

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y
CIENCIAS SOCIALES

LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO Y DEMAS
DERECHOS REALES

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Carlos Antonio Saballos Munguia

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, ENERO DE 1971.



1
346.043
S 113m
1971
F. y CC. SS
Ej. 4

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR

ARQ. GONZALO YANEZ DIAZ.

SECRETARIO GENERAL

Dr. JOAQUIN FIGUEROA VILLALTA.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

DR. GUILLERMO CHACON CASTILLO.

SECRETARIO

DR. JOSE GUILLERMO ORELLANA OSORIO.

Donación/El Autor/10-VI-71/#40

PRIVADO DE

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

JURADO EXAMINADOR

Presidente: DR. JULIO DIAZ SOL.
Primer Vocal: DR. JOSE IGNACIO PANIAGUA.
Segundo Vocal: DR. RONOLDY VALENCIA URIBE.

PRIVADO DE

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

JURADO EXAMINADOR

Presidente: DR. ALEJANDRO DAGOBERTO MARROQUIN.
Primer Vocal: LIC. GILBERTO CABEZAS CASTILLO.
Segundo Vocal: DR. MAURICIO ROSALES RIVERA.

PRIVADO DE

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

JURADO EXAMINADOR

Presidente: DR. SALVADOR SAMAYOA.
Primer Vocal: DR. GABRIEL GALLEGOS VALDEZ.
Segundo Vocal: DR. ROBERTO LOPEZ MUNGUIA.

TESIS

JURADO EXAMINADOR

Presidente: DR. CARLOS ALFREDO RAMOS CONTRERAS.
Primer Vocal: DR. MAURICIO ALFREDO CLARA.
Segundo Vocal: DR. ROMAN GILBERTO ZUNIGA VELIS.

UES BIBLIOTECA CENTRAL



INVENTARIO: 10112325

DEDICO ESTA TESIS: a mis padres naturalmente, y
a mi abuelita, de grata recordación, a quien -
en vida le prometí que un día saldría abogado.

No.		Página
I	Introducción	
1	Concepto de Modos de Adquirir.	1
2	Diversas Clasificaciones de los Modos de Adquirir	4
3	De la Ocupación	7
4	Requisitos de la Ocupación	12
5	Comentarios al Código Civil Salvadoreño sobre la caza y la pesca	14
6	Reglas sobre la Pesca	17
7	Clases de Pesca	17
8	Situación de las Abejas	21
9	Situación de las Palomas	22
10	Invención o Hallazgo	23
11	Clases de Invención o Hallazgo	24
12	Reglamentación del Tesorero entre Nosotros	26
13	Cosas abandonados al primer Ocupante	28
14	Captura Bélica	30
15	Especies Naufragas	32
16	Especies al parecer perdidas	35
17	De la Accesión	40
18	Clases de Accesión	43
19	Accesión propiamente tal	44
20	Accesión de Inmueble a Inmueble	44
21	Cambio de Cauce de un Río	47
22	Formación de Nueva Isla	48
23	Accesión de Mueble a Inmueble	50
24	Accesión de Mueble a Mueble	56
25	De la Ley	62
26	Concepción Moderna de la Ley	65
27	Casos en que se adquiere por Ley	68
28	De la Tradición	74
29	Elementos de la Tradición	75

No.		Página
30	Efectos de la Tradición en Roma	76
31	Que es la Tradición	79
32	Requisito de la Tradición	81
33	Características de la Tradición	82
34	Intención de Transferir	84
35	La Entrega de la Cosa	87
36	Clases de Tradición	88
37	Diferencias entre nuestro Derecho y el Francés	91
38	Tradición de Bienes Inmuebles	96
39	Tradición del Derecho de Herencia	99
40	Introducción a la Sucesión por Causa de Muerte	103
41	De la Sucesión por Causa de Muerte	104
42	De la Adquisición por Sucesión	104
43	Designación del Heredero en Roma	105
44	De la Prescripción	111
45	Concepto de Prescripción X	113
46	La Prescripción Adquisitiva	114
47	Elementos de la Prescripción X	115
48	De la Posesión	115
49	Mera Tenencia	118
50	La Buena Fe	122
51	Existen Tres Clases de Títulos	125
52	Posesión Irregular	126
53	Requisitos de la Prescripción ✓	127
54	Primer Requisito de la Prescripción	127
55	Segundo Requisito de la Prescripción	129
56	El Plazo	131
57	Interrupción de la Prescripción	132
58	Interrupción Natural	134
59	Interrupción Civil	135

No.		Página
60	Clases de Prescripción ✕	137
61	Prescripción Ordinaria	137
62	Prescripción Extraordinaria	140
63	Efectos de la Prescripción ✕	142

INTRODUCCION

Este trabajo de tesis, lleva como título "LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO Y DEMAS DERECHOS REALES", se refiere, sí, especialmente al derecho de dominio o propiedad, por ser este el derecho real por excelencia alrededor del cual giran los demás derechos, esto es así, por ser considerado el derecho de propiedad, desde los tiempos romanos, como el derecho perfecto por excelencia.

En el desarrollo de este trabajo, me he basado especialmente en la forma de apreciarlos por los Romanos, eternos inspiradores de nuestro Código Civil, que no obstante, el tiempo transcurrido aún hoy en día permanecen en él, inquebrantables sus disposiciones; la forma de apreciarlos por la legislación Francesa, Chilena, Mejicana, en ciertos puntos la Española y también, por supuesto, la forma de apreciarlos por nuestra legislación.

A pesar de haber otras divisiones de los modos de adquirir como en el curso de esta tesis se deja ver, para el desarrollo de la misma se ha adoptado la división de Modos Originarios y Modos Derivativos, por parecerme la más clara de ellas y la más accesible para poder desarrollar este trabajo; entre los primeros serán tratados sucesivamente, la ocupación, la accesión y la ley y entre los segundos la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Con respecto a la sucesión por causa de muerte, hay que aclarar, que ésta se aborda como modo de adquirir, por que esta tesis no es estrictamente legalista; sino también, inspirada en la doctrina y en ella, por lo general, la sucesión por causa de muerte es modo de adquirir; por supuesto, que en otras partes, no entre nosotros, lo cual se explicará oportunamente.

Con mis modestos conocimientos, creo haber desarrollado el tema, talvez no, con la extensión de un tratado; pero, creo haber relatado, lo más importante de ellos y podría decir lo neces-

rio para servir de guía, a aquellos estudiantes que deseen satisfacer sus inquietudes, alrededor de los modos de adquirir.

Al realizar este trabajo, me propuse satisfacer dos intereses; uno personal, ya que para mí, significa el último paso para la coronación de mi carrera universitaria; a la vez me propuse -- también otra finalidad, cual es servir en algo a aquellos estudiantes que al abordar el intrincado tema de los modos de adquirir, deseen utilizarla para tal fin; al lograr estos propósitos, los fines que me propuse al elaborarla estarán cumplidos.

TITULO I

CAPITULO I

CONCEPTO Y CLASIFICACION DE LOS MODOS DE ADQUIRIR.

1.- CONCEPTO DE MODOS DE ADQUIRIR.

¿ Qué son los modos de adquirir?

Según Ruggiero, los modos de adquirir: "constituyen las causas legales que determinan el dominio o los hechos jurídicos a los cuales la ley reconoce eficacia para que surja el dominio en un sujeto" (1).
— Después

Zaccarías define los modos como: "los hechos en virtud de los cuales se consuma la adquisición del dominio" (2).

Alessandri y Rodríguez, comentarista chileno expresa: "Los modos de adquirir el dominio son ciertos hechos materiales, a los cuales la ley les atribuye la virtud de hacer nacer o traspasar el derecho de dominio"(3).

Mazeud explica que son y así dice en el sumario de la lección XIII del Tomo Primero de su obra Derecho Civil que: "los derechos se crean por medio de modos originarios; se transmiten por medio de modos derivativos.

La adquisición o la extinción de los derechos resulta ya sea de la voluntad, es el acto jurídico; ya sea fuera de la voluntad, por un acontecimiento, es el hecho jurídico."(4)

Como se podrá ver por los conceptos antes expresados, al hablar de modo de adquirir, se refiere a las diferentes formas como puede un derecho nacer " o incorporarse al patrimonio de una persona por hecho o acto jurídico."

Como nuestro Código Civil en general gira en torno al derecho de propiedad y demás derechos relacionados con ella, los modos de adquirir que como se ha dicho se refieren a tal derecho, adquieren una extraordinaria importancia.

(1) Ruggiero: Diccionario de Derecho Usual-Guillermo Cabanellas-Tomo II, Página 722.

(2) Zaccarías: Diccionario de Derecho Usual-G. Cabanellas-Tomo 2o. Pag. 722

(3) Alessandri y Somarriva-Pag. 255-No. 451-Tomo 2o. Edición de 1940.

(4) Mazeud: Sumario de la lección 13a. del Tomo 1o. de su obra Derecho Civil.

Con el único objeto de poder emprender este trabajo, al desarrollar se aceptará que el derecho de propiedad es legítimo y que por consiguiente su fundamento es indiscutible y así se considerará por la razón de ser un tema escabroso y de interminables discusiones entre los comentaristas que sostienen tesis completamente opuestas, así se verá cómo entre éstos hay quienes le dan al derecho de propiedad su legitimidad o fundamento en el derecho natural, derecho perfecto hacia donde todas las legislaciones positivas existentes se dirigen y en cambio otros que como Proudhon expresan que: "La propiedad es un robo".

Las corrientes ideológicas se han dividido en:

a) Positivas, llamadas así aquellas que reconocen la legitimidad del derecho de propiedad.

b) Negativas, que niegan la legitimidad que pueda tener el derecho de propiedad, el cual no se deriva del derecho natural, sino que es producto del hombre, que como ser imperfecto que es, tuvo que hacer un derecho imperfecto, que en su formación y desarrollo ha tendido a favorecer privilegios.

El tema en mención solo se esboza, no se comenta, por -- que el hacerlo significaría hacer un trabajo muchas veces más extenso que el que hoy nos ocupa, por lo que simplemente, como se dijo al principio, se hablará de los modos de adquirir el dominio de las casas, dando por aceptado que la propiedad tenga un fundamento legítimo, tesis, que talvez posteriormente podría quedar descartada.

¿Que derechos se adquieren por medio de los modos de adquirir? Equivocadamente se piensa por algunos que por medio de los modos de adquirir, se adquiere solamente el derecho de dominio, --- otros como Hopfner sostienen que por medio de éstos se transfieren solamente los derechos reales. Su definición dice así: (refiriéndose a los modos de adquirir) "La forma mediante la cual se transfiere el derecho Real". (1)

(1) Hopfner (citado por Diccionario de Derecho Usual de G. Cabanellas Pag. 722- Tomo II.

Pero lo cierto es que, por medio de los modos de adquirir, pueden nacer o traspasarse derechos, cualesquiera que estos -- sean, lo único que sí podrá cambiar es el modo que se ocupe, y esto es así aún cuando la generalidad de comentaristas de los modos de adquirir las estudien y sitúen en los textos, dentro del derecho de dominio y posiblemente sea razón de que se piense que sólo a este derecho se refiere, lo cual como se hizo ver no es cierto, ya que -- por medio de ellos se pueden adquirir otros derechos y no sólo reales, sino que también personales y si se encuadraron los modos en el Derecho de Dominio fue por considerar a éste el Derecho Real por excelencia.

Hay que dejar bien claro que unos modos sirven para adquirir sólo derechos reales, como la prescripción.

Hay también otros modos de adquirir por medio de los cuales sólo se puede adquirir el derecho de dominio, que dicho sea de paso, es un derecho real, tales modos son: la ocupación y la accesión.

Y así también los hay, que se aplican y son eficaces, -- para adquirir cualquier derecho real o personal, como la tradición y la sucesión por causa de muerte."

Sintetizando se pudiera decir que: Existen modos de adquirir, por medio de los cuales se adquieren tanto derechos reales como personales, otros por medio de quienes se adquiere solamente derechos reales (todos) y por último, modos de adquirir que sólo -- sirven para adquirir un derecho real.

