

COMENTARIOS SOBRE LA POSESION

CLASES DE POSESION Y ACCIONES POSESORIAS

INTRODUCCION

Hemos escrito estos comentarios sobre la posesión y algunas de sus más importantes consecuencias jurídicas sin conocer el pensamiento de los Honorables Miembros de la Comisión Revisora del Código de Minas, sobre las posibles reformas que pueda sufrir el actual sistema en la legislación minera.

Estudiamos si las bases fundamentales de la reforma que fueron profusamente publicadas en folletos especiales y por la prensa, y observamos el absoluto silencio que guarda la Comisión sobre el tema de nuestro estudio. De allí deducimos que ninguna reforma sustantiva se intenta por ahora a este respecto. Observamos también que según las bases publicadas, en el nuevo código subsistirán los mismos principios que consagran los derechos fundamentales que hoy rigen y han caracterizado siempre la legislación minera del país, así en los tiempos del dominio español, como en los de la República; pero estamos autorizados para pensar que con otro criterio se redactarán las disposiciones normativas que reemplazarán a las existentes. Estas, en desarrollo de sus funciones reguladoras del derecho sustantivo determinan el alcance y sentido de los principios generales, y seguramente limitarán en beneficio del interés común, la acción del individualismo que hoy se ejercita con exagerado respeto en virtud de disposiciones antiguas vigentes todavía.

Esta labor de "acomodación"—podemos llamarla así—que deben tener las nuevas disposiciones normativas corresponde a la transformación jurídica y política que ha sufrido entre nosotros el

concepto de la misión del Estado, considerado antes como espectador del progreso nacional y simple protector del interés privado, y concebido hoy como supremo director de las relaciones de derecho privado y de las iniciativas particulares, como propulsor, responsable del progreso patrio, en cumplimiento de la facultad de intervención activa que la Constitución le otorga.

No somos enemigos de la reforma del C. de M. Por el contrario, nos declaramos fervorosos partidarios de que se establezca en el país la revisión de las leyes en períodos no menores de 50 años. La ley no puede ser obstáculo al progreso de los pueblos ni las nuevas generaciones pueden ser gobernadas con códigos escritos por sus antepasados y para otra época, por más que las leyes adicionales y reformatorias pretendan buscar la relación de adecuación entre la norma primitiva y la nueva situación creada por el progreso, en su marcha siempre ascendente. El número de leyes y de decretos crece incensantemente tratando de restablecer el equilibrio y entonces se rompe la unidad de la doctrina, se fracciona el sistema, y la jurisprudencia que sólo debe ser interpretación de la ley, torna a convertirse en creadora de derecho positivo.

Ejemplos claros de este caos legislativo son entre otras, la ley 46 de 1923, sobre instrumentos negociables, de origen americano, que se contrapone fundamentalmente al sistema francés preconizado por el C. de Comercio; la ley 28 de 1932, sobre capacidad de la mujer casada y la ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras que obran fuera del Código y le restan armonía.

Es necesario que en determinadas épocas se recoja toda la legislación dispersa y se ordene en un solo cuerpo de doctrina uniforme sobre cada tema de los que suelen ser considerados con cierta independencia tanto en el derecho público como en el privado.

Este maravilloso monumento jurídico, como se ha llamado al C. de M. no sin exageración, fue escrito en una época en que todavía la industria extractiva era incipiente, especialmente en los pueblos de América latina. Los métodos empleados para la extracción de los metales preciosos resultaban para aquella época muy avanzados si se les compara con los traídos por los conquistadores y con los usados por los aborígenes, pero son rudimentarios comparados con los sistemas modernos que permiten la explotación en grande escala, jamás prevista por el legislador de 1867. La aplicación de la fuerza hidráulica a la explotación de las minas es por

si sola una razón suficiente para modificar el régimen jurídico creado para la modesta explotación realizada por medio de un molino de tres o cuatro pisones (establecimiento común).

Entre las reformas más importantes que propondrá la Comisión al próximo Congreso se cuentan, entre otras, la que establece una reglamentación seria de la organización y funcionamiento de las sociedades ordinarias de minas que hasta hoy han sido consideradas por la ley como simples "comunidades organizadas", como sociedades de familia o negocios de "compadres", con grave perjuicio de terceros. Si se acoge la reforma propuesta por la Comisión los contratos sociales serán solemnes en lugar de consensuales.

Otra reforma interesante es la restricción de las adjudicaciones de las minas denunciables, que será reemplazada en parte por el sistema de contratos más productivos para el erario público y beneficiosos para el interés común.

La prescripción extintiva del dominio de las minas amparadas a perpetuidad como consecuencia del abandono material de ellas por espacio de diez años consecutivos, es una de las más atrevidas reformas que debe ser estudiada conjuntamente con la teoría de los derechos adquiridos bajo el imperio de una ley anterior.

Importantes reformas son también las que tienden a reglamentar sobre bases de seguridad la adjudicación de las minas mediante una activa y constante intervención del estado: se trata de evitar entre otros defectos que autoriza actualmente la ley, la abusiva aplicación del artículo 26 del C. de M.; el denuncia de las minas como abandonadas, sin serlo; el anti-científico sistema tributario y "los errores involuntarios" en que se incurre al practicar la medida de las minas; la inestabilidad, en fin, de la propiedad minera mediante la institución de la matrícula.

Hemos dedicado la introducción de nuestra monografía a la reforma del C. de M., que no es precisamente el objeto que nos hemos propuesto al escribir este trabajo, porque cremos que quien trata de hacer un estudio sobre una ley en vísperas de su reforma, debe expresar su concepto sobre la necesidad o inconveniencia de tan importante determinación.

CAPITULO I

LA POSESION EN EL DERECHO MINERO COLOMBIANO

NOCION DE POSESION

Poseer es apoderarse de algo, asirlo fuertemente, colocarlo bajo el poder de una persona. Nuestro derecho positivo acepta en términos generales la definición de posesión enunciada por Savigny, en virtud de la cual la posesión es la tenencia material de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se de por tal tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. En un sentido estricto sólo las cosas materiales son susceptibles de aprehensión física, de poseer materialmente; sin embargo, el artículo 776 del Código Civil estatuye que las cosas incorpóreas son también objeto de posesión. La posesión de las incorpóreas está sujeta a las mismas reglas que las corporales y afecta al mismo género de calidades y vicios.

Que la posesión es un hecho y no un derecho es la consecuencia lógica que se desprende del sentido mismo de la definición legal transcrita. Este tema, que fue controversia de otro tiempo, ha sido relegado hoy a un segundo plano en las discusiones jurídicas por la aceptación de magistrados y tratadistas de la conclusión a que acabamos de referirnos.

Dos órdenes esenciales de posesión reconoce el derecho positivo colombiano, que consideraremos abstracción hecha de las categorías legales. Nos referimos a la posesión natural y a la posesión inscrita. En su acepción gramatical, solamente la posesión natural corresponde con plena exactitud al concepto de posesión: sin devenir de ninguna ficción jurídica, se constituye naturalmente por los dos elementos esenciales contemplados desde el derecho de los romanos en la clásica expresión "animus et corpus"; esto es, la voluntad de dominio unida al hecho físico de la ocupación.

La posesión inscrita, en cambio, pertenece al sistema jurídico de las presunciones legales; es una posesión sui-generis, un régimen especial que establece y sanciona el derecho positivo en favor de

quien es considerado dueño de un inmueble en virtud de un título de dominio debidamente registrado para colocarlo a salvo de los intentos de usurpación ejecutados sin su conocimiento y tal vez en su ausencia, sin pretexto de un abandono material pero temporal de él.

La posesión inscrita se estableció por vía de solemnidad y de protección al derecho de dominio: mira especialmente al interés de terceros en función de la mayor publicidad de que reviste al acto y garantiza, por decirlo así, la adquisición de la propiedad en los términos del título que le sirve de respaldo, esto es, con las cualidades que le dan firmeza y con los vicios de que adolece.

Dentro de estas dos clasificaciones genéricas están comprendidas todas las divisiones establecidas por la ley.

El C. de M. reconoce cuatro categorías de posesión: regular, violenta, clandestina y ordinaria. En términos generales hace la misma clasificación del C. C. pero las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas son a veces muy distintas: la posesión ordinaria, por ejemplo, que no existe en la ley civil, corresponde en parte al concepto de posesión irregular del artículo 770 del C. C. Al tratar de la posesión regular hablaremos de las distinciones que la apartan de la concepción de la posesión que lleva este mismo nombre en el C. C., sin que por ello pierda la relación de recíproca interdependencia que existe entre ambas: no en vano la definición del artículo 289 del C. de M. reproduce la escrita en el artículo 762 del C. C.

En el capítulo correspondiente a la posesión ordinaria dedicamos algunos párrafos a estudiar el problema planteado en la legislación civil con motivo de la aparente contraposición que se observa en muchos casos entre el sistema de la posesión inscrita y el de la posesión material, que ya hemos enunciado. Queremos desde ahora justificar esta aparente desviación de nuestros propósitos al entrar a comentar disposiciones del C. C., manifestando que el C. de M. tomó de aquel sólo un sistema, el de la posesión inscrita, pues apenas si tolera o admite la llamada posesión material, en cambio que en las disposiciones del C. C. los dos sistemas se complementan casi siempre, se suceden algunas veces y hasta se oponen fundamentalmente cuando surge la colisión de derechos.

POSESION REGULAR

Es poseedor regular de una mina el que la adquiere por título de adjudicación expedido por el Estado, paga puntualmente los impuestos y la elabora en los términos del Decreto-Ley número 223 de 1932. Estudiaremos separadamente los tres elementos que la constituyen.

Título.—Título de una mina es el documento oficial expedido por la autoridad competente para acreditar que el beneficiado ha cumplido los requisitos legales para obtener la adjudicación de la mina denunciada, en virtud de lo cual el Estado le cede la propiedad y posesión de ella (art. 70 del C. de M.).

