimiento de los perjuicios que de la mala situación del edificio sobrevengan, pues ya en ese caso no habiendo de frente un peligro grave, con las garantías que dé el propietario para el caso de verificarse la desgraciada ocurrencia, quedan salvaguardados con la debida protección los intereses que la justicia está encargada de salvar.

Si la reparación se hiciera por otro que no por el querellado, deberá conservarse la forma y dimensiones del antiguo edificio en todas sus partes, a menos que fuere preciso alterarla para precaver el peligro, dice el artículo 989; lo que está muy puesto en razón ya que armoniza los intereses de una parte con los de la otra; y agrega: «las alteraciones se ejecutarán a voluntad del dueño del edificio en cuanto fueren compatibles con el objeto de la querrela». Concede pues dos garantías, o mejor dicho, reconoce dos derechos al dueño de la construcción vieja: el de que se conserven la «forma y dimensiones del antiguo edificio»—si otro hiciera la reparación, se entiende—y el de que en caso de que sea necesario llevar a cabo variaciones, se ejecuten a su voluntad en cuanto no sea contrario al objeto de la querrela. Por lo clara y precisa de esta disposición sobra comentarla más extensamente,

«Si notificada la querrela—dice el artículo 990—cayere el edificio por defecto de su mala condición, se indemnizará de todo perjuicio a los vecinos; pero si cayere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto, no habrá lugar a indemnización; a menos de probarse que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derruido».

La primera parte del artículo está en un todo de acuerdo con la lógica doctrina que las demás disposiciones que hemos comentado establecen al respecto, pues una vez notificada la querrela no le queda al dueño del edificio destruido argumento alguno que le favorezca, ya que estaba avisado del peligro a que exponía a sus vecinos, aviso que le imponía el deber imprescindible de evitar con un procedimiento rápido y eficaz el suceso temido. Si no obró de conformidad con lo ordenado por la autoridad, que era también lo aconsejado por la prudencia, debe cargar con las consecuencias que de su culpa se sigan, indemnizando a los perjudicados de todos los daños recibidos.

La segunda parte del artículo es razonable también, pero demasiado difícil de llevar a la práctica. Es natural que si—aun después de notificada la querrela—el edificio se viene a tierra, porque un caso imprevisto, una ocurrencia fortuita de que nadie es responsable, como un terremoto v. g., sobrevenga, no debe haber lugar a pedir indemnización de los perjuicios que de ello se reciban, pues no habiendo culpa, tampoco puede haber responsabilidades. Pero si se probase que el solo caso fortuito—

sin la mala construcción del edificio—hubiera sido incapaz de producir su ruina, si tiene que cargar los resultados—indemnizando perjuicios—el dueño de la obra destruída, pues es responsable ya que contribuyó conscientemente—puesto que estaba notificado—al hecho temido que lesionó a otros en sus bienes; este caso viene a quedar en un pie de igualdad con el primero. Pero como decíamos, en la práctica no es tan fácil establecer y precisar cuándo un edificio cayó por la fuerza o el hecho imprevisto, y cuándo porque a ello se unió su mala construcción. Parece casi imposible el poder decir con exactitud, sin temor de equivocarse, si hay o no culpa del propietario; si el mal estado de la obra fue la causa esencial, ayudada por la accidental imprevista, de su ruina; o si por el contrario, todo es debido únicamente al caso fortuito.

Según dice el artículo 992, las disposiciones que hemos estudiado se hacen extensivas al peligro que se tema de cualesquiera construcciones; así como de árboles mal arraigados, o que puedan ser derribados por sucesos de común ocurrencia; pues tratándose, como se trata, de poner en seguridad los intereses de los que forman la colectividad, debe hacerse extensivo el principio tanto a los edificios que amenazan ruina, como a «cualesquiera construcciones» que se hallen en igual condición, o árboles que por no estar bien arraigados o por cualquier otra causa entrañen un peligro, pues de lo contrario quedarían privados los propietarios de las garantías necesarias para la conservación de sus bienes, ya que no podrían precaverse sino de algunos peligros, quedando otros sin motivo ninguno que los justificase, excluidos de la sanción de la Ley, amenazando a toda hora, siendo motivo de una constante intranquilidad, y al fin viniendo a tierra con graves consecuencias, de seguro, para los que así lo habían previsto de antemano.

La Municipalidad y cualquiera persona del lugar tienen los mismos derechos que las disposiciones anteriores dan a los dueños de edificio o predios privados, en favor de plazas, caminos de uso público, etc. y de los que por ellos transiten, pues se trata de defender más directamente a la sociedad, puesto que en los lugares mencionados se encuentran y transitan multitud de individuos, que peligran en sus vidas con las obras que amenazan ruina, y por tanto deben tener todos derecho para pedir la destrucción o enmienda de ellas; y para fomentar en las personas ese interés colectivo, el mismo artículo que consagra la anterior doctrina (el 1005), establece que cuando a consecuencia de una acción popular deba destruirse o modificarse una construcción o resarcirse un daño sufrido, se premie al que establezca la querrela «con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño»; y que si la culpa o delito se castigase con una pena pecuniaria, «se adjudique al actor la mitad».

PRESCRIPCION

«Las acciones concedidas en este título para la indemniza-

ción de un daño sufrido, prescriben para siempre al cabo de un año completo.

«Las dirigidas a precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo, «pues en ello está interesado el bien público». Si las dirigidas contra una obra nueva no se instauran dentro del año, los denunciados o querellados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.» Como estas disposiciones son exactamente las mismas del Código de Minas, prescindamos de tratarlas en este lugar, para hacerlo al comentar las acciones posesorias de Minas. Lo mismo hacemos con otras que hemos pasado en silencio, pues allá podremos extendernos con más derecho que aquí.

Acciones posesorias de minas

El Código de Minas, en lo general, habla de las acciones posesorias siguiendo el mismo camino que el C. C., con algunas diferencias, que se imponen por razón de la distinción esencial que existe entre la posesión de las minas y la posesión en general, pues como ya en su lugar dijimos, la posesión de las minas es una posesión sui-géneris, especialísima, absolutamente abstracta, imprescriptible y absurda.

El Código Civil estudia estas acciones en dos capítulos, dedicando de ellos, uno a las generales y otro a las especiales. Aunque el Código de Minas las trata en un solo capítulo, no por ello deja de establecer la distinción entre unas y otras, puesto que habla de acción por perturbación y acción de obra nueva, según sea el embarazo proveniente de un hecho cumplido en la misma mina, o fuera de ella, diferencia ésta que, como ya manifestamos, carece de fundamento lógico, y es caprichosa la ley al establecerla.