Los comentaristas franceses de Derecho Civil, Colin y Capitan comparten la opinión anterior, sosteniendo que los modos de adquirir "en general, se aplican tanto a los otros derechos reales principales que a la propiedad, y, por lo menos algunos de ellos, -- lo mismo a los derechos de crédito que a los derechos reales, en -- una palabra a todos los elementos del patrimonio". (2)

Los derechos de crédito que mencionan Colin y Capital son los derechos personales a que antes nos referimos.

Hay que hacer notar que un derecho, sea real o personal, solamente se podrá adquirir por un determinado modo, queriendo con esto decir, que nunca nos encontraremos ante una situación que permita operar al mismo tiempo dos modos diferentes, en la adquisición de un derecho, o sea pues, que si un modo opera automáticamente excluye a otro modo; más adelante al comentar un modo de adquirir originario, la accesión, se procurará ampliar un poco más el tema por referencia.

Por tanto como comenta el Jurisconsulto chileno Alessandri y Rodríguez, es una falta de lógica al decir: "que una persona adquiere un derecho por medio de dos modos de adquirir."(1)

Mazeaud comparte también esta opinión y hace referencia que al hablar de los modos de adquirir, generalmente se hace en relación al derecho de dominio, por ser éste el derecho real típico; pero las reglas que se trasen son generales; se aplican salvo excepciones a la adquisición de todos los derechos reales.

2.- DIVERSAS CLASIFICACIONES DE LOS MODOS DE ADQUIRIR.

Arturo Alessandri y Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga clasifican los modos de varias maneras: (2)

Según que el derecho nazca en ese momento o simplemente se transmitan en:

a) Modos originarios: {
Ocupación.
Accesión
Prescripción.

b) Modos Derivativos: {
Tradición
Sucesión por causa de muerte.

(1) Alessandri y Somarriva-Pag.258-No.457-Tomo II.Edición 1940.

(2) Alessandri y Somarriva-Pag.256-No.452-Tomo 2o.Edición 1940.

En cuanto a la individualización de los bienes que se adquieren pueden ser: (1)

- a) Título Universal: Si se adquiere la universalidad de los bienes que pertenecían a una persona.
- b) A Título singular: Si se adquieren bienes determinados.

Según el beneficio que reporten se clasifican así: (2)

- a) A Título gratuito: Si el que adquiere un derecho no paga una determinada prestación por él, como la Ocupación.
- b) A Título oneroso: Si quien adquiere un derecho ha pagado una prestación económica por él, como la tradición.

Según el tiempo en que se transfieran. (3)

- a) "Modos de adquirir por acto entre vivos". Cuando la adquisición del dominio se hace en vida de las personas que intervienen.
- b) "Modos de adquirir por actos de última voluntad". Cuando la adquisición está supeditada al fallecimiento de quien le viene este derecho.

El comentarista Mexicano Rafael Rojina Villegas las clasifica desde dos puntos de vista: a) en razón de su naturaleza y b) en razón de la causa. (4)

En razón de su Naturaleza:

- 1) Adquisiciones a título universal y a título particular.
- 2) Adquisiciones primitivas y derivadas.
- 3) A título oneroso y a título gratuito.

Y en razón de la causa son:

- a) Por acto entre vivos. Comprende el acto jurídico en general y en especial el contrato.
- b) Por causa de muerte. La herencia legítima y testamentaria y las transmisiones por legados.

(1) Alessandri y Somarriva. Pag. 256-257 No. 453-Tomo 2o. Edición de 1940
(2) Alessandri y Somarriva-Pag. 257-No. 454-Tomo 2o. Edición de 1940.
(3) Alessandri y Somarriva-Pag. 257 No. 455-Tomo 2o. Edición de 1940.
(4) Rojina Villegas Rafael-No. 2 Pag. 312 y 314(d) Vol. 1o. Edición 3a.

Enumeración de los modos de adquirir según las diferentes Legislaciones.

El Código Civil Chileno admite los siguientes modos de adquirir.

- Art. 588 C. 1) Ocupación,
2) Accesión,
3) Tradición,
4) Sucesión por causa de muerte,
5) Prescripción.

El Art. 588 chileno no es taxativo al enumerar los anteriores modos, ya que admite "la ley", como modo de adquirir aunque no la incluyó en la enumeración anterior." (1)

El Código Civil Español en su Art. 609 C. los enumera
Art. 609 C. "La Propiedad se adquiere por ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción." (2)

Admite por consiguiente:

- 1) Ocupación
- 2) Ley
- 3) Donación
- 4) Sucesión testada e intestada
- 5) Tradición
- 6) Prescripción

El Código Civil Francés. En sus Art. 711 y 712 C. expresa:

"Art. 711: "La propiedad de los bienes se adquiere y se transmite, por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria y por efecto de las obligaciones".

Art. 712: "La propiedad se adquiere también por accesión o incorporación y por la prescripción" (3)

El Código Civil Salvadoreño no enumera los modos de adquirir en un Artículo único que los comprenda; sino que optó mejor por enumerarlos en títulos diferentes que no se encuentran todos en orden sucesivo; así pues nuestro Código admite los siguientes modos -

(1) Alessandri y Somarriva-Pag.255-No.451-Tomo 2o.Edición 1940.
(2) Citado por Manresa y Navarro-Pag.43-Tomo 5o.Comentarios al Código Civil Español.
(3) Collin Capitan-Pag.468-No.260 Tomo 2o. 3a.Edición-Curso Elemental de Derecho Civil.

de adquirir:

- | | | |
|------------------|-------------|-----------|
| 1) Ocupación. | Título IV | Art.587C. |
| 2) Adhesión. | Título V | Art.624C. |
| 3) Tradición. | Título VI | Art.651C. |
| 4) Prescripción. | Título XLII | |

En el se trata, a la vez, la prescripción adquisitiva, que sí es un modo de adquirir Art.2237C., en relación con el Art. 2231C.; y la prescripción extintiva que no es modo de adquirir; -- sino que sirve para extinguir las obligaciones Art.2253C. en relación con el Art.2231C.

Se aclara también que la sucesión por causa de muerte -- no se enumera anteriormente, porque si es cierto que fue modo de adquirir entre nosotros, hoy en la actualidad ya no lo es, por el Art. 669C., dicho artículo es como sigue:"La tradición de la herencia, se verifica por ministerio de ley a los herederos, en el momento que -- es aceptada, etc.etc.

CAPITULO II

3. DE LA OCUPACION

Los comentaristas chilenos don Arturo Alessandri y don Manuel Somarriva Undurraga manifiestan que el Art. 606C. de Chile, dice: "Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas o por el Derecho Internacional". (1)

Los autores antes mencionados manifiestan que dicha definición es defectuosa por incompleta. No dice en que consiste la ocupación, sino que cosas se pueden adquirir por medio de ella.

Y completando dicha definición dan su concepto así: "La ocupación es un modo de adquirir el dominio, en virtud del cual se

(1) Alessandri y Somarriva- Pag. 265. No. 460- Edición de 1940- Tomo 2o.

adquieren las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición - no está prohibida por el Derecho Internacional o por las leyes chilenas mediante la aprehensión material de ellas, hecha con la intención de adquirirlas". (2)

"De Diego" manifiesta que la ocupación puede ser definida como: "La aprehensión de una cosa corporal que no tiene dueño, - con ánimo de adquirir la propiedad"(1) o bien como: "el modo de adquirir la propiedad de una cosa que no pertenece a nadie o respecto de la que nadie formula una pretensión por medio de la toma de posesión, acompañado de la intención de convertirse en su propietario" (2)" (Colin y Capitan).

Todo esto no es nuevo Eugene Petit, comenta en su libro de Derecho Romano, que en Roma ya se tenía un concepto parecido al actual decía así: "La ocupación es la toma de posesión, 'animo domine', de una cosa susceptible de propiedad privada y que no pertenece a nadie" (3).

Aunque si es verdad que la mayoría de los jurisconsultos romanos no estaban de acuerdo en el uso de la palabra ocupación "occupatione" también es cierto que se encuentra en Cicerón" (4).

La ocupación consideraban los romanos era la apropiación por el hombre de una cosa que no pertenece a nadie, creaba la propiedad, no la transfería por eso los comentaristas la califican de modo de adquirir originario.

En Roma este modo de adquirir tuvo una gran importancia, porque tenían por, "res nullius", susceptibles de ocupación los bienes de los enemigos y de los pueblos con los que no se había hecho contrato de alianza o de amistad.

(2) Alessandri y Somarriva-Pag.265 No.460 inc.final Edic.1940.
Tomo 2o.

(1) De Diego-citado por Rojina Villegas-Pag.321-Derecho Civil-Mexicano-Tomo 3o.V.lo. 3a. Edición.

(2) Colin Capitan.Pag.472 No.260 bis-Curso Elemental de D.Civil 3a.Edic

(3) Eugene Petit-Pag.245 No.172.Tomo de la 9a.Edic.Francesa 1953.

(4) Eugene Petit-Pag.172-Traducido de la 9a.Edic.Francesa 1953.

Bajo Justiniano las cosas susceptibles de ser adquiridos por ocupación eran los siguientes:

a) los animales salvajes la caza y la pesca. (5) Estas eran "res nullius", el que quisiera podía apropiárselas no importa que el cazador cace en su propio fundo o en el de otro, siempre adquiere por ocupación. El dueño del fundo, lo único que puede hacer es prohibir el acceso según comenta el Jurisconsulto Romano Gayo.

b) "El botín hecho sobre el enemigo" (6) Todo lo perteneciente a los pueblos con quienes los romanos estaban en guerra o a los bárbaros en tiempos de paz, era a "res nullius", podían apoderarse por este mismo medio hasta de las personas. (Gayo-Pomponio).

Los territorios conquistados, se hacían cosa pública, -- "ager publicus". (Pomponio).

Los objetos muebles y prisioneros, no eran propiedad individual del primer ocupante, pero se adquirían para el Estado, una parte se daba gratuitamente a los soldados y el resto se vendía, lo que se obtenía de la venta era para el tesoro.

c) Piedras preciosas, las perlas, el coral y aún la isla formada en el mar y que aún no pertenece a nadie.(1)

d) El tesoro (2) Se consideraba como tesoro, el dinero u objeto precioso enterrado desde tiempos, sin saberse quien lo hizo, ni también quien fue su último propietario.

El tesoro no pertenecía al terreno, ni era su parte, -- era "res nullius", por eso cualquiera que fuese su descubridor podía ser su propietario, por ocupación.

Pero si el tesoro se encontraba en terreno ajeno, Adriano, decidió que por equidad fuera la mitad del dueño del fundo y la otra mitad para el descubridor, la adquisición del propietario era una adquisición legal, porque se fundaba en una disposición legisla

(5) Petit-No.1 del No.172 de la Pag.245-Traducido de la 9a.Edic. Francesa/53.

(6) Petit No.2 del No.172 de la pag.246 T.de 9a.Edic.Francesa/53.

(1) Petit No.3 del No.172 de la pág.246 T.de 9a.Edic.Francesa/53.

(2) Petit No.4 del No.172 de la pág.246 T.de la 9a.Edic.Francesa/53.

tiva.(3) Al descubridor lo úndo que se le exigía era, que el descubrimiento fuese hecho "por casualidad" (4) si su busca fue de propósito, entonces no tenía ningún derecho.

Cree necesario poner los lineamientos generales de como se consideraba la ocupación en Roma para hacer ver desde donde nos viene este modo de adquirir y que hoy casi no se ha modificado su concepto.

Nuestro Código no la define sino que en su artículo 587C. dice así: "Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie y cuya adquisición no es prohibida por las leyes salvadoreñas o por el derecho internacional". Como se ve la definición de nuestro código es igual que el artículo 606 de Chile -- que anteriormente se transcribió y por lo consiguiente se le pueden hacer las mismas críticas que aquel o sea que como definición de la ocupación es incompleta y por lo tanto defectuosa. No dice en qué consiste la ocupación; sino que cosa se pueden adquirir por medio de ella.