Se adquiere la posesión regular desde la fecha de la expedición del título? La posesión regular se adquiere por la expedición del título y se conserva por el pago del impuesto, dice el artículo 303 del código. Si nos atenemos al tenor literal de la disposición copiada, la respuesta será afirmativa; sin embargo, el artículo 94 del mismo señala como nulidad del título la falta de registro o el haberse hecho éste imperfectamente. Nos parece una impropiedad llamar nulidad a la falta de una solemnidad que significa la tradición de la cosa, subsanable en cualquier momento. En nuestro derecho solamente hay un caso en que la falta del registro pasados noventa días de la fecha del título acarrea nulidad del contrato y es el de hipoteca. Los demás actos o contratos se consideran perfectos, tratándose de bienes raíces por ejemplo, desde que las partes han otorgado la escritura pública: desde entonces se adquiere el derecho a la tradición del inmueble o a la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Tal ocurre con los títulos de adjudicación de minas: el adjudicatario adquiere el derecho a la propiedad y posesión de la mina desde el momento en que el Estado le otorga el título correspondiente, pero ese derecho se cristaliza por la tradición verificada en virtud del registro del título en el libro primero y primero duplicado de la oficina del circuito de la ubicación de la mina.

Llámase también título a los que reciben este nombre según el C. C. y sirven para transferir el dominio de los bienes raíces o de-

rechos reales constituídos en ellos. Cuando se verifique una mutación de dominio por uno de los medios autorizados por las disposiciones civiles, surgen en favor del adquirente los derechos y acciones que correspondían a su antecesor, pero frente al Estado no se podrá alegar derecho alguno que no hubiera sido concedido expresamente a los antecesores ya que en la legislación minera no existe el derecho de prescripción adquisitiva de dominio.

Con todo, el que elabore una mina en virtud de uno de estos títulos puede adquirir la propiedad y posesión de ella mediante un proceso que ha sido llamado de titulación para diferenciarlo del de adjudicación propiamente dicho, siempre que reúna las condiciones expresadas en el artículo 81 y practique las diligencias de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 78, 79 y siguientes del C. de M. y 21 de la ley 292 de 1875.

Nulidad del Título.— Según el artículo 18 de la ley 292 de 1875, el título de una mina consta de los siguientes documentos: copia de la diligencia en que consta el aviso del descubrimiento de la mina, dado ante el Jefe Municipal; copia del escrito de denuncia y de las explicaciones o aclaraciones que se le hagan; copia de la diligencia de posesión; copia de la resolución en que se manda expedir el título y constancia del pago de los respectivos derechos. Se autentica el documento con la firma del Gobernador del Departamento y del Secretario de Hacienda.

La falta del título puede suplirse en juicio con la presentación de los documentos anteriores, siempre que por otra parte se compruebe que se han llenado los requisitos para obtenerlo, que éste se haya expedido en favor del que lo alega y la constante de haber sido debidamente registrado.

En primer lugar debemos advertir que una vez expedido el título por el órgano ejecutivo queda fuera de su jurisdicción la facultad de revisarlo para decidir si está ajustado a la ley. Corresponde al órgano judicial resolver las controversias que se susciten entre particulares sobre la validez o nulidad del instrumento. Solamente la nulidad de que trata el ordinal 1.º del artículo 94 puede ser subsanada por el ejecutivo sin intervención judicial porque lo que ocurre en este caso es que se ha expedido un título incompleto que debe completarse.

Además de las dos causales de nulidad anotadas, que más bien que causas de nulidad son simples informalidades, el capítulo 8.º

enumera seis motivos más, a los cuales nos referiremos someramente.

1o.—Hay nulidad de un título cuando se entrega al adjudicatario una extensión mayor de la autorizada por la ley, es decir, más de mil ochocientos metros para las minas de filón, de un cuadrado de tres por tres o de un rectángulo de dos por cinco kilómetros para los yacimientos aluviales; y, de un cuadrado de dos kilómetros por base en las minas de sedimento y las que se encuentran en capas (art. 313, Ley 153—1887). En este caso, la nulidad del título sólo es parcial. El propietario de la mina es poseedor regular de la porción comprendida dentro de las dimensiones legales, pero puede amparar los excesos en la forma prevista en el Capítulo 21;

2o.—Siempre que se denuncie una mina con un nombre diverso del con que era conocida en el paraje de su ubicación o se avise una mina como de nuevo descubrimiento, siendo de antiguo, y no se rectifique el error de conformidad con los artículos 350 y 351 podrá declararse la nulidad del título en un juicio ordinario. El derecho de impugnar la validez del título corresponde, en el primer caso, a todo el que demuestre un interés jurídico positivo en obtenerla bien por ser poseedor de un título anterior o como consecuencias de una denuncia posterior al título de cuya nulidad se trata (104); sólo obtendrá sus pretensiones el demandante si demostrar plenamente que el paraje de la ubicación de la mina tiene un nombre conocido y que el que se le dio en el escrito de denuncia no corresponde a ninguno próximo a ella. La segunda de las nulidades mencionadas presenta las mismas características de la anterior con las ligeras modalidades que le introduce el artículo 107. Esta nulidad es absoluta y como se retrotrae en sus efectos a la fecha del título, no podrá considerarse como regular la posesión intermedia. Es necesario que el poseedor vencido obtenga un nuevo título por cualquiera de los procedimientos autorizados por la ley;

3o.—El numeral 6o. del artículo 94 contempla la posibilidad de obtener la declaración de nulidad de un título cuando el beneficiario ocultó el nombre del último poseedor. Sólo puede alegar la nulidad el que la posea en virtud de un aviso de la misma mina y su último poseedor. Si no hubiere sido maliciosa la omisión o el trueque o al menos no pueda demostrarse la mala fe, sólo el dueño

que no hubiere sido citado personalmente puede ejercitar la acción. Las consecuencias que se siguen de esta declaración son las mismas de las anteriores.

4o.—El ordinal 7o. establece una causa de nulidad parcial de un título en el que se comprende parte de otra mina titulada. Puede alegar esta causal el colindante que no hubiere sido citado personalmente o por medio del representante al acto de la posesión. En virtud de la sentencia de nulidad el colindante recupera la parte de su mina de que fue indebidamente privado.

5o.—Finalmente hay nulidad de un título si los documentos que lo forman no están de acuerdo con los originales de donde se tomaron. La legislación minera consagra una acción popular para demandar la nulidad del título falsificado, o alterado y aún más, ordena a las autoridades competentes el deber de decretarla de oficio. La nulidad será absoluta y el documento ineficaz para proteger derecho alguno si se probare que las adulteraciones de que adolece son imputables a la persona en cuyo favor se expidió; en el caso contrario, la nulidad será relativa: garantiza los derechos del interesado con las modificaciones que deban hacerse al tenor de los documentos originales, pero el interesado deberá solicitar la expedición de un nuevo título dentro de los 60 días siguientes a aquel en que tuvo conocimiento del vicio de que adolecía su título, pasados los cuales el poseedor será un simple ocupante de la mina.

La sentencia que decrete la nulidad absoluta de un título coloca al titular vencido en la desventajosa posición de poseedor ordinario y debe adquirir nuevamente su derecho a la propiedad de la mina dando un nuevo aviso o por los trámites establecidos en los artículos 78 a 87 del código. Es tanto más gravosa su situación si se considera que el vencedor en el juicio ordinario tuvo que demostrar, por regla general, su mejor derecho a la propiedad de la mina si se trata de un poseedor regular o la preferencia a la adjudicación, si se trata de un poseedor ordinario.

Los Títulos de minas son traslaticios de dominio?—Los títulos define el C. C., son constitutivos o traslaticios de dominio. Pertenecen a la primera clase la prescripción, la ocupación y la accesión; son de la segunda especie los que por su naturaleza sirven para transferirlo como los contratos de compra-venta, permuta, la do-

nación, la sucesión por causa de muerte, las sentencias en los juicios divisorios, etc.

Los primeros no son propiamente títulos sino modos de adquirir el dominio de las cosas y son la fuente originaria del derecho de propiedad privada.

El que posee una mina en virtud de uno de los títulos constitutivos de dominio es apenas un poseedor ordinario en los términos del inciso 3o. del artículo 70, a menos que exista también título de adjudicación, por las siguientes razones: a) La prescripción, no obstante que en principio corre contra toda clase de personas y contra el Estado mismo (artículo 2517 del C. C.), no tiene lugar en el derecho minero; b). No pueden adquirirse por ocupación porque de esta manera sólo es permitido obtener la propiedad de las cosas que no pertenecen a nadie y según el artículo 1o. del código, las minas existentes en el territorio del Estado pertenecen a la nación o a los particulares; y c). No puede ganarse por accesión el subsuelo, o mejor los minerales adjudicables que se hallan en él, por falta de disposición expresa, pues al contrario el título fija definitivamente los linderos de la propiedad.

Los demás títulos traslativos de que habla el C. C. sólo acreditan en la legislación minera, la mutación del dominio sobre la mina que ha sido adjudicada (artículo 70).

El título que expide el Gobernador del Departamento en nombre del Estado al que ha cumplido los requisitos legales para obtener la propiedad de la mina, es una especie de título traslativo de dominio y requiere su registro como los de esta clase para notificar la tradición de la mina. El registro, que se verifica en virtud de la obligación impuesta por el artículo 2652 del C. C. debe hacerse en el libro primero para acreditar que la mina ha pasado del poder del Estado al patrimonio privado, y en libro uplicado de éste, por ser el Estado el tradente de la propiedad. En el libro primero se registrarán las transferencias posteriores que de ella se haga.

II.—Impuestos.—El sistema establecido por el C. de M. no guarda relación con el preconizado por los tratadistas de Hacienda Pública. Impuesto, define el doctor Esteban Jaramillo en su Tratado de Hacienda Pública, es el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos, para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especia-

les". En términos generales, ésta es también la definición de Seligman. Para cobrar los tributos, el Estado dispone de empleados especiales investidos de una jurisdicción especial llamada coactiva. En la legislación minera, a excepción del impuesto "predial" recientemente establecido para gravar las minas amparadas a perpetuidad, si el interesado no paga oportunamente los impuestos y otro denuncia la mina, el que tenía posesión la pierde. Antes de la vigencia del Decreto número 223 de 1932, si por un error involuntario no se pagaba totalmente el impuesto, la mina caía en abandono.