Desde el artículo 321 hasta el 326 inclusive, estudia el Código la primera acción posesoria general, o sea la para recuperar la posesión. Hablaremos, para proceder con orden, de esta acción en primer lugar, pero antes veamos el artículo 320, que define las acciones en general: «Las acciones posesorias—dice—tienen por objeto hacer efectiva o conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituidos en su favor». Sólo se diferencia éste del artículo del 972 del Código Civil, en que el último dice que tienen por objeto conservar o recuperar, al paso que el 320 que comentamos, en lugar de recuperar, dice hacerse efectiva. Como se ve es sólo un cambio de palabras que no de sustancia, siendo tal vez más propio el Código Civil, pues es más apta, más precisa la palabra «recuperar» por él empleada. Pero sea de ello lo que fuere, el cambio no implica distinción alguna; ambas disposiciones dicen lo mismo, con diversas palabras. Pero abandonemos la forma, entremos al fondo de la disposición. De ella se desprende que las acciones posesorias tienen lugar unas veces para conservar la posesión, que aún tenemos, pero en la cual se nos obstaculiza, y otras para recuperar la que pacífica o violentamente hemos perdido. Estas dos

ramas: *conservar* y *recuperar*, se subdividen a medida que se avanza en el estudio de las disposiciones siguientes del capítulo, y que se van acentuando y precisando las diversas especies de acciones posesorias. Ya aparece la primera general, para recuperar la posesión de que se ha privado a otro, sin mediar en ello la fuerza; ya la de despojo, para recuperar la posesión, pero cuando se ha perdido de un modo violento; vienen luego los artículos 328, 333 y siguientes, hablan de dos clases de acciones para conservar la posesión; una general y otra especial, según que la molestia se efectúe en la misma o en distinta mina. De todo lo cual se deduce que el artículo 320 es general para todas las acciones posesorias.

Pero no sólo se puede defender, por medio de tales acciones. La posesión de las minas, sino también la de los derechos reales constituidos en su favor, como, por ejemplo, el derecho a las aguas. Hay que tener muy en cuenta que las cosas muebles no pueden protegerse con acciones posesorias, pues a menudo acontece que para defender la posesión de la maquinaria de una mina, se eche mano de esa acción, siendo así que la pertinente en tal caso es la ordinaria. El caso a que nos referimos es de común ocurrencia pero no por ello deja de señalar una crasa ignorancia jurídica.

ACCIONES POSESORIAS GENERALES

PRIMERA GENERAL

«Sólo el que ha conservado la posesión desde que la adquirió o que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto en el año anterior, podrá establecer una acción posesoria», dice el artículo 321; que se refiere única y exclusivamente a la primera general para recuperar la posesión. Algunos sostienen que es extensiva a todas las acciones posesorias, lo cual es un error, pues basta leer el artículo 333, que habla de obra nueva, y dice puede instaurarla aun el simple avisante o restaurador, para convencerse de que es imposible que la disposición del artículo 321 sea general a todas las acciones. Y hay más: el 331, que estudia la acción por despojo, concede que el mero tenedor pueda hacer uso de ella, lo que echa por tierra la teoría que criticamos. Luego, más adelante, el artículo 323 precisa y aclara el 321 confirmando tácitamente lo que sostenemos, al decir que «la acción para hacer efectiva la posesión puede intentarse solamente por los poseedores regulares», es decir, por los que tengan título y paguen el impuesto; disposición, que comparada con los artículos 333 y 331 que establecen para las acciones que respectivamente estudian lo contrario, y con el 328, que con su silencio implica que la acción por perturbación puede instaurarla el que no sea poseedor regular, puesto que si no fuera así, lo hubiese expresado con la rotundidad del 323, demuestra la exactitud de la tesis que sostenemos. Dos casos contempla el artículo comentado, o para mejor decir, uno solo en su esencia, pues el segundo no es sino una presunción de que existe el primero. Veámoslos: «Sólo el que ha conservado la posesión desde

que la adquirió» puede intentar la acción a que nos referimos, es decir: únicamente el que una vez expedido el correspondiente título haya pagado sin interrupción alguna el impuesto anual, puede intentar la primera acción; pues si ha dejado un año siquiera de pagarlo, por olvido o cualquiera otra causa, ha dejado de ser poseedor regular puesto que no ha conservado la posesión de la manera que lo establece el artículo 303, y por consiguiente es un poseedor ordinario de la clase que habla el 310; y a ser esto así, no puede, de acuerdo con el artículo 323, intentar la acción primera general. Pero pudiera objetarse que el artículo al decir: «o que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto en el año anterior», concede a quien tiene título y ha cumplido el pago del impuesto únicamente en el año anterior, pero no en los otros, el derecho de hacer uso de la acción, siendo así que ya no es poseedor regular. Pero lo que acontece no es eso, sino que el Legislador establece con ello la presunción de que quien teniendo título justifique el pago del impuesto en el año precedente, lo ha pagado puntualmente desde que el título le fue expedido, y que por lo tanto «puede instaurar la acción». Pero como es una presunción legal, admite prueba en contrario, y si así sucediere, no surtiría sus efectos la acción intentada.

«La acción para hacer efectiva la posesión puede intentarse solamente por los poseedores regulares, contra los que han adquirido sobre su mina posesión ordinaria, violenta o clandestina», dice el artículo 223, artículo que parece vedar el ejercicio de la tal acción cuando hace surtir sus efectos contra otro poseedor regular, ya que excluye a éstos de la enumeración. Pero no sucede así, pues más adelante el 525 llena la deficiencia de que adolece aquél y claramente deja establecido el principio que la razón indica, pues no hay motivo jurídico alguno que autorice la tal exclusión. Aunque el artículo no lo dice, a diferencia del correspondiente al Código Civil, se entiende que la acción puede dirigirse no solamente contra los que han adquirido sobre sus minas posesión ordinaria, violenta o clandestina, sino también contra cualquiera persona «cuya posesión se derive de la del usurpador por cualquier título», pues a no ser así quedaría fácilmente burlado el poseedor regular que sufriese privación injusta de su posesión, por otro que la hubiera traspasado a un tercero. y lo natural, lo conforme con un no torcido criterio jurídico, indica al que aplica la ley inteligentemente, no los términos en que un artículo esté concebido, para adherirse a él estúpida y mecánicamente, sino tratar de sondear y de estudiar su espíritu, hasta encontrar la solución más apta, la más jurídica, aunque no sea aparentemente la más conforme con la letra no clara, o con el silencio desesperante de la ley. Según el mismo artículo que estudiamos, únicamente el poseedor regular está favorecido con la primera acción posesoria general, lo que a nuestro modo de ver es lo más acertado y lo más aceptable, pues siendo, como es, la posesión regular la única que propiamente podemos llamar tal, pues las otras de que habla el Código de Minas no son sino un remedo suyo; y siendo claro que el único que puede recuperar la posesión es el que la tenía con anterioridad al acto puni-

ble, sería una irregularidad más acumulada a las muchas de que el Código de Minas adolece, conceder la nombrada acción a los otros que él ha dado en llamar caprichosamente poseedores.