La ocupación es un medio de adquirir el dominio, de gran importancia en el Derecho Primitivo y actualmente en países en formación, fue la forma primitiva por excelencia para adquirir la propiedad.

Hoy en día la ocupación ha perdido la importancia que antes tenía, en primer lugar por el estado de civilización en que nos encontramos, que reduce las cosas que no tienen dueño o porque en la mayoría de países ha sucedido como en nosotros que se declara -- que las tierras sin dueño pertenecen al Estado, por ejemplo: entre nosotros el artículo 572c. dice: "son bienes del Estado todas las tierras, que estando situadas dentro de los límites territoriales no

(3) Petit Párrafo 2o. del Subnúmero 4o. del No. 172-pag. 246 T. de la 9a. Edic. Francesa (1953)

(4) Petit Final párrafo 2o. del Sub-No. 4 del No. 172 de la pag. 246. T. de la 9a. Edic. Francesa (1953).

están poseídas por ninguna persona".

Asimismo el artículo 713 del código civil Francés, manifiesta: "Los bienes que no tienen dueño pertenecen al Estado"(1), o sea que la ocupación como medio de adquirir inmuebles por los particulares, solo tiene aplicación fuera de las fronteras de Francia".(2)

El Artículo 713 de Francia, tuvo su origen en el Código de Napoleón que decía: "Los bienes que no tienen dueño pertenecen al Estado (3), o sea lo mismo, y la Legislación Española recogió estas enseñanzas en la llamada: "Ley de Montrencos de 9 de mayo de 1835 - promulgada el 16 del mismo mes y año. Que otorgaba al Estado entre otros bienes" los que estuvieron vacantes y sin dueño conocido por no poseerlas individuo ni corporación alguna.(4) Sin embargo como - el Código Civil Español, admite la ocupación, ya se han preguntado algunos autores si dicho código ha derogado la ley de Montrencos y por consiguiente admitirse que todos los bienes aún los inmuebles - se puede adquirir por ocupación o si en cambio aún tiene validez dicha ley de Montrencos y estimándose que sólo pueden adquirirse por ocupación los bienes que específicamente señale en el Código Civil.

Ahora bien sociológicamente la ocupación también tiene - primordial interés y fue el medio principal de adquirir bienes inmuebles. "Esta ciencia nos enseña que las primeras formas de posesión de las tierras fueron: 1) la ocupación temporal de tierras que hacen las tribus de pastores, cazadores y pescadores. 2) las tribus nómadas que tienen sólo su intención de apropiarse de los frutos de ciertas tierras y de disfrutar de ellas en una forma temporal".(1)" Cuando en el transcurso del tiempo estas tribus nómadas se van convirtiendo en sedentarias, entonces en ellos notaremos, que aquella

(1) Colin Capitan 2o.párrafo del No.260 bis-pag.472-Edic.3a. del Curso Elemental de Derecho Civil.

(2) Colin Capitan.Pag.473 final del No.2-3a.Edición del Curso Elemental de Derecho Civil.

(3) Citado por R.Rojina Villegas-Derecho Civil Mexicano-Tomo 3o.P. 1 3a.Edición-párrafo 2o.del No.2 letra pequeña-pag.321.

(4) Citado por R.Villegas-párrafo 2o.del No.2(letra pequeña)pag.321 Derecho Civil Mexicano Tomo 3o.P.lo. 3a.Edic.

(1) R.Villegas-Pag.323(D.Civil-Mexicano)T.3o.V.lo.3a.Edic.

ocupación temporal se ha convertido en una verdadera ocupación por llenarse en ellas los requisitos jurídicos que se necesitan para -- que exista, porque por una parte hay detentación permanente de un bien y por otro hay ánimo de adquirir la propiedad del mismo.

4.- REQUISITOS DE LA OCUPACION

Nuestro Código en su artículo 5870. enumera dos requisitos:

- a) que la cosa que se adquiere por ocupación, no pertenezca a nadie,
- b) que su adquisición no esté prohibida por la ley salvadoreña o por el Derecho Internacional.

En los siguientes artículos referentes a la ocupación se señalan las diferentes clases que de ella se admiten, pero no se señala ningún otro requisito, sino condiciones que deben requerir -- las diferentes clases de ocupación.

Dr. Rojina Villegas. Por su parte nos dice que "jurídica mente la ocupación admite tres requisitos: a) la aprehensión o detentación de una cosa. b) ejecutar esta aprehensión en forma permanente y con ánimo de adquirir el dominio. c) Recaer en cosas que no tengan dueño o cuya legítima procedencia se ignora."(1) Las dos primeras constituyen la posesión y el tercero es esencial en la ocupación, porque ésta no implica la transmisión de un patrimonio a -- otro y además supone que los bienes que se adquieren por medio de la ocupación no pertenece a nadie.

Ahora bien, doctrinariamente la ocupación, tiene los siguientes requisitos: 1) con relación al sujeto, que tenga intención de adquirir la propiedad y consiguientemente la capacidad necesaria para consentir, 2) con relación al objeto, que se trate de cosas -- apropiables por naturaleza y que carezcan de dueño conocido, 3) con relación al acto, que haya tomado posesión de la cosa, sin ser preciso que haya aprehensión material. (2)

(1) Rojina Villegas. Pag. 321-D. Civil Mexicano T. 3o. V. 1o. 3a. Edic.

(2) R. Villegas-párrafo 2o. (letra pequeña) Pag. 321 T. 3o. V. 1o. 3a. Edición Derecho Civil Mexicano.

Por su parte los jurisperitos chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Undurraga (3) manifiestan que los requisitos de la ocupación son: "1) Que se trate de cosas que no pertenecen a nadie, o sea de los que en Roma se llamaban "res nullius", 2) que su adquisición no esté prohibida por las leyes chilenas o por el Derecho Internacional, 3) que haya aprehensión material de la cosa con intención de adquirirla"(3)

Como se ve, estos requisitos son jurídicos y en base al artículo 606c. del Código Chileno, que al principio se transcribió íntegramente.

Los comentaristas Chilenos Alessandri y Somarriva, manifiestan que las cosas que pueden ser objeto de ocupación se dividen en: a) ocupación de cosas animadas; (4) b) ocupación de cosas inanimadas; (5) c) especies al parecer perdidas; (6) y d) especies naufragas. (7)

La ocupación de cosa animada comprende la caza y la pesca; la ocupación de cosa inanimada comprende: la invención o hallazgo, la ocupación de especies al parecer perdidas; especies naufragas y la captura bélica.

Por su parte el código civil Mexicano considera que existen cuatro clases de ocupación: a) adquisición de un tesoro; b) adquisición de animales por la caza; c) Adquisición de animales y otros productos por la pesca; y d) Adquisición de determinadas aguas que no sean propiedad de la nación mediante la captación de las mismas. (1)

En cambio el Derecho Francés, considera que las formas de la ocupación son: a) Ocupación simple, en ella se comprende a la que se practique en las cosas que el mar arroje a la playa de cualquier naturaleza que sean; b) Caza y Pesca; c) Invención: 1o.) Tesoro; 2o.)

(3) Alessandri y Somarriva No. 461 de la Pag. 265 - Edición de 1940.

(4), (5), (6) y (7) Alessandri y Somarriva - pag. 268-276-285 T. 2a. Edic. 1940.

(1) Rojina Villegas. Pag. 323 - Derecho Civil Mexicano. T. 3o. V. 1o. 3a. Ed.

Cosas abandonadas; 3o.) Cosas perdidas y animales escapados(2).

El código civil salvadoreño al comentar en el título --- cuarto la Ocupación, se consideran en él diversas clases de ocupación: a) la caza y la pesca, Art.588c. en los siguientes artículos se encarga de establecer ciertos conceptos de uso corriente en dicho Título; así como también, consagrar ciertos principios o reglas importantes en él. Hace mención de las grandes facilidades y ventajas de que son objeto los pescadores, con el objeto de incrementar su industria, hasta el grado de establecer en forma de ellos una servidumbre legal sobre las tierras de los propietarios riberaños, (en los ríos) y sobre las diez varas de tierra contiguas a la playa, -- constituyendo esto una verdadera limitación al derecho de propiedad; b) la invención o hallazgo, Art.605c; c) Especies al parecer perdidas, Art.610c. d) Especies naufragas, Art.616c. y siguientes; e) captura bélica, Art.621 y siguientes.-

5.- COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL SALVADOREÑO
SOBRE LA CAZA Y PESCA.

a) La caza y la pesca. El Art. 583c. nos dice que: "La caza y la pesca son especies de ocupación, por las cuales se adquiere el dominio de los animales bravíos y el Art. 589c. hace una clasificación de los animales, para esclarecer cuales son esos animales bravíos que se adquieren por la ocupación y así es como los divide en tres clases que son:

1) Animales bravíos: los que viven naturalmente libres e independientes del hombre como las fieras y los peces.

2) Animales domésticos: son los que pertenecen ordinariamente a especies que viven bajo la dependencia del hombre, como las gallinas y ovejas.

c) animales domesticados. Estos son: los que sin embargo, de ser bravíos por naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.

(2) Citado por Colin Capitan-Pags.484-485-486-3a. Edición-Curso Elemental de Derecho Civil.

Ahora bien los animales domesticados participan de dos clases, porque si conservan la costumbre de volver a la dependencia del hombre siguen la regla de los animales domésticos y si pierden esa costumbre participan de la naturaleza de los animales bravíos; ya que estos como se dijo son bravíos por su naturaleza.

El Art.588 de nuestro Código Civil, expresa:que sólo los animales bravíos pueden ser objeto de ocupación, no se refiere a domésticos, los domesticados si bien es cierto que podrían adquirirse por este medio, hay que hacer ver, que sólo serían objeto de adquisición cuando hubieran, perdido la costumbre de volver al amparo del hombre, en cuyo caso se vuelven bravíos (final del Art.589) o sea - retornar a su antigua condición.

El lugar en que es lícito cazar lo contesta el Art.590C. que al respecto expresa: "No se puede cazar sino en tierras propias, o en las ajenas con permiso escrito del dueño.

Pero no será necesario este permiso, si las tierras no estuvieren cercadas, ni plantadas o cultivadas, o a menos que el -- dueño haya prohibido expresamente cazar en ellas y notificado la -- prohibición."

Las prohibiciones vienen unas veces de los propietarios o poseedores de las tierras y otras veces vienen del Estado con diversos fines, así la "Ley Agraria" contiene en el Título IV, que se refiere exclusivamente a la Caza y la Ganadería y así el Art. 139 de la mencionada Ley manifiesta: "Es prohibido cazar con armas de fuego o con redes o trampas y el uso de hondillas de hule en los caminos nacionales, vecinales o de cualquier otra especie. También se prohíbe cazar con arma de fuego, a menor distancia que la de trescientos metros de las poblaciones y haciéndose a mayor distancia deberán tomarse las mayores precauciones."

Art. 140 L. A. "Las municipalidades están en la obligación de dictar las ordenanzas especiales a que se refiere el Art. -

603c. y de imponer las penas respectivas en caso de infracción".

El fin del Estado de intervenir por medio de las prohibiciones que se expresaron, es entre otras, proteger ciertas especies de animales, que considera que su conservación es beneficiosa para la agricultura así también la época del año en que se caze, -- con el objeto de colaborar a la reproducción de las mismas y así el Art. 603 del Código Civil, expresa:

"En lo demás, el ejercicio de la caza y de la pesca, estará sujeto a las ordenanzas especiales, que sobre esta materia se dicten. No se podrá, pues, cazar o pescar sino en temporadas, y con armas y procederes que no estén prohibidas."

Ahora bien, al estar el cazador en cacería, cuando se - pudiera decir que el cazador adquiere por ocupación la presa que ha capturado, esto lo contesta el Art. 598C. al respecto expresa: Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravío y lo hace suyo desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera - que ya no le sea fácil escapar, y mientras persista en perseguirlo; o desde el momento que el animal ha caído en sus trampas o redes, - con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar, y en caso el animal herido entre en tierras ajenas donde no es lícito cazar sin permiso del dueño, podrá éste hacerlo suyo.