El impuesto anual, llamado comúnmente de estaca, participa de las características del sistema tributario y de las propias del contrato de arrendamiento, sin que por ello pueda afirmarse que el Estado arrienda sus minas al avisante que obtiene el título.

El sistema tributario que comentamos falta también a la equidad porque la única medida justa del impuesto, según los expositores modernos, es la capacidad tributaria del contribuyente. El impuesto anual se paga conforme a una tarifa formada de acuerdo con la calidad de la mina, no con relación a su productividad.

Tal vez esta modalidad especial que comentamos en el párrafo primero, haya inspirado la teoría de que el Estado no cede la posesión y propiedad de sus minas a los particulares que las adquieren cumpliendo todas las formalidades de la ley y afirman que el título es solo el comprobante de que el beneficiario ha obtenido una concesión del Estado para explotar la mina que se le adjudica mediante el cumplimiento de determinados requisitos, siendo el principal, el pago del impuesto anual.

No puede servir de base para aceptarse esta teoría las consecuencias que se siguen de esta omisión que solo significa una excepción a la regla general de los impuestos, establecida por el legislador en consideración a que esta manera era más práctica para el Estado en la época en que se redactó el Código de Minas, pero que es un sistema que ahora se trata de corregir, al menos en parte, según lo ha expuesto la Comisión.

Basta con considerar que el adjudicatario de una mina puede venderla, arrendarla, gravarla con hipoteca, darla en anticresis y, en fin, ejecutar todos los contratos de que es capaz el dueño de un bien raíz según las disposiciones civiles. Si la omisión en el pago de los impuestos produce el efecto de extinguir los gravámenes y suspender la vigencia de los contratos que tienen por base la propiedad

minera es una consecuencia lógica porque extinguido el derecho principal se extingue lo accesorio, en el primer caso, y en el segundo, quien enajena una mina no transmite a su sucesor otros derechos que los que le concede el Estado y éste, al adjudicar la mina, estableció la condición de resolver ipso facto el "contrato" si no se pagan puntualmente los impuestos y otro la ha denunciado durante la mora.

De lo anterior se deduce que la legislación minera se funda en un sistema especial de excepciones y privilegios, y que la propiedad minera es una institución sui-géneris creada especialmente para la adjudicación de las minas.

IMPUESTO ANUAL.—Dos son las consecuencias importantes del sistema tributario en la legislación de minas: el pago de los impuestos equivale a la tenencia material de la mina y conserva la posesión regular (artículo 289 C. de M.). Esta disposición quedó sustancialmente modificada desde la vigencia del citado Decreto 223 como lo analizaremos al tratar del laboreo de las minas. [Las modificaciones introducidas por el decreto-ley no destruyen la presunción a que aludimos, al menos totalmente. Para pagar el impuesto anual es necesario comprobar que se ha elaborado la mina, luego el pago del impuesto hace presumir, ahora con más fundamento jurídico, la tenencia material de la mina y por consiguiente, la posesión regular de ella.

Hemos dicho que la obligación de trabajar las minas so pena de perder la posesión regular, modifica la presunción de que trata el inciso 2o. del artículo 289 del C. de M. pero no la destruye. Es que en nuestra opinión la presunción establecida por el citado inciso era una presunción de derecho que vino a ser presunción legal con la vigencia del Decreto No. 223. "En las minas, para el efecto de la tenencia material de la mina". El artículo 66 del C. C. exige que constituir y conservar la posesión, el pago del impuesto **equivale** a la tenencia material de la mina". El artículo 66 del C. C. exige que para que una presunción no admita prueba en contrario es necesario que el legislador exprese su voluntad de que la presunción que se establece sea de derecho. El C. de M., en el artículo que comentamos, en lugar de decir "Se presume de derecho" usa otra expresión que tiene el mismo sentido: "equivale". En derecho no hay fórmulas sacramentales.

Cuando el dueño de una mina o su representante va a hacer

el pago del impuesto anual debe acompañar la prueba de que la mina ha sido trabajada de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 223; si no acompaña esta prueba, el Administrador de Hacienda no ordena el pago (1). La mina, entonces, se pierde, por falta del pago del impuesto anual. Si en cambio se admite el pago del impuesto, la presunción que estudiamos encuentra una base razonable y jurídica: la comprobación del laboreo de la mina que precede al pago del impuesto. Pero la presunción es ahora solamente legal, es decir, admite prueba en contrario. Si el que presentó la prueba del laboreo de la mina se valió de dolo, cohecho o cualquier otro medio fraudulento para producirla, todo el que tenga interés en la mina podrá demostrar que ésta no ha sido trabajada en la forma prescrita por el decreto Nro. 223. Si esto ocurre, la presunción de que el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina se destruye: la mina se reputa abandonada por falta de laboreo no obstante haberse pagado los impuestos; esta presunción es ahora simplemente legal, admite prueba en contrario.

El pago del impuesto conserva la posesión regular de la mina siempre que además, se cumplan las siguientes condiciones: a) que el pago se haga en el tiempo oportuno (hasta el 31 de marzo. Decreto 223) o que se verifique durante la mora, y otro no la haya denunciado como abandonada; b) el impuesto sólo ampara la extensión que según la ley puede adjudicarse, pero el interesado en conservar los excesos que estén comprendidos en los límites generales de su título puede ampararlos por el pago proporcional que se haga de conformidad con la tarifa especial (Decreto 223); c). Si de acuerdo con el título tiene derecho de explotar las minas de veta y de oro corrido debe pagar separadamente los impuestos que corresponden a cada una de ellas según la clasificación: si sólo paga los correspondientes a la mina de veta quedará abandonada la de aluvión y viceversa; d). Si el dueño de una mina quiere abandonar parte de ella debe manifestar al recaudador que paga el impuesto por la porción que desea conservar, fijando con precisión los límites de la parte que se reserva; e). Si en el título no se indica la extensión de la mina, el interesado, al cubrir el impuesto correspondiente al primer año, debe manifestar la extensión que le calcu-

(1) No siempre el Administrador puede rechazar el pago: debe graduar los impuestos. (N. del autor).

la; f). Para el efecto del pago del impuesto—y para la comprobación del laboreo—las minas que se hubieren dividido se considerarán como si hubieran sido adjudicadas separadamente; y, g). El pago del impuesto puede hacerse directamente por el interesado o presidente de la sociedad o por medio de un apoderado (recomendado). Incluimos en esta enumeración, algunas condiciones que no son necesarias para la conservación de las minas, pero como no vamos a referirnos a las condiciones adjetivas y consideramos que las incluídas aquí tienen alguna importancia, creímos oportuno enunciarlas a pesar de que ello pueda ir en perjuicio de la claridad.

Finalmente queremos observar que el Decreto 223 derogó el artículo 3 de la ley 59 de 1909 por el cual se establecía la facultad de amparar la mina a perpetuidad mediante el pago anticipado del valor de los impuestos (20 años). Esta absurda disposición no trajo mayores beneficios para el erario público pero perjudicó en cambio, el desarrollo normal de la industria y todavía hoy, a pesar del impuesto predial, constituye un serio problema para el Estado y para los particulares que quieren explotar las minas que otros conservan pero no trabajan.

LABORES DE LAS MINAS.—Los artículos 10 y 11 del Decreto 223 de 1932, por el cual se establece el trabajo obligatorio de las minas, so pena de hacerse efectiva en favor del Estado la condición resolutoria, modificaron el concepto de posesión regular establecido por el C. de M. El pago del impuesto hace presumir la tenencia material de la mina; la comprobación del laboreo demuestra o infirma esta presunción. Tanto la falta de pago de los impuestos como el abandono material de la mina son ya causas suficientes para perderse la propiedad y posesión regular de las minas.

Las minas de veta, aluvión y las de cobre, se reputarán abandonadas si no fueren elaboradas en los términos del artículo 10 del Decreto a excepción de las que se encuentren en alguno de los casos previstos en el artículo 11, pasados cinco años desde la vigencia del citado Decreto. Las minas de esta clase que se hubieren estado trabajando o explotando formalmente en la fecha de la expedición del decreto, se reputarán abandonadas si se suspendiere la explotación por más de tres años. Para las minas que en adelante se titulen (1932), el término señalado en el artículo 5o. empezará a contarse desde la fecha de la expedición del título.

Para las minas amparadas a perpetuidad estableció el artículo 7o. un impuesto predial nacional como sanción por el abandono material de la mina, pero aun cuando no sean trabajadas, el dueño de la mina no perderá la posesión regular de ella por esta causa. Es esta la funesta consecuencia de la vigencia del artículo 3o. de la ley 59 de 1909 que permitía asegurar permanentemente la propiedad de las minas por medio del pago duplicado, de una vez, de los impuestos que según la tarifa existente se deberían causar en 20 años, felizmente derogado por el artículo 8o. del Decreto, sin perjuicio, eso sí, de los derechos adquiridos.

Entre las modificaciones más trascendentales que propondrá la Comisión revisora del código, se encuentra la de hacer extensiva la obligación de explotar las minas redimidas a perpetuidad. La explotación de éstas deberá iniciarse dentro del término de 10 años, bajo la prescripción extintiva de los derechos de los particulares.

La proposición de la Comisión, será seguramente objeto de violentas críticas en el Parlamento, porque puede ser considerada como lesiva de los derechos adquiridos bajo el imperio de la ley anterior. Ninguna explicación dá la Comisión con la cual pretenda justificar la reforma, justa por demás, de tan importante materia.

Nosotros nos atrevemos a creer que esta reforma no es violatoria de los derechos adquiridos. En efecto, el adjudicatario que amparó la mina a perpetuidad de conformidad con el artículo 3o. de la ley 59, adquirió un derecho, el de no pagar más contribuciones para conservar la posesión regular y la propiedad de la mina. Así por ejemplo, no le afecta el aumento de los impuestos ni puede exigírsele nuevos tributos para conservar la mina; no así en cuanto a las limitaciones que puedan imponerse al dominio en beneficio de la colectividad y particularmente de la industria, por medio de disposiciones de orden público como son las que establecen prescripciones adquisitivas o extintivas de dominio y de derecho reales.