Pero ya que hemos mentado irregularidades en esto de acciones posesorias de minas, se nos ocurre preguntar, cuál más grande, más enormemente desproporcionada que la piedra básica de ellas: la posesión de minas. Según el Código la posesión regular (que es la propiamente tal), se adquiere por el título y se conserva por el pago del impuesto. Luego quien se encuentre en tales condiciones, aunque real y verdaderamente no tenga la mina, porque otro, por ejemplo se la haya arrebatado, sí tiene su posesión; y la tiene, porque ella no se pierde sino por el incumplimiento en el pago del impuesto. Tenemos, pues, que quien no ha perdido la posesión, sin embargo tiene que recuperarla pues la ley le concede expresamente acción para hacerlo. Es decir, tiene que recuperar lo que no ha perdido. Esto es una absurda e inexplicable contradicción, que pone a la vista del más estrecho criterio que pueda darse la deficiencia de la posesión de minas; pues es algo tan abstracto, tan ideal, que no se armoniza con la práctica; basta leer el artículo 326 para convencerse de la veracidad de lo que decimos: «La acción para hacer efectiva la posesión de una mina no prescribe mientras se conserva la posesión regular de ella», o sea, la acción para recuperar la posesión *perdida* no prescribe mientras la posesión *no se haya perdido*. Habráse visto más rara disposición? Pero ella es una obligada consecuencia de la posesión, tal como se la ha concedido, pues es claro que al no perderse la posesión regular sino por el no pago del impuesto, es imposible que prescriba la acción. Pero ¿cual acción? por qué existe la acción para recuperar la posesión, si ella se conserva?

Todo pudiera remediarse quitando el exorbitante privilegio que se concede al minero, al ponerle como único medio para adquirir la posesión la expedición del título; y como único peligro de perderla el no pago del impuesto; y decimos que todo, pues no solamente se haría desaparecer la contradicción apuntada, puesto que pudiendo adquirirse y como consecuencia perderse por otras causas, sería lógica la acción, sino que también se favorecería la industria en general, y no a la unidad que la explota, en particular, obligando al minero además del pago del impuesto a la explotación de la mina para conservarla, y poniéndole, para en caso de verse privado de ella, el deber de recuperarla en un lapso más o menos largo, so pena de adquirir un tercero la posesión- dominio por prescripción adquisitiva. Y es que tal como hoy existe entraña una dolorosa injusticia, pues quien tiene título y paga el pequeño gravamen anual puede confiadamente dejar sin explotación su mina, permitir que un tercero la explote por los años que quiera (creyendo acaso éste que va a adquirirla por prescripción.), que invierta su capital, que agote sus energías en tan ardua labor, y mañana, cuando a bien lo tenga el favorecido con el título, ejercita la acción concedida, *recupera* lo que según la ley no ha *perdido*, y el pobre minero queda por puertas, pues no adquirió ningún derecho en la constante, íntima comunicación con la mina, a la cual dió vida,

ofrendó su salud y acaso sacrificó su porvenir, pues había otro que holgada y tranquilamente, sin un esfuerzo, sin desgaste de actividad, se hizo con anterioridad señor y dueño absoluto.

Puede también darse otro caso que pone de manifiesto las contradicciones a que da lugar la tal posesión, y es el de que dos o más individuos tengan título y paguen el impuesto, pues en tal caso todos son poseedores regulares puesto que llenan cumplidamente las exigencias legales, y por tanto cada uno tiene la *tenencia material* de toda la mina, es poseedor *absoluto* de ella. Francamente, lo mejor sería modificar, dándole una orientación armónica y justiciera, la posesión, para que ella no sea fuente de absurdos y de abusos también. Pues si cuando comentamos la posesión civil hicimos ver sus deficiencias, que las tiene, al compararla con ésta de minas, no podemos menos de confesar que si bien la primera es oscura, permite por su misma oscuridad interpretaciones distintas, que pueden hacer desaparecer en parte las irregularidades; pero en tratándose de posesión de minas, como es demasiado clara, rotunda y precisa, no da lugar a cubrir con sutilezas y con distingos jurídicos sus defectos, aminorando las injusticias en algo.

Se impone la prescripción adquisitiva, la supresión de la prerrogativa concedida al impuesto, como medio único de conservar la posesión; más todavía, como existe, de conformidad con el artículo 3.º de la Ley 59 de 1909, que modificó al 45 de la Ley 292 de 1875, la concesión de pagar de una vez, llenando ciertas condiciones, lo que debería pagarse en cuarenta años, para quedar libres del impuesto definitivamente, pues es más grave aún el defecto, ya que no hay siquiera la remota esperanza de que el dueño de una mina que no explota, deje de pagar el impuesto y vuelva la mina a la Nación.

«El derecho del poseedor regular—dice el artículo 324—es siempre preferible al de todo otro poseedor», lo cual confirma lo ya dicho, o sea que el poseedor distinto del regular no es poseedor sino de nombre, pues el único que verdaderamente posee una mina es el que tiene el título y paga el impuesto.

Cuando existan dos o más poseedores regulares habrá preferencia entre ellos por razón de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 325; en el caso de que entre varios individuos que tengan título de una mina el más antiguo deje de pagar el impuesto, pero el otro o los otros lo hagan, no pierde aquél—en nuestro concepto—sin embargo la posesión privilegiada, pues el impuesto que grava la mina ha sido pagado, no importa por quién, ya que es algo muy objetivo, pues el gravado no es el poseedor sino la mina poseída. La antigüedad se computa, según la misma disposición, por la fecha de los respectivos títulos. Este Art., como ya lo dijimos, llena el vacío del 323, que pudiera acaso interpretarse en el sentido de que la acción recuperatoria no puede instaurarse contra el poseedor regular, sino existiera el 325, que es posterior y muy claro, pues al decir que entre dos o más poseedores habrá preferencia por razón de antigüedad, es porque admite que la acción para hacer efectiva la posesión puede instaurarse por el poseedor regular contra el poseedor de igual clase.

Cuando prescribe esta acción?

Como ya vimos, según el artículo 326, la primera acción posesoria general no prescribe mientras se conserve la posesión regular de la mina, o sea, mientras se pague el impuesto, teniendo, como es indispensable, el consabido título. Como ya habíamos adelantado nuestra opinión a este respecto, observando la contradicción a que da lugar, pero reconociendo también que es, sin duda alguna, más consecuente el Código de minas en el particular, que la ley civil, si se interpretan las disposiciones sobre justo título, etc., de la manera que en su lugar combatimos, no nos resta añadir nada ya.

SEGUNDA GENERAL

Hasta este artículo habla el Código de la primera acción posesoria general, para recuperar o hacer efectiva la posesión; viene en seguida a tratar el 328 de la segunda general: la para conservarla, dice así: «El poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace su posesión o se le despoje de ella, que se le indemnice del daño que ha recibido y que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme». Este artículo es exactamente igual al correspondiente del Código Civil, hasta en lo impropio, pues como en su lugar dijimos, introduce, hablando de la segunda acción posesoria general, la tercera, al decir que el poseedor tiene derecho para pedir que no se le despoje de su posesión. De estas impropiedades está lleno el Código; a cada paso se tropieza con ellas, principalmente en aquellas disposiciones que son tomadas del Código Civil, pues se copian de éste con todas sus cualidades y defectos. Tres derechos puede hacer valer el poseedor de una mina de conformidad con esta disposición: 1º.—Pedir que no se le turbe o embarace su posesión, es decir, que si alguien le dificulta en el goce pleno y pacífico de su derecho ejecutando actos que le causen molestia, puede recurrir a la justicia para que ella, protegiéndole, ordene que cese la molestia o embarazo que se le infiere. 2º.—Que se le indemnice del daño que ha recibido, esto es, que si por los actos llevados a cabo por otro en su mina ha sufrido perjuicios, tiene derecho para exigir de quién es autor de ellos la reparación de los daños causados. Hay que tener muy en cuenta, eso sí, que en la misma acción posesoria no puede pedirse la indemnización de perjuicios, pues ello es objeto de un juicio ordinario, al cual hay que recurrir para lograrlo. Constantemente, en la práctica, incurren en ese grave error hasta jurisperitos distinguidos y de muy buenos conocimientos en la materia. 3º.—Que se le dé seguridad contra el que fundadamente teme; esto es, que se ordene al perturbador abstenerse de ejecutar los hechos en que consiste el embarazo. El artículo 988 del C. J., en su inciso segundo, indica el medio de que el Juez debe valerse para dar seguridad contra lo que fundadamente se teme: «el Juez dispondrá que el demandado se abstenga de ejecutar los hechos en que consiste la perturbación o embarazo, que justamente se teman, so pe-

na de quedar el actor obligado a pagar una multa de cincuenta a mil pesos, según la importancia y gravedad del caso, por cada acto o hecho subsiguiente».