O sea que es en tres casos: 1) Cuando lo toma materialmente; 2) Cuando lo ha herido gravemente, de manera que no le es fá- cil escapar y mientras el cazador persista en perseguirlo; 3) ---- Cuando el animal ha caído en sus trampas y redes, siempre que las - haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar.

Lo que hemos relatado que aún se encuentra en nuestro Có- digo Civil, así también se encontraba en Roma según relata Eugene - Petit, quien manifiesta que Trebacio considera que el cazador se ha- ce propietario de su caza:"desde que un animal ha recibido una heri

da tal que se le pueda tomar y apoderarse de él, y también si el cazador le persigue largo tiempo a él pertenece, y si algún tercero viene y se apropia del mismo se comete en robo".(1)

Pero por el contrario la mayor parte de los jurisconsultos romanos eran estrictos al exigir el principio de la ocupación de la aprehensión material y en efecto decían que "el cazador no era propietario de la caza hasta tenerla en sus manos". Esta solución fue confirmada por Justiniano.(2)

6.- REGLAS SOBRE LA PESCA

La pesca en la actualidad dada la importancia tan grande que se le reconoce, al ver en ella nuestra solución en un futuro cercano para alimentar gran parte de la población, está sometida a leyes especiales; así como también tratados internacionales, que por sí solos nos absorbería este trabajo, razón por lo cual no me referiré a ellos; sino que solamente haré referencia a nuestro Código.

7.- CLASES DE PESCAS

Según la clase de aguas en que se verifique puede ser: marítima y fluvial. La fluvial comprende tanto la que se efectúe en ríos o lagos y así entre nosotros el Art. 592C. expresa: "Se podrá pescar libremente en los mares, pero en el mar territorial solo podrán pescar los salvadoreños y los extranjeros domiciliados.

Se podrá también pescar libremente en los ríos y en los lagos de uso público".

En este artículo hay que tener en cuenta que el mar territorial entre nosotros, comprende el mar adyacente hasta la distancia de doscientas millas marinas, contadas desde la línea de la más baja marea. Por el Art. 8 de nuestra Constitución Política.

Ahora bien, en este mar territorial, es que sólo pueden pescar los salvadoreños y extranjeros domiciliadas. El fin de esta

(1) Petit-Párrafo 2o. del subnúmero 1o. del No.172. Pag.245 de la T. de la 9a. Edic. Francesa.

(2) Petit.Fin.Párraf. 2o. Sub-No.1 del No.172 Pag.245 T. 9a.Edic. Francesa.

medida es evitar el contrabando y la piratería, o guardarse el país esta parte del mar para evitar alguna invasión extranjera.

Las facilidades que nuestro Código concede un beneficio de los pescadores están comprendidos en los siguientes artículos: Art.593C. "Los pescadores podrán hacer de las playas del mar el uso necesario para la pesca, construyendo cabañas, sacando a tierra sus barcas y utensilios y el productor de la pesca, sacando sus redes, etc.; guardándose empero de hacer uso alguno de los edificios o --- construcciones que allí hubiere, sin permiso de sus dueños o de embarazar el uso legítimo de los demás pescadores".

Art.594C.: "Podrán también para los expresados menesteres, hacer uso de las tierras contiguas, hasta la distancia de diez varas de la playa; pero no tocarán a los edificios o construcciones que dentro de esa distancia hubiere, ni atravezarán las cercas ni se introducirán en las arboledas, plantíos o siembras".

Art. 595C. "Los dueños de las tierras contiguas a la playa no podrán poner cercas ni hacer edificios, construcciones o cultivos, dentro de las dichas diez varas, sino dejando de trecho en trecho suficientes y cómodos espacios para los menesteres de la pesca.

En caso contrario ocurrirán los pescadores a las autoridades locales para que pongan el conveniente remedio".

Como se podrá fácilmente notar estos últimos artículos son verdaderas servidumbres legales en favor de la industria de la pesca y por tanto son limitaciones al derecho de propiedad de los dueños de las tierras contiguas al mar, en aras de la utilidad social, que como se dijo antes, dicha industria representan en un futuro cercano sino el remedio, al menos la solución en parte del problema alimenticio que tanto agrava a nuestra población.

Las facilidades establecidas en beneficio de los pescadores marítimos, no podrían aplicarse a los pescadores fluviales --

(Ríos o lagos) por ser disposiciones de carácter excepcional, exclusivos; porque si no fuera así se hubiera dicho, y no siendo así tienen que aplicarse solamente a los casos que nuestra ley específicamente se refirió. Queda por lo tanto para los pescadores fluviales en el artículo de la ocupación sólo el Art. 598c. que expresa: "a los que pesquen en ríos o lagos no será lícito hacer uso alguno de los edificios y terrenos cultivados en las riberas ni atravesar las cercas".

Asimismo el Art. 841c. que dice:

"Los dueños de las riberas serán obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote de la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carenen, sequen sus velas, comprendan los efectos que libremente quieran vendérselos, y vendan a los riberanos las suyas; pero sin permiso del respectivo riberano y de la autoridad local no podrán establecer ventas públicas.

El propietario riberano no podrá cortar el árbol a que actualmente estuviere atada una nave, barca o balsa".

Aclaro que sirga es un cable o soga que sirve para halar barcos y así navegar a la sirga, se dice cuando el barco navega tirado de un cable por la orilla.

Este artículo, es exclusivo y excepcional para los pescadores fluviales, así como son los mencionados antes para los pescadores marítimos, aunque conviene decir que este Art. 481C. es menos explícito en lo que se refiere a la distancia; ya que no hace mención de las diez varas que se mencionaron antes; sino que sólo habla de "el espacio necesario", sin decir a cuánto asciende ese espacio necesario, lo que tendría que resolverse en cada caso que se presente amparado en la prudencia del Juez, quien pudiera tomar como una luz, para orientarse en su fallo, las diez varas anteriores aunque no se adopte como obligatoria dicha medida y pudiere ser otra.

Con respecto a la pesca realizada en aguas de dominio privado, de más está decir que se puede pescar en ellas, pero con permiso escrito del propietario, caso contrario, se expondrá el que pesque, a perder lo que ha pescado y a pagar los daños y perjuicios que pudiera haber ocasionado, lo cual se deduce del Artículo 597c. que manifiesta: "Lo dispuesto en los Art.590 y 591C. se extiende al que pesca en aguas ajenas".

Los Art.590 y 591C. se refieren a la caza de animales, - en ellos se expresaron con anterioridad, las prohibiciones que existen para los que la practique y las sanciones a que se exponen los que la realicen en tales circunstancias.

El Art.603 manifiesta que la pesca estará sujeta a las - ordenanzas especiales que sobre esta materia se dicten y no se podrá pescar sino en temporadas, y con armas y procederes, que no estén prohibidos. El fin de este Art.603 es, en lo referente a la época del año en que se pesque es no perjudicar la reproducción de ciertas especies de peces que en determinada época del año ovulan y acerca de las armas y procederes, por considerarlos dañinos; ya que se ocasiona mediante ellas la muerte de gran cantidad de peces inútilmente o pueden alterar nocivamente las aguas, con lo que perjudican a quien haga uso de esa agua, ya sea para consumo propio o de su ganado, etc.etc.

Las ordenanzas especiales relativas a la pesca, están -- comprendidas en la Ley Especial de Pesca y en la Ley Agraria, en su capítulo 2o. Título Séptimo, el cual en sus Art.194 y 195 expresa:

"Es absolutamente prohibido pescar en las épocas de la reproducción de los peces las cuales serán indicadas por la Ley Especial de Pesca y por las ordenanzas de cada localidad, y en defecto de éstas por el Gobernador del Departamento.

Es prohibido asimismo, pescar con dinamita u otras sustancias explosivas o venenosas que destruyan inútilmente los peces

o puedan alterar nocivamente las aguas.

Los contraventores de estas disposiciones serán castigados con multa de cinco a veinticinco colones que impondrá gubernativamente el Alcalde respectivo."

Art. 195 Ley Agraria dice:

"En todos los ríos y lagos donde se acostumbra pescar, - habrá en cada jurisdicción municipal, un vigilante o guardián nombrado por la Municipalidad, encargado de vigilar el cumplimiento de las anteriores disposiciones y de capturar a los contraventores, para lo cual pedirá auxilio a la autoridad cantonal más inmediata y, en caso de necesidad, a los vecinos más próximos".

8.- " SITUACION DE LAS ABEJAS "

Las abejas como es fácil deducir son animales bravíos -- que por conveniencia y gran parte de ficción se consideran domesticados; ya que no se puede concebir que las abejas reconozcan ni en cierto modo el imperio del hombre; sin embargo a ellas se aplican -- todas las reglas de los animales domesticados, con la excepción de que si las abejas huyen de la colmena y posan en árbol que se encuentre situado en tierras que no pertenezcan al dueño de la colmena, por este mismo hecho se considera que dejan de ser animales domesticados y adquieren su libertad natural, por lo tanto se convierten en lo que antes fueron, animales bravíos y se les aplican sus -- propias reglas, por lo tanto cualquiera puede apoderarse de ellas.

El Art. 601 C. en referencia expresa:

"Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, y cualquiera que puede apoderarse de ellas, y de los panales fabricados por -- ellas, con tal que no lo haga sinpermiso del dueño en tierras ajenas, cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del mismo en -- las otras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no están cercadas ni cul

tivadas".

Se dice en dicho Artículo "que el dueño de la colmena persiga el enjambre", esto también debe tomarse en sentido figurado; - por que si lograra capturar algunas abejas valiéndose de cualquier artificio, sería imposible establecer si en realidad las capturadas son las mismas que huyeron, también hay que aclarar que bien puede no ir el propietario en su persecución, sino que lo puede hacer alguien mandado por él, o puede ir el poseedor o el arrendatario de la finca, lo que interesa es que el que vaya en la persecución, que lo haga en nombre y por orden del propietario.

La adquisición de una sola abeja no significa nada; pero un enjambre ya significa algo, es por eso que sólo se habla de enjambre o de abejas pero siempre consideradas en relación con una colmena y así es como tanto en la legislación, como en la doctrina se habla de encerrar el enjambre en una colmena, aunque se diga así en sentido figurado.

Después de lo dicho, conviene tener en cuenta que las abejas no están excluidas de las demás reglas establecidas para las demás clases de animales; ya que si se encuentran en la colmena y se les aplican todas las reglas, si por el contrario han huido de la colmena y posan en árbol ajeno al dueño de la misma, se consideran que adquieren su libertad natural, se convierten en animales bravíos y si les aplican las reglas de éstos.

9.- SITUACION DE LAS PALOMAS.

Nuestro Código en el Art. 6020. establece:

"Las palomas que abandonan un palomar y se fijan en otro, se entenderán ocupados legítimamente por el dueño del segundo, siempre que éste no se haya valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas".

"En tal caso estará obligado a la indemnización de todo perjuicio, incluso la restitución de las especies, si el dueño la -

exigiere y si no la exigiere, a pagarle su precio".

Las palomas son animales bravíos por su naturaleza; pero mientras conserven la costumbre de regresar al palomar se consideran animales domesticados y pertenecen al dueño del palomar; pero si -- pierden esta costumbre, vuelven a su estado natural de animales bravíos y por lo tanto se les aplican sus reglas cualquiera se puede apoderar de ellas y hacerlas suyas, lo único que exige nuestro Código es que si se fijan en otro palomar lo hagan, sin que el dueño de éste utilice alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas.

Con referencia a las palomas el Código Civil Español, si que un criterio distinto, nada importa en él, la persecución, sino que se da un plazo de 20 días perentorios, contados éstos desde su ocupación por otro; (1)

Ya que, el perjuicio contra terceros, en este caso, surte efecto desde su ocupación por otro, por eso para tal perjuicio no tendría ninguna relevancia el tiempo que el animal anduvo libre después de que abandonó el palomar; hay que recordar pués, que los veinte días se cuentan desde que el animal es ocupado y esto implica -- que no sólo sea agarrado; sino que quien lo haya hecho también lo haya conservado.