La obligación de trabajar las minas en la forma establecida por el Decreto 223 es solamente una condición para conservar la posesión regular y la propiedad de ellas. Esta condición, respecto de las minas no redimidas a perpetuidad, entraña una prescripción extintiva de dominio, que según el pensamiento de la Comisión se hará extensiva a las minas amparadas a perpetuidad, si pasados 10 años contados desde la vigencia de la nueva ley, el interesado no trabajare la mina en forma regular. No habrá respecto de las mi-

nas prescripción adquisitiva de dominio a diferencia de lo que establece el artículo 2531 del C. C.

CAPITULO II

POSESION VICIOSA

Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina. Su característica esencial es el atropello del derecho ajeno ejecutado por medio de la fuerza para apoderarse de la mina privando al dueño, o al simple poseedor, o al mero tenedor de la posesión material; o bien ejerciendo sobre ella una posesión y ocultando cuidadosamente este hecho a los que según la ley tienen derecho para oponerse a ella.

POSESION VIOLENTA.—El art. 292 del C. de M., toma del art. 772 del C. C. una definición breve y concisa: "Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza"; y como en este artículo, el código sigue la letra de las disposiciones de los artículos 773 e incisos primero y segundo del 774 del C. C.

Así en derecho minero, el vicio de violencia existe cuando se ejercita la fuerza para ocupar la mina, así sea contra el verdadero dueño, contra el que la poseía sin serlo o contra el mero tenedor. En sus efectos jurídicos, es lo mismo que la violencia se ejercite directamente por el que la pretende para sí, o por sus agentes y aun sin su conocimiento, siempre que ratifique expresa o tácitamente el atropello.

Se reputa también poseedor violento el que en ausencia del dueño se apodera de la mina y volviendo éste le repele (774 C. C. 293 del C. de M.).

Para la mejor inteligencia de este artículo se hace necesaria una explicación: de conformidad con el tenor literal de esta disposición, no existe el vicio de violencia cuando alguien se apodera de una mina y volviendo el poseedor ordinario le repele. La ley en esta disposición sólo habla de dueño y para adquirir la calidad de tal, especialmente en la legislación minera, debe existir título de adjudicación.

Si existen dos poseedores regulares, es decir, dos personas naturales o jurídicas que exhiban título expedido por el Estado y justifiquen el pago del impuesto y se ejercitare contra alguna de ellas la fuerza para impedirles que vuelvan, existe el vicio de violencia que define el artículo 292 del C. de M. Es evidente que ambos no pueden ser dueños de una misma mina, pero es posible que sobre una propiedad minera existan varios poseedores regulares. Al poseedor regular no puede exigírsele que compruebe su calidad de dueño, le basta acreditar su calidad de poseedor regular para que se le reconozca dominio mientras otra persona no le discuta su derecho y obtenga la sentencia favorable a sus pretensiones (artículo 308 C. de M.).

Con todo, existe una clase de poseedor ordinario que hemos llamado **especial** y que es el que da el aviso de que tratan los artículos 8, 79, 346 y 367 del C. de M. Esta calidad de especial le acompaña durante el proceso de adjudicación mientras no pierda su derecho preferente por algunas de las causales enunciadas en el artículo 118 (313). Sin embargo, como no es dueño de la mina, si volviendo a ella, el ocupante le repele con la fuerza, ese ocupante no podrá reputarse poseedor violento. Es más, si para conservar su posesión tuviere que ejecutar actos de violencia, su posesión se convertirá en violenta (311).

Finalmente, el artículo 292 en su inciso segundo reproduce el artículo 772 del C. C., por el cual se establece que la fuerza puede ser actual o inminente: es actual cuando interviene directa o inmediatamente en el acto de adquirir la posesión; es inminente cuando por temor a ella puede obtenerse la posesión violenta, sin fuerza actual (C. C. artículos 770, 772, 773, 774 y 775).

POSESION CLANDESTINA.— El artículo 295 del C. de M. transcribe la definición del inciso tercero del artículo 774 del C. C., según la cual "posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella".

Este género de posesión viciosa se concibe fácilmente tratándose de cosas muebles, las cuales por su naturaleza, pueden sustraerse y ocultarse al verdadero dueño o al poseedor, pero en materia de inmuebles resulta más fácil la comprensión de su sentido, al menos práctico. Sin embargo, en nuestro estatuto minero hay varias disposiciones que se refieren directamente a la clandestinidad que, para

los efectos de la ley se identifica con la mala fe, en los cuales no han reparado los que ensayan sus críticas desfavorables contra la utilidad práctica de esta figura jurídica.

Citaremos algunos casos a manera de ejemplos: el que teniendo noticia de que por otro u otros se está descubriendo una mina de las que según la ley son denunciables y dé el aviso de que trata el artículo 80., adquiere sobre dicha mina una posesión ordinaria especial, al paso que los descubridores reales de los minerales sólo están en posesión ordinaria común, de la mina que exploran. El derecho a la preferencia de la adjudicación del avisante está viciado inicialmente de clandestinidad porque el avisante procedió de mala fé, y ocultó su intención y la posesión ordinaria especial que adquiere, al que tenía derecho de avisarla. El código establece una sanción para este poseedor clandestino que consiste en presumir avisada la mina para el verdadero descubridor, una vez que éste compruebe la mala fe y la clandestinidad del otro (ver artículo 311).

El que denuncia una mina abandonada, como de nuevo descubrimiento, sabiéndolo, adquiere también una posesión ordinaria especial pero viciada de clandestinidad, que se convertirá en posesión regular si obtiene título de la mina, sin que por ello desaparezca el vicio de clandestinidad. Igual consecuencia se desprende de la posesión que se adquiere ocultando los nombres de los últimos poseedores o mediante el cambio malicioso de sus nombres, o designando la mina con un nombre diferente al conque era conocida en el paraje, etc., circunstancias éstas que acarrearán nulidad del título precisamente por su clandestinidad.

La clandestinidad y la violencia, en realidad de verdad son simples modalidades que afectan la posesión regular y la ordinaria, no obstante que las acciones que se derivan de ellas son distintas. Decimos que son modalidades de la posesión regular o de la ordinaria, porque el poseedor vicioso tiene que ser poseedor inscrito o simplemente poseedor material, es decir, ocupante de la mina con derecho preferencial a su adjudicación o sin él. El dueño de una mina, poseedor regular por consiguiente, puede ser poseedor violento, si lanza de la mina y sin intervención de la justicia, al poseedor que la ocupa.

El C. de M. no habla de justo título como condición necesaria para adquirir la posesión de las minas pero por analogía podemos

afirmar que declarada la nulidad de un título por esta causa, no podrá considerarse que el poseedor vencido haya enido la posesión regular de ella. Esta conclusión es más clara si se tiene en cuenta que la nulidad declarada judicialmente se retrotrae en sus efectos al momento de la expedición del título, siempre que, de conformidad con las disposiciones del capítulo 8o. del C. de M. no sea subsanable sin necesidad de nuevo aviso de la mina.

La clandestinidad comprobada es una manifestación de mala fé. Según las disposiciones del C. C. para adquirir la posesión regular es necesaria la buena fé al tiempo de la adquisición (764 C. C.) Por analogía podemos afirmar que el poseedor ordinario de una mina que ha tenido que obrar con clandestinidad para obtener el título no adquiere la posesión regular sino aparentemente. Su posesión será siempre ordinaria común, viciada de clandestinidad. El C. de M. dice que se convertirá en clandestina, pero de acuerdo con el concepto antes expuesto, la posesión viciosa es una calidad accesoria de la posesión regular o irregular del C. C. o de la posesión regular u ordinaria del C. de M. La violencia o la clandestinidad suponen necesariamente la existencia de la posesión ejercida en una de estas dos formas.

CAPITULO III

POSESION ORDINARIA

POSESION MATERIAL Y POSESION INSCRITA. — Antes de entrar a estudiar la posesión sin título que reglamenta el C. de M., nos referiremos al problema planteado en la legislación civil con motivo de la prescripción adquisitiva de dominio de los bienes raíces.

Al rededor de la interpretación jurídica que deba darse a los artículos 789 y 2526 en relación con el artículo 2531 del C. C. se ha dividido en dos grandes corrientes o escuelas la opinión de los jurisconsultos. Conceptúan algunos que existe verdadera antinomia entre las disposiciones citadas y lanzan la idea de que la aplicación

estricta del ordinal segundo del artículo 2531, por el cual se permite adquirir por prescripción el dominio de los bienes raíces que se poseen sin título, deja sin aplicación el principio fundamental de que la inscripción del título de propiedad en la oficina de registro de la respectiva jurisdicción asegura para el titular del derecho la posesión del inmueble hasta tanto que esta se cancele por la inscripción de un nuevo título por el cual el dueño de la cosa transfiera a otro en todo o en parte sus derechos sobre ella, o por decreto judicial. Opinian otros, que no hay contradicción alguna entre los principios consagrados por dichas disposiciones y partiendo de esa base exponen teorías conciliadoras.

Los términos empleados por el legislador en el artículo 2531 son absolutos y por tanto no admiten limitación alguna: el dominio de las cosas comerciales, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria bajo las reglas que van a expresarse: 1o.—Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno (subrayo): 2o. se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; 3o. Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1o. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 30 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; que el que la alega pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

La prescripción extraordinaria corre contra toda clase de personas y no se suspende ni aún en favor de las enumeradas en el artículo 2530, esto es, perjudica intereses tan protegidos por la ley como los de los menores, los dementes, los sordomudos, los que están bajo patria potestad o bajo tutela o curaduría y la herencia yacente (2530). Sólo existe una excepción a esta regla general y es la consagrada en el artículo 9 de la ley 95 de 1890 en relación con la constitución de servidumbres discontinuas de toda clase y las continuas inaparentes que sólo pueden adquirirse por medio de un título (escritura pública).

Creemos que con igual fundamento pueda sostenerse que el código establece otra excepción de carácter especial cuando en el artículo 2526, capítulo 2o. del título 41 que trata precisamente de la prescripción declara terminantemente que “no tendrá lugar la pres-

cripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituidos en estos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo". Y esta excepción rige tanto para la prescripción ordinaria como para la extraordinaria porque estas son las dos grandes divisiones de la institución jurídica llamada prescripción adquisitiva a que se refiere el artículo (artículo 2527).