Sobre quién puede entablar esta acción, no es preciso, no es claro el Legislador, pues dejando a un lado la rotundidad que emplea al tratar de la primera general para hacer efectiva la posesión (artículo 323), y de la especial de obra nueva, lo mismo que en la por despojo, dice solamente que «el poseedor tiene derecho etc.» dando lugar con esa oscuridad a incertidumbres y dudas en quién ha de aplicar la Ley. Sin embargo, la interpretación más ajustada a un sano criterio jurídico, es la de que puede intentarla no sólo el poseedor regular sino también el ordinario que derive la posesión del aviso, pues de lo contrario el artículo hubiese dicho expresamente, a ejemplo del 323, que sólo el poseedor regular podía intentarla. Además, como esa acción no es de tan graves alcances, ni implica, como la primera general, una tan honda vinculación entre el actor y la cosa que se litiga, es muy explicable que pueda instaurarla el que no tenga carácter de poseedor regular. Por otra parte, en ella no se discute, como en la otra, la propiedad del suelo en sí mismo, nó; lo que acontece es algo que necesariamente no dá a quien sea perturbado, o para mejor decir: no presupone en él la calidad de propietario, esa íntima y profunda relación que es necesaria para discutir, como en la primera, el suelo en sí mismo. Pasa lo mismo que en el denuncia de obra nueva, y como ya lo veremos más adelante, se concede que pueda hacerlo el mero poseedor ordinario. Y no hay razón que justifique la diferencia entre los que puedan intentar la una y la otra acción, pues, como ya se dejó establecido, entre ellas no existe más distinción que la caprichosa de la Ley.

Prescripción

Esta acción prescribe al cabo de un año, al igual que la correspondiente del Código Civil. No aparece clara la razón que el Legislador haya tenido para declarar imprescriptible la primera acción posesoria general y no las otras. Tal vez haya tenido como fundamento para esa diferencia, el que la acción para hacer efectiva la posesión no puede ser instaurada sino por el poseedor regular, y como éste se supone que no ha perdido la tenencia material, tampoco tiene por que tener en su contra la prescripción; al paso que las otras acciones, como pueden ser intentadas por quien no es poseedor regular, y como además, una perturbación, una molestia puede efectuarse sin que por ello se pierda la tenencia material, pues sólo se dificulta en su disfrute a quien la goza, no se oponen a la prescripción, ya que en éstas no implica, como en aquélla, una contradicción. Pero en verdad el punto es muy discutible por lo oscuro y no nos adherimos, por tanto, a las dichas razones con sólida firmeza.

ACCION POR DESPOJO

«Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, tendrá derecho para que se res-

tablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, sin que pueda objetarse clandestinidad ni despojo anterior.» Esta disposición, como se ve, es casi la misma, o mejor dicho la misma del Código Civil; pues aunque suprime algo de lo que aquél dice, tal vez sea lo más probable que ello se deba a un olvido, y que no implique una sustancial diferencia con él. Esta acción no es propia y exactamente posesoria, puesto que está favorecido con ella aun el mero tenedor. Es un recurso que la Ley concede a quien ha sido víctima de la fuerza; una sanción para quien, haciendo caso omiso de los preceptos legales y morales que está obligado a respetar, pues han sido establecidos para que a ellos ajusten su proceder los ciudadanos, que no para los que lo violen emplea la fuerza material, para que vaya a su poder lo que quiere, con razón o sin ella, agregar a su patrimonio. No vale objetar que el despojado, a su vez, había procedido de la misma manera, pues ahí estaba la justicia para impartirse equitativamente; a ella debió recurrir quien había sido despojado primero, en lugar de obrar de igual modo. Si no fuese así cada uno emplearía como ley la propia voluntad, y no tendría razón de ser, estaría por demás la autoridad. Pero no es esta acción en verdad posesoria, pues se desprende de la misma palabra posesoria lo que debe proteger: la posesión; y aquí lo que se favorece es la situación antecedente al acto punible del despojo; la que puede ser o nó posesión. No está, por tanto, bien catalogarla, como se la cataloga, entre las acciones posesorias.

Es una acción muy breve y sumaria, correspondiendo así a la magnitud del hecho, a la necesidad de volver la armonía quebrantada, el roto equilibrio; como se supone que el lesionado por la violencia volverá rápidamente por sus fueros, prescribe la acción en corto tiempo, en seis meses, quedando, sin embargo, a salvo el derecho del poseedor, si lo era el despojado, para que en un juicio posesorio haga efectiva su posesión en cualquier tiempo, pues este derecho no prescribe. Pero si por desgracia para él no fuere poseedor regular, no le queda más recurso una vez transcurridos los seis meses, que hacerse expedir el título y llenar los demás requisitos legales, si no le fuere imposible, para poder vindicar su derecho.

ACCIONES POSESORIAS ESPECIALES

Hasta el artículo 333 exclusive, trata el Código de las acciones posesorias generales; de allí en adelante lo hace de las especiales. Es, pues, la misma división que el Código Civil establece, con la accidental diferencia que el Código de Minas lo hace en un solo capítulo, al paso que aquél dedica dos secciones distintas para ello.

Dos son las acciones posesorias generales: LA DE OBRA NUEVA Y LA DE OBRA VIEJA. La primera es de gran ocurrencia, por lo cual su estudio interesa en sumo grado; pero la segunda rara vez tiene efecto práctico, al contrario de lo que ocurre en materia civil, pues en minas es muy distinta la situación, y sería por ello muy escaso y excepcional el denuncia, pues la misma naturaleza de la materia dificulta e imposibilita, si no

absoluta, si relativamente, la presentación o realización del hecho. Por esta razón, y por ser las disposiciones sobre obra vieja exactamente iguales a las correspondientes civiles, haremos lo más brevemente posible su análisis para evitar repeticiones que a nada conducen.

OBRA NUEVA

«El poseedor regular de una mina—dice el artículo 333—y el descubridor o restaurador que no hubiesen perdido sus derechos, pueden pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir, y pueda impedir o dificultar el laboreo de ella.

«Pero no tendrán derecho de denunciar con este fin las obras necesarias para precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente, etc., con tal que en lo que puedan incomodarlo se reduzcan a lo estrictamente necesario, y que terminados, se restituyan las cosas al estado anterior, a costa del dueño de las obras.