Los Códigos Americanos, siguen la doctrina de las partidas, en lo referente a que el propietario no pierde el dominio que tenga sobre el animal domesticado, ni éstos adquiere su libertad natural si huye, pero si aquel va en su persecución teniéndolo a la vista, así dice el Código Argentino, el Chileno y el nuestro; pero si se abandona la persecución el animal adquiere su libertad natural y pertenecerá a quien primero lo ocupe.

10.- INVENCION O HALLAZGO

La invención o hallazgo, es una especie de ocupación, -- que tiene su origen en el vocablo latín "invenire", que significa --

(1) Manesa y Navarro-Pag.44-5a.Edic.Tomo 5o.Comentarios al Código Civil Español.

encontrar, descubrir, y no inventar como ya han creído algunas.(2)

El Art. 605 inc. 1o. de nuestro Código nos da un concepto de lo que es la invención o hallazgo, así: "la invención o hallazgo, es una especie de ocupación por la cual, el que encuentra una cosa inanimada, que no pertenece a nadie, adquiere su dominio apoderándose de ella". Seguidamente el Art. en mención nos cita casos en que se adquiere el dominio de cosas inanimadas y a la vez una situación en la cual por no considerarse abandonadas ciertas cosas -- por sus dueños, no opera esta especie de ocupación y así, continúa expresando dicho artículo:

"Inc.2o. De este modo se adquiere el dominio de las piedras, conchas y otras sustancias que arroja el mar y que no presentan señales de dominio anterior.

Inc. 3o. Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante.

Inc. 4o. No se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que sus navegantes arrojan al mar para aligerar la nave".

Los requisitos de la invención o hallazgo son los siguientes:

- a) Que se trate de cosas inanimadas,
- b) Que estas cosas no tengan dueño (Res.Nullius),
- c) Que el descubridor tenga la intención de adquirir el dominio de ella y que lo demuestre mediante el apoderamiento.

11.- CLASES DE INVENCION O HALLAZGO

- a) El Tesoro,
- b) Cosas abandonadas al primer ocupante (Res derelicta)
- a) TESORO: según nuestro Código en el Inc. 2o. del Art.

606c. es tesoro: "las monedas o joyas u otros efectos preciosos que

(2) Alessandri y Somarriva. Párrafo 2o. del No.481-Pag.77 Tomo II-Edición de 1940.

elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultadas o escondidas sin que haya memoria o indicio de su dueño."

REQUISITOS: Del Tesoro.-

1) Que lo que se descubra consista en cosas muebles preciosas, monedas o joyas elaboradas por el hombre.

2) Que estas cosas hayan estado largo tiempo sepultadas, ocultas o ignoradas, sin que existan indicios de su antiguo dueño.

Acerca de que persona se hará propietaria del tesoro encontrado hay que distinguir dos situaciones:

a) Que lo descubra el propietario del terreno o edificio donde se le encuentre.

b) que quien lo descubra no sea el propietario del terreno o del edificio.

La primera situación no ofrece dudas, el dueño del terreno es dueño a su vez de la superficie y de lo que se encuentre bajo de ella; por consiguiente si un tesoro se encuentra en dicho terreno y el descubridor es el propietario será él su único propietario.

Si el que descubre el tesoro no es el propietario del terreno, la ley establece que el tesoro se divide en partes iguales, una para el dueño del tesoro y otra para el descubridor, y así dice el inc. lo. del Art. 607c." El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento".

Ahora bien ¿que razón tendría el legislador para decidir que se hiciera así?

Anteriormente, en la primera solución se ve cómo el propietario se hace dueño del tesoro por el solo acto de ocupación cuando lo descubre, y en el caso presente, ¿porqué no se procede de la misma manera con el descubridor?

La solución única es que no se ha querido romper con los antecedentes Romanos de las Partidas, Ley 45, Tit. XXVIII, Partida

tercera que así decía: (1)

Modernamente existe la tendencia de atribuir al Estado - la propiedad del subsuelo y por consiguiente del tesoro - que se encuentre en el mismo, esto por supuesto, de una manera fácil, reservándose el dominio del subsuelo, por medio del Art. 80. de la Constitución. Lo que sí es claro, es que el Estado podrá otorgar concesiones a los particulares; pero esto podría tener relación con las minas u otros, no con el tesoro, para el cual, para que sea tal, debe existir por decirlo así, un descubrimiento. Es cierto, que el Estado no ha manifestado que adquiere un tesoro por ocupación; pero - ha venido a reservarse el dominio del subsuelo con lo cual adquiere el dominio de lo que en él se encuentre por ley. (Art.80cn.)

Para que el Estado pudiera adquirir un tesoro por ocupación, sería necesario que fuera descubierto en un terreno nacional (fincas nacionales, edificios nacionales) en cuyo caso si tendría derecho a la mitad del mismo, con el descubridor.

12.- "REGLAMENTACION DEL TESORO ENTRE NOSOTROS".

En nuestra ley civil el Art. 606 inc. 2o. C. expresa:

"Se llama tesoro, las monedas o joyas, u otros efectos - preciosos, que elaborados por el hombre, han estado largo tiempo sepultados o escondidas, sin que haya memoria o indicio de su dueño."

Las reglas para establecer a quien pertenece el tesoro, en nuestra ley son las siguiente:

a) Si el propietario del terreno es a su vez el descubridor, a él corresponde en su totalidad el tesoro.

Así lo establece el Art. 607 inc. 3o. C. que establece:

"En los demás casos o cuando sea una misma persona el -- dueño del terreno y el descubridor, pertenecerá todo el tesoro al - dueño del terreno."

(1) Manresa y Navarro-Pag.157-Tomo 3o.Edic.6a.Comentarios al C.C. - Español.

b) Cuando el descubrimiento sea hecho en terreno ajeno - se dividirá por partes iguales entre el dueño del inmueble y la persona que haya hecho el descubrimiento.

Así lo expresa el inc. o del Art. 607C. que dice:

"El tesoro encontrado en terreno ajeno se dividirá por partes iguales entre el dueño del terreno y la persona que haya hecho el descubrimiento".

Como se nota por la redacción del inciso 2o. del mencionado artículo, se necesita que la persona que descubra el tesoro lo haya hecho en forma fortuita, para que no pierda la porción que le asigna la ley por el mero hecho del descubrimiento; por tanto es necesario que cuando se encuentre el tesoro no sepa el descubridor ni el propietario del terreno de su existencia, es decir, que sea hecho por "casualidad"; pero aclarando que ésta palabra no es tomada como requisito de existencia del tesoro, como lo toma el derecho -- francés. (Colín y Capitan), sino como una forma de establecer a --- quien pertenece. (1)

Tampoco el descubridor perderá su derecho a la porción si la búsqueda se realiza con permiso escrito del dueño. Así lo establece la parte final del inc. 2o. del Art. 607c.

Es decir no perderá su derecho el descubridor si teniendo noticias de la posible existencia del tesoro, se lo comunica al propietario del inmueble le pide permiso escrito para su búsqueda. Dado éste y encontrado el tesoro, se dividirá el tesoro en partes -- iguales entre el descubridor o inventor y el propietario del terreno. Ahora bien al decir la ley "que se haya buscado el tesoro con -- permiso escrito del dueño del terreno" no pretende con ello el quitarle el carácter de fortuito al descubrimiento, así pues da lugar a presumir que en casas antiguas o castillos, en donde se tenga conocimiento que vivió una persona acaudalada, da lugar a creer que -

(1) Colín Capitant, Letra c) Pag. 475 Tomo 2o. Vol. 2o. 3a. Edición.

pudiera en esos lugares haber más de algún tesoro enterrado; lo --- mismo pasa en el mar en lugares costeros, antes visitados por corsa rios o piratas; así es que, si al hoy dueño de esos inmuebles se le pidiera un permiso escrito para hacer excavaciones en el terreno se ría con la vaga esperanza de encontrar un tesoro.

Pudieran ocurrir en el Inc. 2o. Artículo mencionado, --- tres situaciones:

- a) que el permiso no se diere por escrito,
- b) que simplemente no se pida permiso, y
- c) que el descubrimiento no sea fortuito.

Es por estas distintas situaciones que en el comienzo -- del inc. 3o. del Art. 607C. dice "En los demás casos", siendo estos casos las tres situaciones que se han enumerado, en las cuales el tesoro encontrado pertenecerá al propietario del terreno".

Hay también que aclarar, que aunque en lo que hasta hoy lleva desarrollado este trabajo, pareciera ser que un tesoro sólo -- puede encontrarse en un terreno, lo cual no es así; ya que el tesoro puede encontrarse enterrado en la pared de un edificio y para -- los efectos y sus reglas es igual que se encuentre en un terreno o en un edificio, lo que sí es necesario, es que haya permanecido lar go tiempo sepultado, oculto e ignorado.

13.- b) COSAS ABANDONADAS AL PRIMER OCUPANTE.

Las cosas abandonadas al primer ocupante, están compren didas por nuestro Código Civil en el Art. 609c. inciso tercero que se expresa así:

"Se adquieren del mismo modo las cosas cuya propiedad -- abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas al primer ocupante".

Anteriormente, en Roma se discutía que modo operaba en -- su adquisición. Unos decían que era la tradición, conociéndose ésta como una especie de tradición a persona incierta (tradición "incer tae personae), de la cual se conocían dos hipótesis en los cuales --

había una tradición a una persona incierta.

1o.) El Cónsul, por ejemplo, arroja a la muchedumbre monedas, "missilia". Hay, naturalmente, por parte de él intención de transferir y desprenderse de ellas; por tanto los que las recogen -- con voluntad de adquirirlas se hacen propietarias por tradición.(1)

2o.) Un propietario abandona su cosa con intención de abdicar la propiedad. El que se queda con ella se hace propietario. -- ¿Pero es por tradición o por ocupación? Según Próculo, el que deja una cosa no cesa de ser propietario hasta el momento que otro se -- apodera de ella. Como no se hace res nullius, tampoco puede haber -- ocupación; lo que hay es tradición. Según la mayoría de los jurisconsultos, ocurre todo lo contrario con la cosa abandonada, pues se hace inmediatamente res nullius y aquel que la recoge la adquiere -- por ocupación (Ulpiano, L.I.D. Cód.) (2)

Petit manifiesta en la continuación de este último numeral que: "Pero así y todo, el abandono no extingue los derechos reales que graven la cosa en beneficio de un tercero, pues hay más bien adquisición derivada, lo que favorece la idea de tradición. Total: se puede decir, en suma, que éste es un caso en que la tradición y la ocupación se mezclan y concurren al resultado".(3)

De esta forma de considerar las cosas abandonadas por -- los romanos en los numerales transcritos, es que nuestros legisladores tomaron el ejemplo y así las comprendieron en el Art. 605 c. -- inc. 3o. ya expresado.

El Art. 605c. en general se refiere a la invención o hallazgo que es una especie de ocupación y siendo la ocupación un modo originario significa que por medio de tales modos así conceptuados se adquieren cosas que no pertenecen a nadie, es decir, res nullius. Quien tome la propiedad de dichas cosas se considerará que --

(1) Eugene Petit No.181 numeral 1o. pág.251 9a.Edición.

(2) Eugene Petit No.181 numeral 2o. pág.251 9a. Edición.

(3) Eugene Petit No.181 numeral 2o. pág.251 9a. Edición.(Parte final del V

lo hace por primera vez sin que nunca antes alguien haya tenido la propiedad sobre dichas cosas, quien la ocupe y la haga suya adquirirá por primera vez, el dominio sobre esa cosa.