Consideramos también que la prohibición del artículo 2526 que acabamos de citar no era rigurosamente necesaria y que al incluirla quiso el legislador aclarar mejor su pensamiento ya expuesto en los artículos 785 y 789, de dar toda clase de seguridades a la propiedad de los bienes raíces cuyos títulos han sido debidamente registrados.

Pocas disposiciones del código están redactadas con tanta precisión. Según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 789, mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiera el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente. Es que el sentido mismo de este artículo está diciendo que la prescripción treintenaria de que habla el código, hoy de 20 años según la ley 50 de 1936, sólo empieza a correr desde el primer acto de apoderamiento material del inmueble no inscrito, afirmación que por demás corroboran los arts. 790 y 791 al señalar los casos en los cuales el dueño de un inmueble pierde la posesión de él en favor del usurpador y que son: a). Se pierde la posesión de un bien raíz si alguien, dándose por dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito; y, b). Si el tenedor de la cosa, dándose por dueño, la enajena a su propio nombre, a menos que la tenga en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, porque entonces "no se pierde, por una parte la posesión, ni se adquiere por la otra, sin la competente inscripción".

Los partidarios de la teoría de la contraposición manifiesta de los dos sistemas sintetizan su opinión diciendo que si se interpreta como excepción lo dispuesto en el artículo 789, queda sin utilidad práctica y sin sentido jurídico la disposición que instituye en favor del poseedor material la prescripción adquisitiva de dominio porque no existiendo la facultad de ejercitar este derecho contra el poseedor inscrito, el trabajador de la tierra podrá ser despojado de su predio en cualquier momento por el poseedor inscrito o sus sucesores.

El doctor Miguel Moreno Jaramillo, ensaya una teoría de conciliación de los dos sistemas y la sustenta con argumentos de peso que merecieron amplia acogida de sus colegas de la Corte Suprema de Justicia del país.

Fundamento de su teoría es la distinción entre la posesión de los bienes incorporales entre los cuales se cataloga la posesión de derecho de dominio, y la posesión de las cosas corporales que se ejerce por acto físico de apoderamiento.

Es científico, dice, afirmar que se posee el derecho de dominio y esta posesión, que es inmueble por una ficción de la ley, se adquiere por el registro. El dominio se conserva por medio de la inscripción y la finca se posee materialmente ejerciendo sobre ella actos de señorío. En el campo probatorio se distinguen fundamentalmente: la posesión del dominio se demuestra por la competente inscripción y mientras esta subsista no es admisible prueba alguna con que se pretenda impugnarla, y la posesión del suelo se establece por hechos positivos que la supongan como quemar, rosar, barbechar, sembrar, aporcar y segar.

"Distinguiendo lo incorporal de lo corporal se comprende que en Colombia no puede adoptarse como único, ninguno de los sistemas contrarios, ni el del registro ni el de la tenencia, sino que ha de seguirse una regla para la posesión del dominio y otra regla para la posesión del inmueble".

Después de sentar como base la relatividad de las nociones de dueño y propiedad según las definiciones de los artículos 946 y 950, fija la prelación de derechos en la fecha del registro para los bienes inscritos y en el primer acto de apoderamiento con ánimo de señor y dueño, en la posesión material de los inmuebles.

Siguiendo esta teoría, aceptada por la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia, en sentencias de casación de 26 de febrero de 1936 y 17 de febrero de 1937, el poseedor inscrito que reclama como dueño la restitución de la finca obtendrá sus pretensiones si su título o el de su causante es anterior al primer acto posesorio del opositor que alega en su favor la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio o de derechos reales constituídos en ella, y el fallo será adverso en el caso contrario.

Para facilitar la inteligencia de sus conclusiones el doctor Moreno Jaramillo escribió los ejemplos que a continuación transcribimos y que forman parte de un estudio sobre este tema publicado

por el autor de la sentencia, en la revista del Colegio de Abogados de esta ciudad.

“PRIMER CASO: Pedro, con título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principia en 1911. Debe triunfar Pedro. SEGUNDO CASO: Pedro, con un título registrado de 1910, demanda a Juan, cuya posesión principia en 1909, y presenta además, otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título”.

La tesis del doctor Moreno Jaramillo salva la armonía y concordancia de las disposiciones del C. C. pero desde el punto de vista práctico se vuelve contra los derechos que pueda adquirir el trabajador de la tierra por el hecho de poseerla materialmente, al descartar la pretendida supremacía del artículo 2531 sobre el 789 del C. C.

Leopoldo Urrutia, notable expositor chileno, llega también a la conclusión de que no existe contraposición alguna entre los artículos que examinamos. La prescripción extraordinaria, tal como se ha establecido en nuestro sistema—concluye el profesor—sólo puede ejercitarse sobre inmuebles que se tengan sin título debidamente inscrito en el registro conservador.

No paran allí las conclusiones del tratadista a que aludimos. Las consecuencias prácticas que se siguen de su teoría le obligan a una retractación y afirmando siempre la compatibilidad de los dos postulados ensaya su teoría que denomina de la **inscripción papel**.

Para el profesor chileno como para el doctor Moreno Jaramillo existe una diferencia fundamental entre la posesión que se conserva por la inscripción y la que se mantiene por el trabajo constante sobre el inmueble. La opinión de ambos difiere en relación con el valor legal de la posesión inscrita que se mantiene separada de la posesión material de la cosa por el tiempo necesario para que la ley reconozca un derecho de dominio en beneficio de quien la ha trabajado, sin interrupción, durante ese tiempo. Según el doctor Moreno Jaramillo si el título que sirve de base al juicio de reivindicación es anterior al primer acto posesorio ejecutado por el ocu-

pante., el que tiene el título y comprueba la competente inscripción impone sus pretensiones al opositor.

Urrutia se revela contra estas conclusiones y expone una ingeniosa teoría que encuentra amplia acogida en los intérpretes de su patria, respaldada también por la jurisprudencia de la H. Corte de Chile, y que puede sintetizarse así: la inscripción es un acto que establece la ley como solemnidad de un hecho para salvaguardia de los derechos de terceros y del interesado; conserva los derechos del titular y lo protege contra la ocupación injusta que puede sufrir su propiedad por un simple abandono o por la acción violenta o clandestina de otros. Pero la falta permanente de la inscripción en la cosa por parte del dueño deja sin razón de ser la inscripción en el registro público porque la inscripción es la solemnización de un hecho y faltando ese hecho físico de la posesión la inscripción nada solemniza ni asegura: es una simple presunción legal.

Nosotros nos inclinamos a creer que la interpretación del doctor Moreno Jaramillo y la primera conclusión del profesor Urrutia, son las conclusiones más jurídicas a que se puede llegar meditando sobre el valor legal de las disposiciones comentadas.

Sin embargo, una lección más importante hemos aprendido al estudiar la posesión de conformidad con las disposiciones civiles, que los tratadistas citados no revelan expresamente pero que es una consecuencia lógica de sus conclusiones, especialmente de la teoría de la inscripción papel. Es la evidente injusticia que nuestra ley consagra al dar un valor exagerado al acto de la inscripción de un título en el registro de instrumentos públicos, estableciendo una presunción que no siempre corresponde a la realidad. Quisiéramos ver a qué conclusiones llegaría nuestra Corte si se presentara un "dueño" que pretenda reivindicar el dominio de un inmueble adquirido por herencia, que ni aun conoce, y que desde hace 60 años o más es trabajado por una familia que lo ha ido transmitiendo de padres a hijos, pero que no tienen título? No sería absurdo y aberrante concluir con el inciso segundo del artículo 789 del C. C.? Estas consideraciones fueron indudablemente las que inspiraron a la H. Corte de Chile para absolver a una familia de pescadores que fue demandada por el propietario de una gran extensión territorial comprendida por límites arcifinios dentro de los cuales estaba la parcela que desde tiempos inmemoriales cultivaban los pescadores (ejemplo citado por el profesor Urrutia).

Nuestras conclusiones ya están dichas; no existe contradicción sino injusticia. Una reforma al C. C. podría volver a nuestro derecho positivo por los fueros de la justicia y salvar a los trabajadores de la iniquidad que con ellos se comete al sentar principios absolutos que favorecen a los inactivos en perjuicio de los verdaderos creadores de la riqueza nacional. Adicionar el artículo 789 del C. C. en el sentido de que se declare expresamente que contra el que ha poseído por espacio de 20 años sin incurrir en alguna de las causales de interrupción señaladas en el artículo 2523 del C. C., no se podrá alegar derecho alguno que se derive de la posesión inscrita, y reformar el artículo 2526 en el sentido de permitir que contra un título inscrito tiene lugar la prescripción extraordinaria, sería la única solución justa que pueda darse a este problema.

El artículo 2 de la ley 120 de 1928 no resuelve el problema que estudiamos. Apenas indica el procedimiento que debe seguirse para obtener la declaración de pertenencia, pero el poseedor inscrito siempre podrá oponerse a que se haga por la autoridad esa declaración puesto que según lo dispuesto en los artículos 789 y 2526, la prescripción adquisitiva no tiene lugar contra un título inscrito. Más eficaces resultan las presunciones establecidas por la ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras para amparar los derechos de los colonos.

La sentencia pronunciada en el juicio ordinario que se sigue para obtener la declaración de pertenencia hace las veces de escritura pública de conformidad con los artículos 2534 del C. C. La sentencia que se pronuncie en este juicio no funda la excepción de cosa juzgada contra las personas que no intervinieron en él, ni vale contra terceros sino después de la competente inscripción en el libro primero (2 y 12. L. 120. 1928).

La acción que se establece para obtener la declaración de pertenencia es constitutiva de dominio y reúne los tres requisitos señalados por la Corte para que la acción prospere, a saber: "la existencia de una relación jurídica concreta; que los hechos aducidos sean adecuados para producir la modificación del estado jurídico existente; y, que haya una necesidad de tutela jurídica, esto es, que la constitución jurídica que se pretende no pueda obtenerse sino por medio de una sentencia". (Casación de 28 de agosto de 1936).