«Tampoco tendrán derecho para embarazar los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza de los caminos, acequias, cañerías, etc.»

Según esta disposición, el denuncia de obra nueva no es privativo del poseedor regular, sino que también el descubridor o restaurador puede intentarla. La razón en que esta disposición se basa para concederle al poseedor ordinario la tal acción, es jurídica y consulta los principios de la equidad y de la lógica; pues si se da a un individuo por el hecho de avisar una mina, la facultad de buscar y catear, así como la de imponer las servidumbres necesarias, para que de este modo estudie conscientemente si le es o nó conveniente adelantar y formalizar, por así decirlo, el aviso, hasta obtener título que le garantice plenamente el derecho a que tiene preferencia desde el momento mismo en que procedió a avisar la mina, es natural que se le den garantías, que se ponga a su disposición la acción que pueda protegerle eficazmente para el caso de verse embarazado en sus labores, por quien, sin derecho alguno, lleva a cabo obras que surten efectos dañinos y que impiden o hacen nulo sus esfuerzos. De lo contrario se le dejaría desamparado y al arbitrio del primer vecino, que por una u otra razón quisiese oponerse velada e indirectamente a la consecución por parte del avisante, de un título que le hiciese poseedor absoluto de la mina, pues mal podría el descubridor o restaurador adelantar las diligencias del caso y pagar lo exigido para ello, sin antes saber de manera segura que puede sacar un provecho que corresponda plenamente a los gastos que tendrá que hacer, acaso no proporcionados a sus medios, para lograr un título.

Al conceder la ley esa acción al descubridor o restaurador y no a toda clase de poseedor ordinario, lo ha hecho en consideración a que los otros poseedores de esta clase no lo son sino de nombre, pues en realidad de verdad no tienen nada de poseedores, porque con un solo acto que ejecute un tercero, que avise la mina, por ejemplo, pierden su calidad nominal de tales, y en consecuencia tendrían tanto derecho, para instaurar una acción, como el primer extraño que tal cosa pretendiese. Agrega

el artículo «que no hubieren perdido sus derechos», al referirse a los restauradores o descubridores, lo que está por demás, pues es claro que quien ha perdido el derecho que antes tenía, no puede defenderlo, pues ya no le pertenece. Y en el caso concreto que estudiamos pasaría a figurar en la fila de los que podemos nombrar falsos poseedores ordinarios, de que habla el artículo 305.

Pero no solo puede intentarse la acción contra una obra que se esté construyendo, sino también contra la que se trate de construir; y no es necesario que impida en ese momento el laboreo de la mina o que lo dificulte, basta con que pueda impedirlo o dificultarlo. En esto la Ley es demasiado liberal y amplísima y peca por lo teórica, pues es casi, o mejor dicho, imposible, saber cuando una obra que aun no se ha construido va a obstaculizar o impedir el laboreo de la mina, o que otra que está ya en construcción pero que aun no produce tal efecto, pase a producirlo luego. En qué sólido fundamento cimentaría el Juez una sentencia en la que prohibiese a una persona la construcción de la obra que sólo ha pensado llevar a cabo, por que un minero crea que ella va a estorbarle en sus labores?. Lo mas práctico y aconsejable es, sin duda alguna, que el minero aguarde que la construcción de la obra empiece, y no sólo esto, sino también a producir el efecto dañoso, para intentar la acción, pues sólo de este modo tendría verdadero derecho para hacerlo. Sin embargo, como la Ley lo dispone de otro modo, en ella puede apoyar la acción quien previendo que sus intereses van a ser lesionados por los de otro, no tenga la recomendable paciencia para aguardar y palpar las proyecciones y resultados de la obra. En esta disposición, como en todo el conjunto que presentan las demás del Código de Minas, se puede palpar el nocivo y exagerado individualismo que lo caracteriza, que es, sin que quepa duda, su máximo defecto, pues pospone en la mayoría de los casos intereses vitales del conjunto asociado, a los de la unidad, formando un desequilibrio que impide el armónico progreso; desviando y torciendo la corriente de los más, con perjuicio para todos, en bien de un pequeño núcleo de industriales. En este artículo no se encuentra la impropiedad que afecta al 986 del Código Civil, pues no dice como él que puede «impedir toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión», sino que suprime esta última parte, precisando y distinguiendo así, evidentemente, las unas acciones de las otras: la general por perturbación y la especial de obra nueva. Con esta supresión que hace el artículo 333 del Código de Minas se reafirma la teoría comunmente aceptada, no sólo por los comentadores sino también por la doctrina de los Tribunales y la Corte de que existe una fundamental diferencia entre la acción por perturbación y la de obra nueva, teniendo lugar la primera cuando los actos se ejecutan en el mismo predio, y la segunda, cuando en predio distinto, pues esa supresión equivale a aceptar la tal distinción de una manera tácita, pero que no deja lugar a dudas.

Los dos últimos incisos del artículo que estudiamos establecen las excepciones al principio general, excepciones que se justifican plenamente, pues no sería equitativo dar a un propie-

tario demasiadas garantías, ilimitados derechos, sino que es necesario poner las restricciones que la colectividad exige, para no lesionar y quebrantar los intereses de uno, bajo el pretexto de reafirmar y favorecer los de otro. 1º. No habrá derecho por parte del minero para denunciar como obras nuevas las que sean precisas para evitar la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente etc. Creemos, que al contrario de lo que sucede en el artículo 986 del Código Civil, estas obras se llevan a cabo en predio distinto, pues, como queda dicho, el Código de Minas, al suprimir la frase «en el suelo de que está en posesión», varió completamente el caso y creó una situación bien distinta de la que establece el 986 del Código Civil. De tal suerte que el caso es el siguiente: Un propietario se ve precisado a ejecutar dentro de los límites de su predio una obra necesaria para precaver la ruina que amenaza un edificio u otra obra de las enumeradas en el artículo, pero esa obra surte efectos contrarios en una mina cercana; pues bien: el minero, conforme al artículo, no podrá oponerse a la obra mientras ella no exceda los límites que la necesidad impone, teniendo derecho, eso sí, para que una vez terminados los trabajos, se restituyan las cosas al estado anterior a costa del dueño de las obras, es decir, para que el estado perjudicial de cosas que existe, cese; así, por ejemplo, hubo necesidad de botar a su mina tierra o piedras u otro objeto cualquiera, para salvar el puente, acueducto o canal que amenaza ruina, tendrá derecho para exigir de quien ejecutó la obra, que vuelva a su estado primero las cosas, a su costa, una vez terminada la causa que dió origen a ellas.

Tampoco puede el minero impedir los trabajos tendientes a mantener la limpieza del caso en los caminos, acequias, cañerías, etc., por las mismas razones apuntadas. Conviene recalcar lo tantas veces dicho: aunque las palabras en que están concebidos los dos últimos incisos son exactamente las mismas que el 986 del Código Civil emplea, en nuestro concepto, los casos son diversos, pues en el último los tales trabajos se ejecutan dentro de la misma heredad perjudicada con ellos, pues así lo da a entender claramente el artículo, al paso que en el 333 tienen lugar, a nuestro modo de ver, en predio distinto, pues así parece deducirse de la expresión anotada ya; talvez estemos errados en esta apreciación, pero en todo caso el punto es muy dudoso, y por ello nada dogmático puede decirse al respecto.