En cambio, el inciso tercero del Art. 605c. analiza una situación especial, en que por excepción, se adquiere por ocupación una cosa que ya antes ha tenido dueño; pero que éste se ha desprendido de la propiedad que tenía sobre ella y la ha abandonado voluntariamente para que la haga suya el primer ocupante. El comentarista Chileno don Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Undurraga consideran que: "las cosas abandonadas al primer ocupante se pueden considerar en ellas, como una donación a persona, indeterminada y es - en esta circunstancia, la de que la persona favorecida sea indeterminada, la que ha hecho que el legislador la reglamente, no en la donación, sino en la ocupación".(1) Al analizarse los orígenes de este inciso, no queda menos que decir que la doctrina para considerar así a las cosas abandonadas, tuvo que tomar modelo de la legislación Romana, que como antes se explicó, comprendió estas cosas -- abandonadas, en los casos de tradición a persona incierta; ya sea, como: a) Missilia, o b) res derelictae.

Nuestro Código exige los siguientes requisitos:

- a) que se trate de una cosa inanimada.
- b) que esta cosa sea abandonada por el propietario voluntariamente, acompañada del ánimo expreso de abandonar la cosa.
- c) intención de parte del primer ocupante, de adquirir dicha cosa apoderándose de ella.

14.- CAPTURA BELICA

El hecho de la captura bélica tiene que haber tenido su origen muchos años antes que Roma; porque la guerra como fenómeno se remonta a los orígenes del hombre en la tierra, hasta se ha sostenido que el estado natural del hombre fue la guerra; afirmación muy -

(1) Alessandri y Rodríguez final párrafo 484 de la edición de 1940.

discutida por cierto. Pero la captura bélica como modo de adquirir, nuestra legislación la toma del Derecho Romano, y así nos expresa:

"Todo lo perteneciente a los pueblos con los cuales Roma estaba en guerra regular, o a los bárbaros aún en tiempos de paz, - se considera res nullius. Los romanos, pueden por ocupación, apoderarse de sus bienes, lo mismo que de las personas. Aplican este derecho y le sufren".(1)

Comenta Petit, que los territorios que conquistaban se hacían cosa pública *ager publicus*, los prisioneros y bienes muebles, no eran adquiridos por el primero que los agarraba, sino eran adquiridos para el Estado, quien repartía una parte entre los soldados y el resto los vendía en beneficio del tesoro.

Aunque el tiempo, la cultura y la civilización que se deriva, suavizan las costumbres de los pueblos, no ha sucedido así -- con esta especie de ocupación, con excepción de la venta pública de los prisioneros, casi permanece incólume, por ya no admitirse en -- nuestra legislación ni en la mayoría de ellas, la esclavitud, por lo demás, se parece mucho al pensar romano y en efecto, es la especie de ocupación, nuestro Código la establece en el Art. 621c. que expresa:

"El Estado se hace dueño de todas las propiedades que -- se toman en guerra de nación a nación, no sólo a los enemigos sino a los neutrales y aún a los aliados y los nacionales, según los casos, y dispone de ellos en conformidad a las ordenanzas de marina y de Corso, salvo lo que se estipulare con las potencias extranjeras".

En Roma se consideraba que la guerra se hacía de pueblo a pueblo, es por eso que se buscaba al hacerla, infringir el mayor daño posible al pueblo contrario, esa era la razón de la apropiación de los bienes y personas; pero con todo eso, la captura bélica y la guerra se realizan, lo que se diga en la doctrina en la ley y

(1)Eugene Petit No.2 Pag.246 9a. Edición.

demás Tratados Internacionales acerca de la guerra, no pasará de -- ser meras palabras teóricas muy buenas para adornar legislaciones y Tratados Internacionales celebrados en tiempos de paz, que al estallar la guerra serán letra muerta; porque, hoy en día es más cruel e inhumano que en Roma, no se puede afirmar al menos en un plan serio, que por considerarse ahora la guerra no de pueblo a pueblo, sino de gobierno a gobierno, es distinta que antes, que hoy en día al estallar la guerra se respeta la propiedad particular terrestre y que -- solo la propiedad marítima puede ser susceptible de captura bélica, que sólo se dañan objetivos militares del otro Estado, etc.etc.

Ahora bien, nuestro Código admite la captura bélica como modo de adquirir, cuando es realizada por el Estado; pero no por las particulares a quienes se prohíbe el saqueo, así expresa el Art.622c:

"Las presas hechas por bandidos piratas e insurgentes, no transfieren dominio y represadas deberán restituirse a sus dueños, pagando éstos el premio de salvamento a -- los represadores.

Este premio se regulará por el que en casos análogos se conceda a los apresadores en guerra de nación a nación".

Art. 623c:

"Si no aparecieren los dueños se procederá como en el caso de las cosas perdidas pero los represadores tendrán -- solo las propiedades que no fueren reclamadas por sus -- dueños, en el espacio de un año, contado desde la fecha del último aviso, los mismos derechos que si las hubieran apresado en guerra de nación a nación".

15.- ESPECIES NAUFRAGAS.

Las especies naufragas son objeto del aparejo de un buque u objetos pertenecientes a los pasajeros o carga que transporta el mismo buque, que en caso de un naufragio o para evitarse se arrojen al mar.

Las personas que se hayan dado cuenta del naufragio, o tengan conocimiento de él, deberán dar parte a la autoridad competente; no sin antes asegurar los objetos que hayan podido rescatar o que el mar se haya encargado de arrojar hasta la costa. Quienes verifiquen el salvamento de las especies no se podrán apropiar ninguna de ellas y si en caso lo hicieren, quedaran sujetos a la acción de perjuicios y a la pena de hurto.

Los comentarista chilenos Arturo Alessandri y Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga son de opinión que en el procedimiento anterior "se aplica tanto al caso de naufragio de una nave nacional, como de una nave extranjera", si bien en este último caso, debe darse cuenta también al respectivo Consulado si lo hubiere.(1)

Las diligencias practicadas, se han hecho con el fin de asegurar las especies y entregar éstas a los interesados o propietarios. La entrega de tales especies a los interesados será llevada a cabo por la autoridad y los interesados por su parte entregarán a la autoridad los gastos de las expensas y la gratificación de salvamento.

Como pudiera ocurrir que no aparecieren los interesados, ya sea por haber muerto en el naufragio o por no tener conocimiento del suceso; se publican tres avisos en periódicos y carteles. No se refiere al decir periódico, al Diario Oficial, sino a aquellos de mayor circulación; porque el fin de tal publicidad es hacer llegar -- hasta los interesados las noticias del naufragio acaecido. Entre un aviso y otro deberá mediar seis meses, dando con esto lugar a -- que países lejanos a quienes pudieren pertenecer los buques o los interesados tengan noticias del suceso, una vez cumplido el requisito de la publicidad se procederá en todo lo demás como en el caso de las especies al parecer perdidas, llegándose por consiguientes hasta la subasta y remate.

(1) Alessandri y Somarriva-No.506 parte finañ-0 Pág.290 Edic.1940.

La autoridad también será la encargada de fijar, según las circunstancias, el premio de salvamento, teniendo como único límite éste el de no ser mayor que la tercera parte del valor de las especies.

Cuando sea la autoridad pública quien se encargue de llevar a efecto el salvamento, bajo sus órdenes y dirección, el interesado al serle entregadas las especies pagará a la autoridad únicamente los gastos de las expensas; pero no el premio de salvamento, por considerar a las autoridades como obligadas a prestar tal labor.

Las expensas no son otra cosa que los gastos ocasionados en el salvamento de las especies.

Nuestro Código comprende las especies naufragas en los Art. 616, 617-618-619C. y el Art. 620C. pero que es un artículo que se aplica a los anteriores, dice así este artículo:

"Todo lo dicho en los artículos 616 y siguientes se entiende sin perjuicio de lo que sobre esta materia se estipulare con las potencias extranjeras, y de los reglamentos fiscales para el almacenaje y la internación de las especies".

El Derecho Francés estudia las especies naufragas en las especies perdidas, y en ellas los comentaristas franceses, Colín y Capitant, se expresan así:

a) Mostrencos marítimos. Según los textos aplicables en la materia, es decir, la ordenanza de 1631, la ordenanza de 10 de enero de 1770 y la ley 9 de agosto de 1791, es siempre necesaria -- una declaración del descubrimiento, bajo la sanción de ciertas penas. Corresponde al inventor en su totalidad las anclas sacadas -- del fondo del mar y los vestidos de los naufragos. Pertenecen al inventor en una tercera parte y al estado las otras dos terceras partes, los objetos naufragos que no sean las ánclas encontradas en alta mar a saber: el dinero, las alhajas y los objetos preciosos encontrados en los ahogados. Pertenecen al Estado los buques y los ob

jetos naufragos lanzados a la playa. En todos estos casos el propietario puede hacer una reclamación dentro de un cierto plazo, que es generalmente de un año, - - - - -a contar desde la declaración del descubrimiento. (1)

16.- ESPECIES AL PARECER PERDIDAS

Se puede decir que éstas no se pueden adquirir por ocupación, por medio de este modo de adquirir, se adquieren cosas que no pertenecen a nadie y que por consiguiente son cosas-res nullius- y no el caso presente por que las especies al parece perdidas, tienen un dueño, que puede andar en su búsqueda, el desprendimiento de estas cosas del poder del propietario fue casual, involuntario, puede él hasta no saber que se le ha perdido, por eso, al encontrarse la cosa, lo más normal será que no se sepa quien pueda ser su propietario; así es que la labor va encaminada a hacer llegar a conocimiento de su dueño, el hecho de haberse encontrado una cosa que muy bien pudiera ser la suya, para que se presente a reclamarla, caso de que la necesite y la quiera.

La involuntariedad del desprendimiento es lo que diferencia esta especie de cosas de la res derelicta -porque en el caso -- presente de las cosas perdidas, no hay deseo de desprenderse de la cosa, el desprendimiento es involuntario, en cambio en la res derelictae, el desprendimiento es precisamente voluntario, se hace con el fin de abandonarla para que la tome el primer ocupante, el hecho de la voluntariedad o involuntariedad del desprendimiento solo pudiera solucionarlo el propietario al presentarse a reclamar la cosa y para que ésta se lleve a efecto, es menester cierto requisito publicitario para lo cual nuestra legislación establece un procedimiento que es el que se encuentra establecido en el Art. 610c. y siguientes, que después se tratara de ellos, por ahora, conviene establecer, el porque de la diferenciación de especies perdidas y cosas abando-

(1)Colin Capitant-letra a)Pag.477-3a. Edición-Curso Elemental de Derecho Civil.

nadas, y se ha hecho porque a ambas se les ha puesto objeciones por que no adquieren tan claramente objetos que sean sin lugar a dudas, verdaderas res nullius. Las cosas abandonadas al primer ocupante como se dijo, son objeto que denotan haber tenido un propietario, que muchas veces se conoce quien es, la razón de que no las tenga consigo el dueño es por que se ha desprendido de ellas voluntariamente, su deseo es el abandonarlas a quien las ocupe o agarre; pero en cuanto a las especies perdidas, su situación cambia un tanto, como en ellas hay desprendimiento involuntario no se podría colegir que la intención del dueño es de deshacerse de ellas, es por eso que la ley al no poder interpretar así la situación, es que, para solucionar en parte lo ocurrido es que establece el Art. 610c. en el cual se ven varias fases. Dice así:

"Si se encuentra alguna especie mueble al parecer perdida, deberá ponerse a disposición de su dueño; y no presentándose nadie que pruebe ser suya, dentro de las cuarenta y ocho horas subsiguientes a la de haberse encontrado, se entregará a la autoridad competente, la cual ordenará su depósito y dará aviso del hallazgo en el periódico oficial o del departament, si lo hubiere, y en carteles públicos que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del lugar.

El aviso designará el género y calidad de la especie, el día y lugar del hallazgo.

Si no apareciere el dueño, se dará este aviso hasta por tercera vez, mediando treinta días de un aviso a otro.

Si se trataran de semovientes bastarán dos avisos, mediando ocho días entre uno y otro."