Aun cuando la sentencia proferida en este juicio no produce la excepción de cosa juzgada contra los que no intervinieron en él, la inscripción del título coloca en situación mejor al poseedor que puede oponer a quien alegue dominio sobre el inmueble basado en un título anterior, la prescripción ordinaria que empieza a correr desde la inscripción de la sentencia (2526 y 2534 C. C.)

POSESION ORDINARIA.—“Es posesión ordinaria la que no pertenece a ninguna de las clases anteriores”, define el artículo 296 del Código de Minas. Esta definición, además de su vaguedad, es también inexacta. El poseedor ordinario puede ser a la vez violento o clandestino, no obstante lo dispuesto en los artículos 305 y 311 del C. de M. Ya dijimos que en la legislación minera sólo existe en realidad dos clases de posesiones; la regular y la ordinaria. La posesión viciosa debe considerarse como una modalidad de las anteriores, al menos teóricamente, sin embargo de que las consecuencias que se deriven sean distintas.

El código de minas no establece, de manera expresa, una subdivisión de la posesión ordinaria, pero los art. 304 y 305 hablan de la posesión ordinaria considerada desde dos puntos de vista distintos. Según el artículo 304, la posesión ordinaria se adquiere desde que se dé el aviso de que tratan los artículos 80., 79, 346 y 367; según el artículo 305, se adquiere también la posesión ordinaria por el hecho de ocupar la mina sin violencia ni clandestinidad, pero si se emplea la fuerza o se oculta la posesión, sin haber dado ningún aviso ni tener derecho alguno, también se adquiere posesión ordinaria de acuerdo con la idea que hemos expuesto, a pesar de lo dispuesto en el artículo siguiente.

En el curso de esta monografía hemos llamado **especial** a la posesión que se adquiere por el aviso de la mina porque esta ocupación es realmente un hecho jurídico que da al que la obtiene un derecho preferente a la adjudicación de la mina que puede hacer valer mientras no incurra en alguna o algunas de las causales de abandono señaladas en el artículo 118, contra todo el que en virtud de un aviso posterior pretenda para sí o para su mandante la adjudicación de la mina u oponga resistencia fundado en la simple ocupación material de ella. Hemos designado con el nombre de posesión ordinaria **común** a la que se ejerce ocupando la mina sin adelantar gestión alguna para obtener su adjudicación. Este poseedor que se-

gún el C. C. puede obtener la propiedad de la cosa de que se apodera, en el derecho minero no se le reconoce privilegio ninguno: basta que otro denuncie la mina para que sea obligado a abandonarla; solamente cuando es expulsado violentamente de la posesión sin intervención de la autoridad, puede ejercitar la acción por despojo para que se le dé la posesión mientras se discute su derecho. (331).

Será también poseedor ordinario común todo el que pierda, según la ley, la posesión regular o la mera expectativa de derecho sobre la mina (310). Así, el poseedor regular cuyo título sea declarado nulo por la autoridad competente, será considerado en adelante como un simple ocupante de la mina mientras no adquiera nuevamente el derecho preferente a la adjudicación en virtud del aviso. Si la nulidad del título es subsanable, su posesión continuará siendo regular si obtiene la revalidación o enmienda de su título.

El código de Minas emplea en el capítulo VIII la palabra subsanable con notoria impropiedad. No es subsanable la nulidad de un título cuando el propietario pierde la posesión regular de la mina y por consiguiente el dominio, en virtud de la sentencia, y para recuperar sus derechos sea necesario dar un nuevo aviso.

CAPITULO IV

ACCIONES POSESORIAS

ACCION Y EXCEPCION.— Por acción entendemos la facultad que la ley otorga al titular de un derecho violado, o al simple poseedor de un bien que ha sido privado de la posesión o perturbado en su ejercicio, o al que en virtud del contrato o de la ley tiene derecho a exigir de otro una prestación cualquiera, para acudir ante las autoridades en demanda de protección. Una cosa es el ejercicio de una acción y otra el derecho a ejercitarla. Solamente el que tiene el derecho al ejercicio de la acción y lo comprueba en el juicio, obtiene que la litis se desate en su favor por sentencia definitiva. La acción debe estar en todo caso consagrada por las disposiciones sustantivas..

La excepción, define Escriche, citado por Anibal M. Osorio, es la exclusión de la acción, esto es, la contradicción o repulsa con

que el demandado procura diferir o enervar la pretensión o demanda del actor. En su acepción genérica, se entiende por excepción cualquier medio de defensa que emplee el demandado para excluir la acción del demandante. (Manresa y Navarro, citados por Osorio).

Las excepciones se dividen en **dilatorias** y **perentorias** (art. 328 C. J.). Las primeras dicen relación a la manera como se ejercita la acción; su objeto es suspender el juicio o mejorarlo y su razón jurídica es el derecho que asiste al demandado de que se le demande según los principios normativos de la ley procedimental. Las perentorias constituyen el derecho de legítima defensa de la parte demandada que se cree lesionada en sus intereses por la acción injusta de otros: si prospera, generalmente decide el fondo de la controversia como en la excepción de solución o pago efectivo, o bien se refiere a una cuestión de forma y entonces no constituirá cosa juzgada como en la de petición de modo indebido. Las excepciones de transacción y de cosa juzgada pueden proponerse también como dilatorias (art. 341 C. J.)

La acción debe tener además, causa y efecto. Desde el punto de vista de la filosofía especulativa causa "es todo lo que influye en la existencia o modificación de un ser"; desde un punto de vista legal, causa de la acción será el desconocimiento o la violación de un derecho que lo es en realidad o que por el momento se presume como tal.

El C. C. colombiano divide las acciones en reales y personales, muebles e inmuebles, principales y accesorias, petitorias y posesorias. Acción real es la que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona como la de dominio, y personal, la que sólo se puede ejercitar contra determinado sujeto como la que corresponde al acreedor para que su deudor le pague una suma determinada de dinero; acción mueble es la que recae sobre un objeto de esta naturaleza e inmueble en el caso contrario (finca raíz); principal es la que puede prosperar independientemente y accesorio la que sólo puede existir en virtud de otra; petitoria es la que se refiere al dominio y posesoria la que se ejercita para amparar la ocupación de un bien raíz, considerada independientemente de la idea de propiedad.

ACCIONES POSESORIAS.— El sistema general de posesión

adoptado por el C. de M. tiene su origen en los principios fundamentales que informan la legislación civil (sistema francés). Las disposiciones, civiles, a su vez, demuestran su clara descendencia, más o menos remota, del derecho romano.

Ya en el derecho antiguo encontramos dos acciones o interdictos establecidos en beneficio del poseedor para obtener el amparo del poder público, contra los ataques injustos de terceros. La posesión se concebía entonces como hoy, esto es, como un hecho jurídico según la expresión de la H. Corte Suprema, que consiste en el apoderamiento de una cosa con ánimo de hacerse dueño de ella. Esta actitud del hombre debía ser protegida por la ley porque la posesión material es fuente de importantes consecuencias jurídicas como que es un acto que genera dominio y constituye la apariencia más perfecta del derecho de propiedad sobre las cosas.

Los romanos distinguieron estas dos acciones con los nombres de interdictos *retinendae-possesiones* e interdicto *recuperandae-possesiones*. El objeto de la primera era amparar al poseedor en el goce de las cosas que estaban bajo su poder inmediato y librarle del embarazo o perturbación de extraños. El interdicto *retinendae-possesiones* recibía el nombre de **uti possidetis** cuando se trataba de la posesión de bienes raíces y de interdicto de **utri** si se ejercitaba para amparar la posesión de bienes muebles.

El interdicto *recuperandae-possesiones* de los romanos se dividía también en interdicto de **ví** y de **precaria**. El primero correspondía ejercitarlo al ocupante que había sido despojado violentamente de la posesión y se dirigía contra el poseedor vicioso; el segundo se instituyó en favor de quien había dado la cosa para que le fuera restituída a su voluntad, mediante un título no traslativo de dominio.

La definición de acciones posesorias que da el artículo 972 del C. C. es en términos generales, la misma del art. 320 del C. de M. y ambas se apartan del concepto de los romanos al extender el ejercicio de la acción para defender los derechos reales sobre los cuales nuestra legislación admite posesión (artículo 776 C. C.), y también en cuanto restringe su alcance al no conceder la acción posesoria para conservar o recuperar la posesión de bienes muebles.

La legislación minera establece las mismas acciones que el de-

recho civil. Estas pueden ser generales o especiales. Las acciones generales son tres: a). La que se concede al poseedor para impedir todo acto de molestia o embarazo en el goce tranquilo de la mina; b). La que se concede al poseedor regular de una mina para hacer efectiva la posesión material a que tiene derecho en virtud del título y del pago del impuesto anual; y, c). La de despojo que se concede a todo el que ha sido violentamente despojado de la posesión y aun de la mera tenencia. (Las acciones especiales son: denuncia de obra nueva y denuncia de obra vieja.

ACCIONES POSESORIAS GENERALES.— En el derecho español existían tres acciones o interdictos posesorios según se trata de adquirir, conservar o restituir la posesión de las cosas. Nuestro derecho civil sólo conservó las dos últimas, pero en el código de minas se instituyó de manera expresa el interdicto para hacer efectiva la posesión, es decir, para adquirirla materialmente según la expresión del derecho español. La acción para recuperar la posesión (art. 972 C. C.) comprende en realidad la de despojo: si la posesión se pierde de una manera pacífica la acción conserva su nombre propio y sólo recibe el nombre de despojo cuando el ocupante ha sido privado de la posesión por medio de la violencia. La diferencia entre la acción para recuperar la posesión y la de despojo se establece en relación con la capacidad para su ejercicio, el tiempo necesario de posesión para ejercitarla y el lapso de prescripción. En efecto, la acción para recuperar la posesión sólo puede ejercitarla el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo (art. 794 C. C.); siempre que haya poseído a nombre propio y que instaure la acción antes de un año completo contado desde que el poseedor la perdió, a menos que la nueva posesión sea viciosa o clandestina porque entonces la prescripción de la acción empezará a correr desde el último acto de violencia o desde que haya cesado la clandestinidad (arts. 974 y 976 C. C.).