«Son obras nuevas denunciabes, dice el artículo 336, las que construidas en el predio sirviente embarazan el goce de una servidumbre constituida en él, a favor de una mina cualquiera». Este artículo, por su no clara redacción, se presta a falsas interpretaciones, pues al decir tan rotunda y secamente: «son obras nuevas denunciabes etc.» parece a primer golpe de vista que el caso que él estudia es único de denuncia de obra nueva. Tan cierto es que la disposición da lugar a torcidas deducciones, que alguien llegó a sostener que el único caso de obra nueva es el contemplado por el mencionado artículo 334; lo cual es un gravísimo error en que tiene parte el Legislador, por lo obscuro y no preciso, y el no jurídico criterio del abogado, pues eso de aferrarse torpemente a la letra de un artículo despreciando armoni-

zarlo con los otros, no da lugar a que terceros se formen de quien así lo hace un luminoso concepto, pues demuestra en él poca agudeza, no inteligente discernimiento y escaso criterio. El artículo, para ser claro, debió haber dicho que son obras nuevas especialmente denunciabes etc., pues así hubiera impedido que las interpretaciones equívocas tuviesen lugar, no dejando lugar a duda acerca de que la disposición no es única, sino que contempla un caso de obra nueva sin perjuicios de los demás que existen. Pero entremos a comentar la disposición en sí misma: El caso que señala es éste: en un predio gravado con una servidumbre en favor de una mina, se hace imposible o difícil que ésta se beneficie, que goce ampliamente del agua, pues se ha torcido el curso de ella, v. g. Entonces el minero puede, sirviéndose de la acción de obra nueva, obligar al dueño del predio a no continuar ejecutando el hecho que la perjudica, pues de lo contrario si no pudiese hacerlo, de nada le serviría ser titulario de un derecho si era potestativo del otro cumplir o no el correlativo deber. En una palabra: lo que el artículo consagra es una necesaria consecuencia de las servidumbres, que nuestra legislación, al igual que todas, establece.

La acción de obra nueva no tenía en la práctica un resultado que correspondiese a la teoría; era demasiado ineficaz, pues las leyes adjetivas no proveían de la sanción que garantizase su cumplimiento; y una vez obtenida, por parte del denunciante, la sentencia deseada, no tenía modo alguno de hacerla cumplir. Pero el nuevo Código Judicial dice en su artículo 994 que si el que ejecuta la obra no la suspende como lo ha ordenado el Juez, éste puede imponerle multas sucesivas, hasta que se decida a cumplir lo ordenado. Se ha llenado con esta disposición un gran vacío, que permitía al perturbador continuar tranquilamente su obra obstaculizadora, con el convencimiento de que la misma ley se encargaría de dejar burlada a la Ley, puesto que el Código adjetivo no desarrollaba y complementaba al sustantivo.

OBRA VIEJA

Los artículos 335, 336 y 337 hablan del denuncia de obra vieja, y son tomados exactamente del Código Civil con la variación de las palabras estrictamente necesarias; y como ya anteriormente comentamos esas disposiciones poco nos queda al respecto. De otro lado, es sumamente rara en la práctica su aplicación; si el caso se presenta, será muy de tarde en tarde.

Según las disposiciones mencionadas, puede querellarse al Juez el que tema que la ruina de un próximo edificio le pare perjudicio, para que si estuviese muy deteriorado y no admitiese reparación, lo derribe su dueño, y en el caso opuesto, haga la reparación inmediatamente. Pero si en el término por el Juez señalado el querellado no procediese a hacer lo uno o lo otro, se derribará el edificio o se hará, a su costa, la reparación del caso. Si el daño que se teme no fuere de suma gravedad, y el querellado rindiese una caución que garantice plenamente el resarcimiento de los daños, se aceptará, sin necesidad, por tanto, de proceder de otra manera. Si fuere necesario que otro distinto del

querellado haga la reparación, por negarse a ello éste, se conservarán la forma y dimensiones del antiguo edificio, en cuanto la alteración no se impusiese para precaver lo que se teme; en cuanto no sea incompatible con el objeto de la querrela. las modificaciones se ajustarán a la voluntad del dueño.

Si una vez notificada la querrela el edificio se viniere a tierra por su mala construcción, se indemnizará al dueño de la mina de todo perjuicio; pero si hubiere sucedido el hecho por un caso fortuito, como avenida, terremoto, etc., la indemnización no tendrá lugar, a menos que se probase que el hecho fortuito no hubiera sido suficiente a derribarlo, sin el mal estado del edificio. Es necesaria la notificación de la querrela, pues de lo contrario, sería una injusticia notoria obligar a pagar indemnización al dueño de la obra vieja, cuando él no tenía acaso noticia del peligro a que exponía a su vecino.

Estas disposiciones según el artículo 338 se hacen extensivas al peligro que se tema de otra obra cualquiera o construcción, o «de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia».

Hasta este artículo trata el Código del denuncia de obra que amenaza ruina, y ya en el 339 trae una disposición común a la obra vieja y a la obra nueva; dice así: «Siempre que haya de prohibirse, destruirse o emendarse una obra perteneciente a muchos, puede intentarse la denuncia o querrela contra todos juntos o contra cualquiera de ellos; pero la indemnización a que por los daños recibidos hubiere lugar, se repartirá entre todos por igual, sin perjuicio de que los gravados con esta indemnización la dividan entre sí, a prorrata de la parte que tenga cada uno en la obra». Este, que es el primer inciso, dispone muy racionalmente que cuando la obra nueva o vieja pertenezca a varios, puede intentarse contra cualquiera de ellos la acción, pues en ese caso, como hay indivisión, cada uno representa, no su parte, pues es indeterminada, sino la totalidad; algo muy distinto es si se trata ya de la indemnización de perjuicios, pues no tendría uno sólo por qué pagar los causados, siendo así que la obra no le pertenece en su plenitud; para este caso dispone el artículo que se reparta entre todos por igual, sin perjuicio de que si la parte que cada uno tiene en la obra no sea la misma, hagan ellos particularmente el prorrato, el que no está obligado a hacer el perjudicado, pues él no tiene por qué estar al corriente de la parte que tengan los comuneros en la obra.

El segundo inciso del artículo, dice: «Y si el daño sufrido o temido perteneciere a muchos, cada uno tendrá derecho para intentar la demanda o querrela por sí solo, en cuanto se dirija a la prohibición, destrucción o enmienda de la obra; pero ninguno podrá pedir indemnización sino por el daño que él mismo haya sufrido, a menos que legitime su personería relativamente a los otros». Este segundo inciso, como se ve, contempla el caso opuesto al primero, pues no es ya la acción de uno contra varios, sino a la inversa, de varios contra uno, la que se intenta. Ella puede ser instaurada por uno solo de los comuneros, por la misma razón que ya vimos en el opuesto caso, sólo en lo que se refiere a prohibición, destrucción o enmienda de la obra, pues en

cuanto a perjuicios, no es competente para pedir sino los que él mismo haya sufrido; pero si los otros lo autorizan en forma legal, puede en nombre de todos exigir la indemnización.