El Art. 610 es quien desarrolla la labor publicitaria, - de hacer llegar a conocimiento del propietario el hecho de que se ha encontrado un objeto que puede ser suyo, para que se presente a reclamarlo si es que lo quiere, se le hace ver el lugar en que se -

extravió, la hora y en que consiste tal objeto y si con todos los demás requisitos del art. no se presenta a reclamar el objeto extraviado, y como ocasiona dificultades al estar guardando todas las cosas que se encuentren, se vende en pública subasta, y así expresa el Art. 611c. "Si en el curso del año subsiguiente al último aviso no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie en pública subasta; se deducirán del producto las expensas de aprehensión, conservación y demás que incidieran; y del romanente se dará la cuarta por vía de gratificación a la persona que encontró la especie, y el resto se aplicará al Tesoro Nacional".

Para darle entero cumplimiento a lo establecido en los Art. anteriores el legislador estableció el Art. 612 que en su contenido expresa que quien omita alguna de las diligencias expresadas, puede quedar sujeto según las circunstancias a perder su porción en favor del tesoro, a la acción de perjuicios o según los casos a la pena de hurto.

Los arts. 613, 614-615c., dan reglas especiales referentes al tiempo en que el propietario se presente a reclamarla cosa perdida, o a condiciones propias de las especies; así como también a la situación jurídica de las especies, después de subastadas y adquiridas por el nuevo propietario. El Art. establece que si el dueño se presenta antes de que la especie sea subastada, deberá pagar a la autoridad competente los gastos ocasionados por la especie y los que han sido necesarios para hacer llegar a su conocimiento el hecho de que se había encontrado su objeto. Pagará también el premio de salvamento a quien encontró y denunció el hallazgo, si el dueño ha prometido una recompensa a quien encuentre la cosa, el descubridor escogerá entre el premio de salvamento o la recompensa.

La subasta como expresa el Art. 615c., puede anticiparse al tiempo prefijado, ya sea por tratarse de animales o especies corruptibles que hacen dispendiosa su conservación, caso de presen-

tarse el interesado sólo recibirá el precio de la venta de la subasta, deducidos los gastos ocasionados por la subasta, el premio del salvamento y la conservación de la especie. Por supuesto que la presentación del dueño a reclamar la especie tiene que ser dentro del año, porque sino la adquiere el Estado.

La situación jurídica de la especie después que se ha subastado la deja establecida el Art. 616c. que expresa:

"Subastado la especie, se mirará como irrevocablemente perdida para el dueño".

La forma en que adquiere la cosa el nuevo propietario, - no se mira tan claro; el modo de adquirir, ocupación; porque a simple vista se está adquiriendo una cosa que pertenece a una persona que aún con las diligencias practicadas, puede andar en su búsqueda, además tampoco se adquieren las cosas por el mero hecho de tomarlas, como la caza y pesca; sino que, en el caso en mención lo único que da derecho al ocuparlas o agarrarlas es a ganar un premio de salvamento por el hallazgo; y en la subasta pertencerá a quien haga la mejor puja y será el Juez competente, investido de la ley, quien lo otorgará el dominio de la cosa y se encargará de garantizar su propiedad sobre la cosa, la ley misma, por el Art. 616c. caso de que la pretenda el antiguo propietario.

Las especies al parecer perdidas pueden comprender las mismas cosas que el tesoro; así como también pueden estar sepultadas como consecuencia de accidentes o catástrofes, lo que interesa es - que sean de fecha reciente, y que, ya por su elaboración o demás características de muestren algún indicio de dueño para así diferenciarlas del tesoro que está constituido por cosas que tienen largo tiempo de estar sepultadas y que no presentan ningún indicio de dueño anterior. También quedan comprendidas en esta especie de ocupación las cosas que son valiosas (objetos preciosos) que a la vez -- tienen largo tiempo de haber sido elaborados; pero que, se encuen-

tran en la superficie y así mismo cualquier otra clase de cosa que se encuentre extraviada que presente señales de dominio anterior y que no encaje en otra categoría de ocupación.

Hay que hacer ver que los Art. 610 y siguientes del Código Civil, tienen que referirse a objetos inanimados; porque los animales domésticos quedan comprendidos en el Art. 604c. Los animales domesticados por el Art. 589c. siguen la regla de los domésticos, mientras conserven la costumbre de volver al amparo y dependencia del hombre, si no sucede esto, entonces se convertirán en animales bravíos por el Art. 588c., pudiendo ser objeto de ocupación por cualquier persona. La Ley Agraria, por su parte, también se refiere a determinadas clases de animales, en el título CUARTO "De la ganadería y la caza", en los Arts. 132-133-134, y la forma en que se procede cuando un animal bravo se extravía, lo señala el Art. 117 de la misma ley.

Del Art. 610c. hay que decir, que no cumple la labor de publicidad que por medio de él se pretende; porque dicho Art. por ser muy antiguo no se acomoda al tiempo actual y por lo tanto los medios de publicidad que señala no rinden el fin que se pretende, por ejemplo, los medios de publicidad que trae a cuenta son ineficaces, en primer lugar porque el diario departamental que pudiera haber sería de muy poca circulación y en la práctica dicho diario no se da entre nosotros, el Diario Oficial, porque además de salir con fecha atrasada, su emisión no es diaria sino que cada quince días, lo cual viene a dificultar más el asunto y los carteles fijados en los lugares más frecuentados del lugar, entre nosotros los únicos carteles que se ponen, se fijan en el tablero del juzgado y en el tablero de las alcaldías que no se puede decir que sean los lugares más frecuentados del lugar, por lo dicho es fácil suponer que la deficiencia publicitaria, perjudica al dueño de la especie; porque lo más probable será que no se dé cuenta que su casa ha sido encontra-

da y que se le llama para que se presente a reclamarla.

Si, como será lógico el dueño no se presente a reclamarla, el Art. 611c. ordena que se proceda a la subasta o venta pública de la cosa al mejor postor y después que sea vendida, se deducen los gastos que se hayan hecho para su conservación, subasta y demás, del resto se dará la cuarta parte del valor en que sea vendida la especie en la subasta al que encontró la cosa, como gratificación por su hallazgo y si aún queda algún residuo se aplicará al Tesoro Nacional.

CAPITULO III

17.- DE LA ACCESION.

Concepto.- Clases de accesión.- Accesión de Bien Inmueble a Bien Inmueble- Accesión de Bien Mueble - a Bien Inmueble Accesión de Bien Mueble a Bien Mueble.

Nuestro Código comprende la accesión en el Art. 624c. -- que expresa: "La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella".

No dice el código como debe ser esa unión si debe ser natural o artificial.

La accesión es un modo de adquirir que supone como consecuencia la existencia de un dominio anterior que se tiene sobre una cosa y hay una extensión de este mismo dominio a otra cosa que se le une, es como una aplicación práctica del aforismo jurídico " lo accesorio sigue la suerte de lo principal".

La accesión es un modo de adquirir originario, porque si bien es cierto, que la cosa principal tiene su dueño, la que se junta no la tiene y si lo ha tenido, éste no ha hecho traspaso de esa cosa, de tal manera que cuando mediante la accesión se encuentra formando un todo la cosa accesorias y cosa principal, se puede considerar como un todo nuevo, ya no se va tomar como dos cosas diferen-

tes sino como una sola, tan es así, que al cuerpo nuevo formado se extenderá, un derecho de usufructo, o una hipoteca que se establezca sobre el inmueble.

Doctrinariamente, la accesión no se considera un verdadero modo de adquirir, porque falta en ella el elemento interno de la intención de adquirir la cosa accesoria que se junta; se dice así, porque se considera al modo de adquirir como un acto jurídico, y todo acto jurídico necesita para ser tal, de la voluntad de las partes; por lo tanto si a la accesión le falta ese elemento no es acto y si no es acto, tampoco es modo de adquirir.(1)

Entre nosotros la accesión es modo de adquirir porque la ley lo establece así y por ley se tiene que tomar por tal; pero doctrinariamente no se considera como un modo de adquirir, porque falta, como se dijo, el elemento interno de la intención de adquirir, el propietario de la cosa principal, como comenta Alessandri, puede no darse cuenta de lo que está ocurriendo.

Eugene Petit, en su tratado elemental de Derecho Romano, expresa duda de que, la teoría de accesión haya sido Romana, y así expresa: que hay que tomar la accesión como base de ciertas adquisiciones; pero no hay que exagerar su ámbito y creer que tenía en Roma el mismo alcance que hoy en día, se cree así; porque en varios fallos de los jurisconsultos romanos se ve que éstos, contrarían el principio de la accesión.

Continúa Petit manifestando que los romanos no colocaban la accesión entre los modos de adquirir la propiedad; hablan de --- ella más bien como de una consecuencia de la propiedad adquirida, - que como de una adquisición nueva(2) Los romanos a lo más que llegaron es a ver que a la par que la ocupación y la tradición, veían -- ciertos casos en que también había adquisición de la propiedad, se-

(1) Alessandri y Somarriva. No. 514-Pag.296- Edición de 1940.

(2) Principio de la nota del traductor, de la Pag.252 de 9a. Edición de Petit.

gún el Derecho Natural.

El Art. 551 del Código Civil Francés, expresa que: "Todo lo que se une o se incorpora a la cosa pertenece al propietario".

Los comentarista Franceses Colin y Capitant, comentando el código civil Frances, dan una definición de lo que es accesión - así: "es la unión la incorporación material de una cosa, a otra más importante".(3)

El Derecho Francés considera que la accesión puede ser - de dos formas diferentes: industrial y natural; según intervenga o no la mano del hombre y a la vez puede verificarse en bienes muebles o inmuebles.

Como la cosa accesoria que se incorpora puede tener dueño o no tenerlo y siempre habrá accesión las soluciones que se adopten tendrán que ser diferentes, a saber: a) si la cosa accesoria -- que se incorpora no tiene dueño, no pertenece a nadie ven los romanos una variedad de la ocupación, y

b) Si las dos cosas tanto accesoria como principal, pertenecen a propietarios diferentes y las cosas no pudieren separarse sin sufrir alguna de ellas o ambas algún perjuicio, como para los -- dos propietarios habría accesión, la ley interviene y da la cosa -- así formada, al propietario de la cosa principal, concediendo al -- propietario de la cosa accesoria una justa indemnización, por aquel principio general que nadie puede enriquecerse en perjuicio ajeno.

Entonces en Derecho Francés se adquiere el dominio de -- una cosa, por ley, no por la accesión, viniendo a ser prácticamente la accesión, una de las consecuencias del derecho de propiedad, teniendo este derecho una fuerza de atracción análoga a la del imán - en física, para atraer y extender el dominio a las cosas accesorias - que se le incorporan a la cosa principal.

(3) Colin y Capitant No.262 Pag.488 Edic.3a. Tomo 2o. Vol. 2.

18.- CLASES DE ACCESION.

Nuestro Código en su Art. 624c. expresa lo que considera accesión y así dice: "La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo -- que se junta a ella.

Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles". De dicho artículo se entresaca que el nuestro comprende dos -- clases de accesión que son: Accesión de frutos y accesión propiamente tal.

La accesión de frutos nuestro código la comprende en el capítulo primero de la accesión y a la accesión propiamente tal le dedica los restantes capítulos de la misma.

El Art. 624c. en su inciso segundo expresa: "Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles". Nuestro código -- confunde por lo tanto, lo que es producto y lo que es fruto, siendo éstos por consiguiente dos cosas diferentes, producto es el género y fruto es la especie.

La accesión de frutos no es un modo de adquirir aunque -- así lo entienda el código; porque si el fruto no se ha desprendido aún de la planta, forma un todo con ella, no existiendo la cosa que se incorpora y si el fruto ya se desprendió, no puede haber accesión, porque están formando dos cosas independiente sin que exista la incorporación de una a la otra.