En cambio, el artículo 984 concede la acción de despojo a todo el que haya sido privado de la posesión de la cosa por la violencia así sea poseedor o mero tenedor de ella, sin consideración del tiempo durante el cual el inmueble estuvo bajo su poder, y "sin que para ésto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho

prescribe en seis meses". (984).

ACCION PARA HACER EFECTIVA LA POSESION. — El objeto de las acciones posesorias dice el artículo 320, es hacer efectiva o conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituídos en su favor.

Ya observamos que el C. de M. emplea la expresión "hacer efectiva la posesión" en lugar de la palabra "recuperar". La razón jurídica de esta diferencia resulta bien clara cuando se considera que según el C. C., para ejercitar esta acción, no basta ser dueño de la cosa: es necesario probar que se ha poseído materialmente y que se intenta la acción en tiempo hábil, no obstante la presunción establecida en los artículos 789 y 980 del C. C. que se refieren a la posesión inscrita. No así en las disposiciones del C. de M. en las cuales no se contrapone el concepto de la posesión inscrita a la noción de posesión material; no hay lugar a ambigüedad; la presunción del inciso 2o. del artículo 289 del C. de M. es absoluta (antes de la vigencia del Decreto 223): en las minas, para el efecto de constituir y conservar la posesión, el pago del impuesto **equivale** a la tenencia material de la mina. Poseer era pagar el impuesto anual, no ocupar la mina. De consiguiente quien tiene título de adjudicación y ha pagado puntualmente los impuestos, posee materialmente la mina. Lógico es suponer que la acción que le compete no tiene por objeto recuperar la posesión, porque si para demandar es necesario demostrar que es actual poseedor (pago del impuesto anual), resultaría ilógico suponer que trata de recuperar la posesión que no ha perdido. En síntesis, recuperar la posesión es un derecho que nace del hecho de la ocupación material considerada independientemente de la idea de dominio; hacer efectiva la posesión es una consecuencia lógica del derecho de propiedad sobre la mina, es su complemento; quien por presunción legal, antes de derecho, es tenedor de la mina, tiene derecho a ejecutar actos posesorios, a hacer efectiva esa presunción que obra en su favor en virtud del pago del impuesto anual.

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 (art. 323 C de M.). El derecho del poseedor regular es siempre preferible al de todo otro poseedor, agrega el artículo 324, que más bien que

un nuevo artículo debería ser un inciso del anterior.

Sin embargo de la precisión de los términos empleados por el legislador en los dos artículos anteriores, la acción para hacer efectiva la posesión puede dirigirse también contra otro poseedor regular. Es que en la legislación de minas se prevé el caso de que sobre una misma propiedad se ejecuten simultáneamente varias posesiones regulares debido a que es posible que el Estado adjudique una misma mina en más de una vez, y que todos los adjudicatarios paguen independientemente los impuestos. Entonces resulta el absurdo de admitir la coexistencia de varios tenedores materiales de una misma mina que no tienen comunidad entre sí. La prueba producida por uno de los poseedores regulares de que el título que presenta es más antiguo y que desde que se expidió ha conservado la posesión por el pago del impuesto, confirma en su favor la presunción del artículo 289, inciso 2o., y en consecuencia la destruye en contra de los demás poseedores regulares (Decreto 223). Pero siempre habrá varios poseedores regulares de la mina, lo que repugna es que se admita, siquiera idealmente, la existencia de varios tenedores que ejerzan posesión material a un tiempo mismo, independientes entre sí, y sobre una misma propiedad, como se concebía antes del Decreto tantas veces citado. (v. 418 C. de M.).

Consecuencia de la presunción a que acabamos de referirnos y del principio de que respecto de las minas no existe la prescripción adquisitiva de dominio, la acción para hacer efectiva la posesión, no prescribe mientras se conserve la posesión regular de la mina (art. 326).

ACCION PARA CONSERVAR LA POSESION.—El artículo 328 confiere al poseedor el derecho de pedir que no se le perturbe o embarace el goce de su posesión, o que se le despoje de ella, y que se le den seguridades contra el que fundadamente tema. Tiene derecho de pedir además, la indemnización de perjuicios por el daño que haya sufrido a consecuencia de la acción perturbadora de terceros.

Respecto de la indemnización de perjuicios, nos adelantamos a decir que ella no es, no puede ser objeto de acción posesoria, sino su consecuencia y debe reclamarse la indemnización mediante los trámites de un juicio ordinario. Queremos advertir además que en este particular el C. de M. falta a la técnica. Los artículos 2341,

2342 y siguientes del C. C., aplicados a toda clase de delitos o culpas, reglamentan íntegramente la materia, lo que equivale a decir que esta facultad está de sobra en el precepto legal que comentamos.

“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 le infiere. 2o. Que se le indemnice del daño sufrido como consecuencia de la acción de extraños. 3o.—Que se le de seguridad contra el que fundadamente teme; esto es, que se ordene al perturbador abstenerse de ejecutar los hechos en que consiste el embarazo” (Acciones posesorias de minas, monografía de Francisco Ruiz Luján).

La acción para conservar la posesión puede ejercerla cualquier poseedor, no obstante lo dispuesto en el artículo 321. A primera vista parece que el citado artículo 321 tiene un carácter general al consagrar la acción posesoria en beneficio de los que tengan título y justifiquen el pago del impuesto en el año anterior, pero no es así. Este artículo sólo se refiere a la acción para hacer efectiva la posesión; así debe entenderse si se estudia en relación con los artículos 328, 331, 333 y 335 del mismo código. En lugar de ser una regla general es una simple excepción.

El artículo 329 hace extensiva esta acción al usufructuario de la mina, en cuanto vayan dirigidas a conservar el goce de su derecho, aun contra el propietario mismo. Las sentencias obtenidas contra el usufructuario obligan al propietario a menos si se tratare del dominio de la mina o de derechos anexas a él: en este caso no valdrá la sentencia contra el propietario que no haya intervenido en el juicio. El propietario es obligado a auxiliarlo contra todo turbador o usurpador extraño, siendo requerido al efecto (artículos 329 y 330).

Los demás tenedores de la mina, como el arrendatario por ejemplo, hábiles para ejercitar la acción de despojo, no lo son para proponer las acciones y excepciones posesorias: la persona en cuyo nombre posean la mina es la única hábil para defender los derechos del tenedor y la integridad de la propiedad de la mina.

Las acciones que tienen por objeto conservar la posesión de

las minas prescriben al año completo, contado desde el acto de molestia o embarazo inferido a ella (artículo 327). Este es también el término que fija el artículo 976 del C. C.

ACCION POR DESPOJO.—Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la tenencia, tendrá derecho para que se restablezcan las cosas al estado en que antes se hallaban, sin que para eso necesite probar más que el despojo, y sin que se pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses (artículo 331).

La acción por despojo puede ejercitarla toda clase de poseedor, aun el simple ocupante de la mina como poseedor ordinario común o mero tenedor. Su objeto es restablecer el orden perturbado por la acción particular o por la justicia, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda imputarse a los autores intelectuales y materiales del atropello. Restablecidas las cosas al estado anterior pueden ejercitarse por una y otra parte las acciones y excepciones que les competan para hacer valer sus derechos.

En el juicio posesorio que se instaure con base en esta acción no sólo no se discute dominio sino que tampoco se tiene en cuenta la calidad de poseedor del actor: el mero tenedor de la mina es hábil para ejercer la acción; de ahí que tenga fundamento el reparo que se ha hecho al código en esta parte por falta de técnica al establecer como posesoria una acción que tiene propiamente hablando un carácter de sanción civil, sin perjuicio de que se castigue a los responsables de conformidad con la ley penal.

Para que la acción por despojo proceda es necesario que el que la intenta alegue una de estas tres circunstancias, por lo menos. a). Que fue privado de la tenencia de la mina por medio de la violencia (art. 331); b). Que siendo actualmente dueño de la mina fue repelido por la fuerza por un poseedor que en su ausencia se apoderó de ella; y, c). Que fue privado de la tenencia o posesión de la mina por orden de la autoridad y sin previo juicio. (293 y 439).

CAPITULO V

ACCIONES ESPECIALES

La acción posesoria para conservar la posesión que someramente hemos estudiado constituye un medio que la ley ofrece al poseedor para defender el goce de la mina contra la acción de extraños. Es necesario que la perturbación se cause dentro de los límites de su propiedad. En cambio, las acciones especiales tienen por objeto proteger al poseedor para que no sea perturbado en su posesión por la manera como otro quiera ejercitar su derecho en el predio de que está en posesión: las acciones especiales constituyen una limitación al ejercicio del derecho de dominio cuando con ello pueda perjudicarse intereses extraños.

DENUNCIO DE OBRA NUEVA.— Son obras nuevas denunciabiles, las que construídas en el predio sirviente, embarazan el goce de una servidumbre constituída en él a favor de una mina, dice el art. 334.

El que tiene el derecho a usar de una servidumbre, tiene lógicamente la facultad de prohibir a los dueños de los predios sirvientes que construyan obras que dificulten el goce de la servidumbre, pues de lo contrario, sería tan relativo su derecho que podría verse privado del beneficio de esa servidumbre porque otro, con el pretexto de ejercitar su derecho construye en la heredad sirviente obras que impidan el ejercicio de la servidumbre: el que tiene derecho a una servidumbre lo tiene igualmente a los medios indispensables para su ejercicio.

El art. 334 está redactado en términos absolutos. Estudiado aisladamente deja la impresión de que no hay otras obras nuevas denunciabiles fuera de las construídas en un predio sirviente para perturbar o impedir el ejercicio de una servidumbre. Esta tesis, absurda desde luego, ha sido sostenida por algunos abogados.

Sin embargo, el art. 333, concede también esta acción posesoria especial al poseedor regular de una mina y al descubridor o restaurador que no hubiere perdido sus derechos, para oponerse a que se construya toda obra nueva que pueda dificultar o impedir el laboreo de la mina.