Hasta ahora hemos estudiado las distintas acciones separadamente, comentando los artículos que encajan en cada una de ellas; veremos en seguida, para concluir, aquéllos que son comunes a todas las acciones, pues ya así quedará bosquejado a grandes pinceladas el estudio que hemos emprendido audazmente.

«El usufructuario es hábil para ejercer por sí las acciones y excepciones posesorias dirigidas a conservar el goce de sus respectivos derechos, aun contra el propietario mismo. El propietario es obligado a auxiliarlo contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto», dice el artículo 329, artículo que es extensivo, como ya se dijo, a todas las acciones posesorias, pues es una obligada consecuencia del artículo 320, ya que según él, las acciones posesorias tienen por objeto «hacer efectiva o conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituidos en su favor», y por tanto el usufructuario, como poseedor del derecho de usufructo, que es real, puede servir de las acciones y excepciones necesarias, ya para hacer efectiva, ora para conservar la posesión, así como para ejercer las posesorias especiales, pues de lo contrario se daría el caso desatado de un poseedor que no puede valerse de medio alguno para mantenerse en la posesión de su derecho. Y eso aun contra el propietario mismo, pues éste es dueño de la mina en sí, abstractamente, y aquél es propietario, no del suelo, no de la mina, pero sí del derecho de usufructuarse de ella, y por consiguiente las dos posesiones son perfectamente distintas, quedando el dueño de la mina en la misma calidad que un tercero respecto al usufructuario; y pudiendo éste defenderse de él con la misma libertad e independencia que lo haría en tratándose de un extraño, pues el dueño lo es en absoluto respecto al derecho de usufructo. Pero el propietario, si lo solicita el usufructuario, tiene la obligación de protegerlo contra toda usurpación extraña, pues entonces sucede que éste, con legítimo derecho acude al nudo propietario para que le garantice ampliamente el goce del derecho constituido sobre su inmueble, ya que por razón de justicia está obligado a hacerlo, pues cuando el usufructo queda establecido impone necesariamente al propietario, que limita su dominio en bien del usufructuario, la ineludible obligación de reafirmarle, en el goce absoluto de la cosa, pues si así no fuere no tendría razón de ser el usufructo.

Dos derechos, en suma, tiene, de acuerdo con el comentado artículo, el usufructuario: lo Ejercer las acciones conducentes para conservar el goce de su derecho, y 2º. Obligar al dueño, al nudo propietario, a que le proteja contra todo usurpador extraño. A este respecto dice el Dr. Fernando Velez: «La Ley no dice en que debe consistir el auxilio de que se trata. Por lo mismo, parece no puede exigírsele uno especial, como de dinero para los gastos que requiera la acción respectiva, sino el que sea compatible con la naturaleza de las cosas. Si el propietario tiene en su poder los documentos públicos que prueben la posesión corres-

pondiente, juzgamos que debe ponerlos a disposición de los poseedores de los derechos mencionados.» Creemos está en lo cierto el doctor Vélez, pues no se vé qué otra clase de auxilio pueda prestarle el propietario, ya que el usufructuario, como poseedor que es de su derecho, es quién debe defenderlo y hacer las erogaciones del caso, pues aunque él es un mero tenedor de la cosa fructuaria, no lo es del derecho sobre ella constituido, del cual es propietario, y por lo tanto en tratándose de éste, es el llamado a ejercer las acciones pertinentes; pero, si como dice el Dr. Vélez, tuviese el dueño o propietario en su poder los documentos que necesite el usufructuario para probar su derecho, y siempre que éste los solicite, debe exhibirlos y proporcionárselos para que pueda establecer la propiedad de su derecho.

El artículo 330 dice: «Las sentencias obtenidas contra el usufructuario obligan al propietario, menos si se tratare del dominio de la finca o de derechos anexos a él: en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio». Esta disposición hace ver con mayor claridad la gran diferencia que existe, o para decir mejor, las dos distintas propiedades o posesiones que hay en los casos contemplados por este y el anterior artículo: la una, concreta, que consiste en la facultad de gozar de una cosa, con algunas restricciones, de aprovecharse de ella, o sea la propiedad del derecho de usufructo; la otra, abstracta, que es la que tiene el nudo propietario sobre la cosa en sí, pero limitada por la otra, puesto que no puede aprovecharse de la cosa, beneficiarse de ella, mientras el usufructo dure. Aquella, como es lógico, puede defenderla el usufructuario, pues es suya, y por tanto, mientras que se limite a ello solamente, tiene que aceptar sus consecuencias el nudo propietario, y así: «las sentencias obtenidas contra el usufructuario, obligan al propietario». Esta, (la nuda propiedad) únicamente el abstracto propietario puede defenderla, sin que tenga que aceptar aquéllos actos ejecutados sin su asentimiento, por un extraño (como lo es el usufructuario respecto a la nuda propiedad), y por consiguiente, no lo obligan las sentencias obtenidas contra el usufructuario «si se tratare del dominio de la finca o de derechos reales anexos a él: en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no hubiere intervenido en el juicio».

Creemos haber logrado establecer lo que deseábamos, o sea la razón fundamental para sostener que el artículo 329, es, no limitado a cual o tal acción, sino general a todas; si no lo hubiésemos logrado, lo lamentamos, pues indudablemente ello fué obra de nuestra deficiencia.

Antes de pasar a otro punto queremos hacer notar algo que se presta a distintas y discutibles interpretaciones, y que es de esencial importancia:

¿Puede el arrendatario ejercer, o no, acciones posesorias?
 ¿Y si no puede, en virtud de qué se le niega ese derecho?.

Algunos sostienen que el arrendatario puede, por sí, instaurar las acciones del caso para conservar el goce de la cosa arrendada; pero esta teoría no parece ser la verdadera, pues no está comprendido el caso del arrendatario en la definición del artículo 320, ya que aquél no es poseedor de la mina, ni tiene un dere-

cho real sobre ella, razón por la cual debe, si es turbado de una u otra manera en el goce de la cosa arrendada, acudir al arrendador para que le proteja, o para que, si en el caso de justificar el tercero usurpador algún derecho sobre la cosa con notable perjuicio suyo, cese el contrato en armonía con el artículo 1088 del Código Civil.

Prescripción

«Las acciones concedidas en este capítulo para la indemnización de un daño sufrido, quedan prescritas al cabo de un año completo».

«Las dirigidas a precaver un daño, no se prescriben mientras haya justo motivo de temerlo».

«Si las dirigidas contra una obra nueva no se instauraren dentro del año, los demandados o querellados serán amparados en su posesión interina, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho en juicio por la vía ordinaria.»

«Pero ni aun esta acción tendrá lugar cuando, según las reglas dadas en el Código Civil para las servidumbres, haya prescripto el derecho».

Por no alargarnos más, prescindimos de comentar el artículo en aquello que no presenta dificultad, concretándonos solamente a su tercer inciso, que se ha prestado a serias discusiones.

A primera vista esa parte de la disposición no presenta dificultad alguna, o mejor dicho, no la presenta en teoría, pero en la práctica es un escollo contra el cual se estrellan a cada momento ciertos criterios jurídicos. Daremos al respecto nuestra personal opinión, la que puede estar errada, pero como es un punto tan discutido, lo hacemos sin temor.