Es hábil para ejercitar la acción posesoria el poseedor regular

y el poseedor ordinario especial. La ley excluye de este beneficio al simple ocupante de la mina, o sea al poseedor ordinario común, porque en la legislación minera no se conoce derecho de adquirir la propiedad de las minas denunciables sino mediante la adjudicación. Es claro que quien la ocupa materialmente y no la avisa no puede obtener derecho alguno ni la simple preferencia a la adjudicación, por cuanto no ha manifestado por medio del aviso dado ante el Alcalde Municipal respectivo su voluntad de adquirir la propiedad y posesión de la mina.

La simple ocupación de la mina no genera otro derecho que el de instaurar acción posesoria por despojo, esto es, el derecho de que no sea expulsado de la mina por medio de la violencia sin que preceda orden de autoridad competente y previo los trámites legales. Ya dijimos anteriormente que en la acción por despojo no se discute el derecho a la posesión de la mina sino el hecho de haber sido realmente privado de la ocupación por medios ilegales.

Tampoco se concede esta acción al mero tenedor de la mina, porque este no es propietario ni poseedor. Poseer a nombre ajeno es una expresión incorrecta: se posee siempre a nombre propio; bien ocupando la mina personalmente o por medio de otras personas que la explotan reconociéndole dominio y posesión de ella. El dueño de la mina es obligado a auxiliar al tenedor para librarlo de toda turbación o molestia, siendo requerido al efecto (Art. 329). En la legislación de minas es más lógica esta conclusión si se considera que el adjudicatario que paga los impuestos es poseedor regular y tenedor material de la mina, en cambio, según el C. C., el tenedor puede ser considerado dueño por el hecho de poseer siempre que no revele a nombre de quién tiene la cosa y que otro no justifique derecho alguno sobre ella.

La facultad que este artículo concede es bastante amplia. Sin embargo, de ella debe usarse discrecionalmente. [La turbación que pueda causar la obra nueva debe estimarse en relación con la explotación que se esté haciendo de la mina en la época en que empieza la nueva construcción y cuando más, de acuerdo con los proyectos de laboreo que tengan un principio de realización. El minero no puede oponerse a la construcción de una obra alegando que en un futuro más o menos remoto podrá dificultar la explotación en grande escala de la mina, por ejemplo.

Para que la acción prospere, el interesado en oponerse debe demostrar que la explotación actual de la mina sufre perjuicios o trastornos teniendo en cuenta los planos y condiciones de la nueva obra, de lo contrario, sería someter el derecho ajeno a una apreciación arbitraria de los mineros, basada en sus propias conveniencias y sin considerar las que puedan tener los otros. No sobra advertir que estas apreciaciones son objeto de opinión pericial.

La acción que se consagra en el primer inciso del artículo 333 tiene dos limitaciones que se exponen en los incisos segundo y tercero del mismo: a). No tienen derecho a denunciar como obras nuevas que puedan dificultar su laboreo las que tienen por objeto precaver la ruina de un edificio, acueducto, canal, puente; y, b) tampoco podrán entorpecer los trabajos conducentes a mantener la debida limpieza de los caminos, acequias, cañerías, etc.

Dos razones encontramos para justificar estas excepciones: el carácter de transitorio que tienen las obras construídas para la reparación de un edificio o para la limpieza de una cañería, por ejemplo; y el derecho que tiene el dueño de una cosa para mantenerla en estado de poder servirse de ella. Con todo, dice la disposición citada, se reducirán a lo estrictamente necesario en lo que puedan incomodar al minero y una vez terminada la reparación, se restituirán las cosas al estado anterior, a costa del interesado.

La acción especial para denunciar una obra nueva prescribe si no se instaurare dentro del año y los demandados o querellados serán amparados en su posesión interina (340).

El doctor Fernando Vélez opina con bastante fundamento que la prescripción de esta acción empieza a correr desde que la obra quede terminada. No sería absurdo sostener, con base en la letra del artículo 333, que la prescripción extintiva de esta acción se contará desde que se empieza a construir la obra. Creemos que el término fijado para una prescripción adquisitiva o extintiva, debe contarse, en el primer caso, desde el primer acto de apoderamiento con ánimo de dueño, y en el segundo, desde el momento en que se tenga la facultad de ejercitar la acción. La jurisprudencia ha aceptado la interpretación dada por el doctor Fernando Vélez.

DENUNCIO DE OBRA VIEJA.—El C. de M., al tratar de esta acción, copia del Código civil, como en la anterior, los principios que la informan. Hasta mejor podríamos decir que copia las

disposiciones con las variaciones necesarias en consideración a la naturaleza de la propiedad o posesión que reglamenta.

Esta acción procede cuando ocurra uno de estos casos: a) que se tema que la ruina de un edificio vecino pueda causar perjuicio a su mina; y, b) que se tema fundadamente la ruina de cualquiera otra obra, o de árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria frecuencia.

El minero puede solicitar que se destruya el edificio o la obra si está en tan mal estado que no admita reparación o que se repare a costa del dueño. Si el dueño no quisiere o no pudiere hacer la reparación se hará por el minero o por otro a costa del dueño de la obra, pero conservando en cuanto fuere posible, las dimensiones y forma del antiguo edificio: las alteraciones se ajustarán a la voluntad del dueño en cuanto fueren compatibles con el objeto de la querrela.

Se deberá la indemnización si notificada la querrela cayere el edificio o la obra por efecto de su mala construcción, salvo que se derribe por caso fortuito, a menos que el caso fortuito, sin el mal estado del edificio, no lo hubiera derribado. Para que se deba la indemnización es necesario que se hubiere notificado la querrela.

Esta acción, como la anterior, está consagrada en favor del dueño, y del descubridor o restaurador de una mina mientras conserven su derecho preferente a la adjudicación (337).

Las acciones dirigidas a precaver un daño, dice el inciso 2o. del artículo 240, no prescriben mientras haya justo motivo de temerle. Esta disposición es tan justa y racional que sobre ella huelga todo comentario.

De las acciones especiales que acabamos de estudiar es más importante, desde el punto de vista práctico, la primera, al contrario de lo que sucede con las acciones posesorias especiales que reglamenta el código civil (arts. 335 al 340 C. de M.)

DISPOSICIONES COMUNES.—[Los arts. 322, 329, 339 y 340 del C. de M. contienen disposiciones comunes a todas o algunas de las acciones posesorias. Para finalizar este capítulo haremos algunos breves comentarios sobre estos artículos.

“Art. 322. El heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese”. Este artículo reproduce textualmente el artículo 975 del C. C.

Esta disposición, justa y equitativa, confiere al heredero la facultad de representar a su autor. No es necesario que haya recibido la herencia, le basta acreditar su calidad de heredero con la providencia del juzgado que conozca del juicio de sucesión, para que pueda instaurar la acción posesoria para la sucesión ilíquida; si se trata de responder a la acción de otro deben comparecer los herederos reconocidos o uno que tenga poder de sus coherederos.

El fundamento jurídico de esta facultad que la ley otorga a los herederos se encuentra en que éstos son los representantes de la persona difunta para sucederle en todos sus bienes y obligaciones transmisibles (art. 1155 del C. C.).

“Art. 329.—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.”

De conformidad con esta disposición, el usufructuario es capaz de ejercer todas las acciones posesorias que tengan por objeto conservar la posesión de la mina que usufructúa, aún contra el propietario mismo. De esta definición sólo queda excluída la acción para hacer efectiva la posesión que la ley reserva únicamente para el poseedor regular (321). Pero la disposición no tiene tanta claridad para sacar tan fácilmente estas conclusiones. Siguiendo el tenor literal de los artículos 333 y 337 llegan algunos a la conclusión de que el usufructuario, si tiene necesidad de establecer una acción especial para librarse del embarazo o perturbación causada por obras que están fuera de los límites de la mina que elabora, tiene que recurrir al propietario de conformidad con la parte final del artículo 329 para que instaure la acción y haga respetar su derecho de usufructo.

Pero no es esta la interpretación jurídica del artículo. Las acciones posesorias tienen dos objetos: hacer efectiva y conservar la posesión de las minas y de los derechos reales constituídos en su favor. La primera acción solo pueden ejercitarla los poseedores regulares; la segunda corresponde hacerla valer a todo poseedor. Las acciones posesorias especiales como la acción general de que trata el art. 328, tienen por objeto conservar la posesión. La diferencia consiste en que aquella se refiere a los actos de perturbación ejecutados en la mina de que está en posesión al paso que las generales confieren el derecho de oponerse a toda turbación o molestia que se oca-

siona al laboreo de la mina, por causa de las obras edificadas o que se pretenda edificar en otros predios.

De lo contrario llegaríamos a aceptar el absurdo de que el usufructuario puede obtener protección contra el dueño que ejecuta actos de perturbación en la mina pero no podría impedir que por la construcción de una obra, por ejemplo, le dificulte el laboreo de la mina, si ésta se construye en un predio vecino.

Los únicos poseedores que no pueden intentar estas acciones son los poseedores ordinarios comunes. Tanto el art. 333 como el 337 los excluyen al hablar solamente del descubridor o restaurador de la mina que no hubiere perdido sus derechos.

El art. 338 es una disposición común para las acciones especiales: si la turbación o el peligro que se trata de evitar proviene de una obra (o un árbol, etc.) que pertenece a varios podrá intentarse la acción contra todos o contra uno de ellos; si la propiedad perjudicada perteneciere a varios en común podrá establecer la acción cualquiera de los condueños o todos de común acuerdo. La indemnización por daños y perjuicios se repartirá entre todos los demandados por igual, sin perjuicio de que ellos entre sí se la dividan a prorrata de sus respectivos derechos; los demandantes sólo podrán pedir la indemnización por los daños que cada uno hubiere sufrido; si demanda uno solo de los comuneros por el total de la obligación, deberá acreditar su personería relativa a los otros.

El art. 340 establece las prescripciones extintivas de las acciones. La acción para hacer efectiva la posesión no prescribe mientras se conserve la posesión regular de la mina; tampoco prescribe la acción dirigida a precaver un daño mientras haya justo motivo de temerlo; la acción por despojo prescribe en seis meses; y, las demás acciones prescriben al año completo (arts. 326, 331 y 340 del C. de M.).

Medellín, marzo 31 de 1939.