Tres teorías se disputan la interpretación del tal inciso. La primera sostiene que el año empieza a correr desde que la obra nueva comienza a construirse, basándose en que el Código Judicial habla de obras que se están construyendo, y que, por tanto, si la obra está construída ya, no es obra nueva.

La segunda teoría dice que empieza a contarse el año desde que la obra está terminada, y no desde que comience a construirse.

Según la última, la prescripción empieza a correr desde que la obra nueva causa perjuicios.

Cual de los tres sistemas está en la verdad? Nosotros empezamos por rechazar de plano el primero, pues él entraña consecuencias que, de aceptarse, borrarían en quien interpreta la ley toda idea tendiente a consultar la intención del Legislador: esa intención ha sido, sin que quepa duda, proteger al que se ve perjudicado en su posesión por actos que otro efectúa; y al aceptar que una vez construída la obra no puede favorecerse el lesionado, mediante una acción sumaria, como la posesoria, no se le protege en forma alguna, pues hay obras que se pueden llevar a cabo en cortísimo tiempo y entonces, como ya estarían terminadas, no serían obras nuevas y habría que acudir, para justificar el derecho, a un juicio ordinario. Además, en ese caso el año que la ley concede sería nulo, se esfumaría, pues si la obra se llevó a cabo en un mes, por ejemplo, dónde está el año?.

En principio la teoría más acertada es la última, debiendo empezar a contarse el año desde que la perturbación empiece, pues mal podría el perjudicado intentar una acción que tiene por objeto proteger la posesión, si en ella no ha sido molestado.

Pero como es demasiado difícil el establecer con precisión, en la práctica, cuándo una obra empieza a causar la perturbación o molestia, es necesario partir de una base más estable, indicando una época no tan difícil de señalar.

Conceptuamos, pues, que los partidarios del segundo sistema tienen la razón; que como tesis general, puede, o mejor, debe aceptarse que el año corre desde que la obra termina, que no cuando principia, pues así y sólo así, puede darse al artículo una interpretación, una aplicación armónica con el pensamiento del Legislador, ya que, repetimos, él tuvo en mira prestar protección al poseedor, evitándole las contingencias de un juicio ordinario. Sin perjuicio de que opinemos también que si en un caso dado fuere posible precisar el momento en que el embarazo tuvo principio, se debe empezar a contar el año desde ese momento. Probadamente esta circunstancia, el Juez debe declarar prescripta la acción, si se instauró una vez transcurrido el año desde que el perjuicio se causó, aunque no tenga un año de terminada la obra.

El Dr. Vélez dice que la prescripción empieza a correr desde que la obra termine; pero no parece que se le hubiesen presentado los múltiples inconvenientes del artículo, puesto que no se detiene en él, ni da la razón en que se funda para pensar de ese modo. Sin duda vió lo insostenible en el terreno jurídico de la primera opinión y no creyó necesario refutarla. Y en verdad, no encontramos un sólido fundamento que apoye la tal teoría, la que consideramos injurídica. Ella se basa en palabras de la ley adjetiva, pero hace a un lado las sustantivas, al igual que los dictados de la razón y los principios del derecho.

Las consecuencias a que ella lleva, pueden palpase hoy con más claridad, pues de acuerdo con los progresos materiales se dispone de un mayor número de elementos que permiten, por su perfección, ejecutar una obra en un lapso de suma brevedad, con lo que se hace imposible (al prevalecer el sistema que criticamos) el ejercicio de la acción posesoria.

Hay que tener en cuenta que la prescripción no se interrumpe sino por el hecho de la notificación de la demanda. De tal suerte que aunque la acción se intente a su debido tiempo, si no fue posible notificarla al demandado antes de que transcurra el año, prescribe. Esto, a nuestro modo de ver, no es justo, pues fácilmente puede hacer prescribir la acción el demandado, ocultándose por el tiempo necesario. Debería establecerse que si la demanda se intentó en tiempo, pero fué imposible su notificación por ocultarse maliciosamente el que debía ser notificado, no prescribiera mientras tanto la acción.

Medellín, octubre 9 de 1.924.

FRANCISCO RUIZ LUJÁN
(Estudiante de 2º año.)

EL SUEÑO DE AYACUCHO

Donato.—Muy justo es, señor don Luciano y doctor Bastidas, que ocupemos parte de este diálogo con el recuerdo de la Batalla de Ayacucho, cuyo primer centenario celebran hoy varias naciones. En efecto, el 9 de Diciembre de 1824 fue el día de esa grande acción, famosa en todo el mundo americano por haber consumado la emancipación de la América Española, abatiendo para siempre el dominio extranjero en este continente.

Marcelo.—Nada más justo, porque en Ayacucho se ostentó con esplendor particular y ascendió a su mayor fortuna el esfuerzo de nuestros libertadores, después de muchos años de empezado. Ante ese brillo y esa fortuna, nuestra admiración debe correr al par de nuestra gratitud; y ante la importancia de una hazaña que muestra el valor y la inteligencia de los americanos en grado comparable a los más notables de la historia, los corazones deben latir al impulso de la esperanza, siendo claro que no somos de condición inferior, como han pensado algunos en las épocas de nuestros infortunios. En el centro de la América del Sur brilló en aquel día el heroísmo de aquellos pueblos; y allí mismo, mediante el favor de la Providencia, se deben cultivar las semillas de una civilización en que participarán varias naciones, para provecho propio y para ejemplo del mundo. Las naciones son sanables.

Luciano.—Sí, señores. Después que el Libertador, inspirado por su talento, alentado por su esfuerzo, asistido por sus Capitanes y sus ejércitos, y secundado por los pueblos, hubo consumado la emancipación de Colombia, respiró y meditó. Con las pulsaciones de su corazón, conmovido por la gloria, se juntaron los desvelos de su pensamiento, que le presentaba los peligros que corría su obra mientras el Perú permaneciera debajo de la planta de los españoles y en el caos de la anarquía. Entonces sintió que a su cabeza le sobaban inspiraciones y a su pecho alientos para ir a servir a otras naciones, después de haber emancipado la propia; y trasladándose a esas tierras, su presencia infundió confianza, su genio corrigió el desorden, su voluntad dominó las dificultades, y en lugar de la anarquía, el instinto de conservación fue capaz de aprovechar el advenimiento de aquel numen de libertad y de hermandad. La historia se fatiga narrando las proezas del héroe y las presentará como portentosas a la contemplación de los venideros. Allí, en esas campañas militares y civiles; entonces, en esos años en que Bolívar desempeñó el papel de patrono de la libertad americana, fue donde se dejaron ver las dotes de su inteligencia, y fue cuando se hicieron sentir las virtudes de su corazón.

«Todo lo tuvo, obstáculos grandes y grande gloria»: la preseteza con que comprendía las situaciones: la previsión con que construía, puede decirse, lo futuro: el poder de organizar y el talento para allegar los medios y adecuarlos a los fines: el esfuerzo y el aliento con que su alma y su cuerpo acometían las más difíciles empresas y las terminaban entre fatigas y peligros: la