Al respecto Eugene Petit, nos da una diferencia de lo -- que es producto y lo que es fruto, así: "frutos son los productos -- conforme a la cosa productiva y que renacen periódicamente, de suerte que vienen a constituir una renta. Son por ejemplo las cosechas, el vino, las legumbres, la lana y la cría de los animales. Los productos que no ofrecen estos caracteres no se consideran como frutos, infructo non sunt, por eso los árboles de un bosque no son frutos; pero si el propietario cortándolos regladamente, organiza una explo

tación, periódica, da a estos árboles el carácter de frutos".(1)

Se puede decir que hay varias categorías de frutos naturales: "a) los frutos naturales propiamente tales, que son aquellos que dé la naturaleza sin intervernción alguna del hombre;

b) Los frutos industriales, que son aquellos que produce la industria humana, como la mantequilla, el vino, etc.; y

c) los frutos mixtos, que son aquellos que produce la - naturaleza ayudada de la industria humana, por ejemplo: el tri- -- go".(2)

Los frutos naturales pertendcen al dueño de la cosa; -- sin perjuicio de los derechos constituidos, al usufructuario y arren datario; se llaman éstos frutos pendientes mientras están adheridos a la cosa que los produce y percibidos los que han sido separados - de la cosa productiva.

El Art. 628c. se encarga de establecer a lo que se llama fruto civil, así establece: "se llaman frutos civiles los precios, pensiones o cánones de arrendamiento, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido.

Los frutos civiles se llaman pendientes mientras se de- ben; y percibidos desde que se cobran".

Y el Art. 629c. se encarga de establecer que pertenecen al dueño de la cosa de que provienen, con las mismas limitaciones - que los naturales.

19.- ACCESION PROPIAMENTE TAL.

La accesión propiamente tal puede dividirse en tres gran des clases: a) accesión de inmueble a inmueble (natural);

b) accesión de mueble a inmueble; (Industrial)

c) accesión de mueble a mueble.

20.- ACCESION DE INMUEBLE A INMUEBLE

Nuestro Código comprende varias clases de accesiones de

(1)Parte del párrafo lo y p/segundo del No.188,pag.259-Petit-Edic.9a.
(2)No.521,pag.299-Alessandri y Somarriva- Edic.1940.

inmueble a inmueble, estas son: Aluvi6n, Avulsi6n, Cambio de curso de un r6o o divisi6n del r6o en dos brazos que no vuelve despu6s a juntarse; y formaci6n de nueva isla.

Aluvi6n.

El Art. 630 c. de nuestro C6digo establece que: "se llama aluvi6n el aumento que recibe la ribera de la mar o de un r6o o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas".

Requisitos del aluvi6n:

- 1) Que el retiro de las aguas sea lento e imperceptible y ocasionado en forma natural;
- 2) Que el retiro de las aguas sea completo y definitivo.

De estos requisitos se desprende que, si el retiro de las aguas es violento y deja por consiguiente al descubierto parte del espacio que antes ocupaba, no es aluvi6n; as6 como tampoco es aluvi6n si el espacio lo ocupa" y desocupan alternativamente las aguas, asi expresa el Art. 631c. en su inciso 2o. "El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas peri6dicas, forma parte de la ribera o del cause, y no accede mientras tanto a las heredades contiguas".

El terreno de aluvi6n que se forme a los 6nicos que podr6an pertenecer ser6a a los propietarios riberanos o al Estado en todo caso, pero no podr6a haber otra persona que pudiera pretender el derecho sobre 6l.

De donde viene el derecho que tienen los propietarios riberanos para adquirir el terreno de aluvi6n formado, esta no es otra que una ventaja concedida por el Estado o dichos propietarios, como una para compensar el riesgo de ser propietario riberano; pero el mismo Estado se reserva especialmente el terreno de aluvi6n que se forme en los puertos habilitados, como lo dice expresamente el inciso primero del Art. 631c. dice as6:

"El terreno de aluvi6n accede a las heredades riberanas

dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua; pero en puertos habilitados pertenecerá al Estado".

Como pudiera suceder, que prolongadas las líneas de las propiedades hacia el agua, se cortaran antes de llegar a la misma, el triángulo formado por ellas y por el borde del agua, accoderá a las dos heredades laterales; una línea recta - que lo divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de intercepción hasta el agua, será la líneas divisoria entre las dos heredades "Art.632C."

B) Avulsión.

La avulsión es un fenómeno natural que consiste: en que una porción de un fundo, es arrancada por las aguas mediante una -- fuerza natural, violenta y transportada, dicha porción de terreno -- es perfectamente determinable y su propietario conocido, y es depositada en un predio inferior o en la orilla opuesta.

Al ser el propietario del terreno transportado conocido, la ley, le concede el derecho de poder de nuevo transportarlo a su antiguo terreno, con la condición de que si aún concediéndole este derecho no lo hace en el año subsiguiente, lo hace suyo el dueño -- del terreno a que ha sido transportado.

El plazo de un año tiene su razón de ser; ya que los romanos, sostenían el criterio del arraigamiento del terreno a que ha sido arrastrado, por ejemplo Gayo manifiesta: "si la porción de terreno se une íntimamente al fundo al cual ha sido agregada, sea por efecto del tiempo o porque los árboles que lleva tengan raíces, entonces se hace propiedad del dueño de este fundo, en virtud de una especie de accesión". A su vez Fctit aclara que: esta solución es -- dudosa en derecho romano; pero ha influido sobre la redacción del -- Art.559 del Código Francés (1). Por una parte es dudosa que aún en Roma se haya aceptado la teoría del arraigamiento y aunque así hu-

(1) Eugene Petit-letra pequeña del número 186-Tratado Elemental de Derecho Romano-9a. Edición.

biera sido, sería sumamente difícil establecer con certeza si un terreno está o no arraigado en otro; es por eso que para obviar esa dificultad nuestro Código y el Francés establecen el plazo de un año; el nuestro para llevarse el terreno y el Francés para formular la petición de reclamo de la propiedad del mismo.

El Art. 559 del Código Francés es así en lo referente: - "El propietario de la parte separada puede reclamar su propiedad, pero está obligado a formular su petición dentro del plazo de un año; después de este plazo no podrá reclamar a no ser que el propietario del campo a que la parte separada ha sido unida no haya tomado aún posesión de ella".

Requisitos:

- a) Arrancamiento violento de parte de suelo y transportada de un sitio a otro;
- b) Debido a una fuerza natural y violenta;
- c) Que la parte de suelo sea perfectamente determinable y su propietario conocido.

Este último requisito tiene validez en cuanto se presente el problema de establecer a quien pertenece el terreno transportado por las aguas.

21.- CAMBIO DE CAUCE DE UN RIO.

El cambio de cauce de un río puede ser de dos modos: a) o se carga completamente a un lado dejando el otro lado en seco, o b) se cambia de cauce, abandonando el anterior.

En el primer caso el derecho francés llama esta figura - "la rambla del río" o sea la parte descubierta por el agua; éste derecho trata este caso como aluvión y así dice el Art. 557 del Código Civil Francés: "el propietario de la orilla descubierta se beneficia con el aluvión sin que el ribereño del lado opuesto pueda reclamarle el terreno que ha perdido". (1)

(1) Colin Capitant, letra b) de la pág. 502 Tomo 2o. Vol. 2o. 3a. Edic.

En el Derecho Chileno y el nuestro, cambia de cauce un río de cualquiera de los modos antes referidos, los propietarios riberanos tienen el derecho de hacer los trabajos necesarios para hacer volver el río a su antiguo cauce, siempre que para ello pidan permiso a la autoridad competente; pero dado el caso que no vuelva a su cauce ni aún con los trabajos mencionados se procede así: Si el río se carga a una de las riberas, dejando en seco el otro lado, se resuelve como el caso del aluvión Art. 631c. inc. 1o. y en caso el río cambie por completo de curso se aplica el inc. 2o. del artículo antes mencionado.

Si el río se divide en dos brazos que no vuelven a juntarse, en este caso se aplica la regla del Art. 636c. dice así: "Si un río se divide en dos brazos, que no vuelven a juntarse, las partes del anterior cauce que el agua dejare descubiertas accederán a las heredades contiguas como el caso del artículo precedente".

Un caso especial podría ser el hecho, que como consecuencia de un desbordamiento de agua, derivada siempre de un hecho natural, una propiedad ha sido inundada, en este caso si el terreno ha sido abandonado por las aguas en el lapso de cinco años, vuelve a poder de su antiguo dueño; pero si pasa de este tiempo sin que las aguas se retiren, se extingue el dominio que existía en esa propiedad aunque después sea el terreno restituido por las aguas, en cuyo caso se aplicarán las reglas de la accesión.

22.- FORMACION DE NUEVA ISLA.

Los comentaristas chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Undurraga citan como requisitos para que exista esta forma de accesión los siguientes: (1)

"a) Que las islas se formen en ríos o lagos no navegables por los buques de más de cien toneladas"; caso contrario pertenecerá al Estado Art. 578c.

(1) Alessandri y Somarriva-Pág.305-No.537 (1o. y 2o.)Tomo 2a. Edición de 1940.

b) "Que la isla que se forme tenga el carácter de definitiva". Por el Art. 637 numeral primero del Código Civil. Que expresa: "la nueva isla se mirará como parte del cauce o lecho, mientras fuere ocupada y desocupada alternativamente por las aguas en que -- creces y bajas periódicas, y no accederá entre tanto a las heredas riberanas;"

Diversas situaciones que puedan presentarse.

a) La isla se forma al abrirse el río en dos brazos que vuelven a juntarse después 637 No.2,

b) La isla se forma en el lecho del río; 637 No. 3,

c) La isla se forma en un lago.

En el primer caso no se alteran los dominios anteriores; pero el terreno descubierto por las aguas accederá a las heredades contiguas, como en el caso del 635, como lo expresa el Art. 637 numeral 2o.

b) Isla que se forma en el lecho de un río.

En esta situación se pueden dar dos casos diferentes:

a) Que la isla esté más cerca de una de las riberas, y

b) Que toda la isla no esté más cerca de un lado que de otro. Primer caso: Para saber de que lado se encuentra más cerca toda la isla se traza una línea imaginaria por el medio del río para comprobar si dicha línea parte a la isla en alguna de sus partes; -- si no sucede ésto es que toda la isla se encuentra más cerca de un lado que del otro; seguidamente al estar la isla más cerca de una de las riberas, accede a las propiedades que se encuentren en dicha ribera, dentro de sus respectivas líneas de demarcación prolongadas directamente hasta la isla, dirigidas hacia la isla. Segundo caso: Si la líneas imaginaria corta la isla en alguno de sus puntos estamos en presencia de este caso, de lo que entresaca que toda la isla no se encuentra más cerca de un lado que del otro; en este caso se aplica el Art. 637 segundo inciso de la regla 3a. que expresa: "Si

toda la isla no estuviere más cercana a una de las riberas que a la otra, accederá a las heredades de ambas riberas; correspondiendo a cada heredad la parte comprendida entre sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta la isla y sobre la superficie de ella".

Así mismo, el inciso tercero de la mencionada regla también tiene aplicación; por la razón de que las porciones de la nueva isla que por la prolongación de estas líneas correspondan a dos o más heredades, se dividirán entre estas en partes iguales.

c) la isla que se forme en un lago, Art. 637 regla 6a.

Para solucionar el presente caso se aplica el inciso segundo de la regla 3a. que ya hemos analizado, con la salvedad de -- que no tendrán ningún derecho sobre la isla aquellas propiedades cuya menor distancia a la isla sea mayor que la mitad del diámetro de ésta, medido éste en la dirección de esa misma distancia.

Para que los propietarios riberaños tengan derecho a la isla depende de dos cosas: de la ubicación de la isla y de la clase del lago en que se forme.

Los que pretendieren derecho sobre la isla, deberán estar comprendidos en lo dicho en el inciso anterior, si no es así, dicha pretensión no tiene objeto y el lago en donde se forme la isla no debe ser de los que se encuentran comprendidos en el Art.578c. que dice:

"Las nuevas islas que se formen en el mar territorial o en ríos y lagos que puedan navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecerán al Estado".

23.- ACCESION DE MUEBLE A INMUEBLE

Estamos aquí en presencia de una clase de accesión que se debe no a un hecho de la naturaleza como la antes vista; sino a un hecho del hombre, es por eso que se conoce también esta clase de accesión, como accesión industrial y esta puede venir como conse

cuencia de una edificación, plantación o siembra, en un inmueble -- ajeno, con cuyo dueño no se hubiere contratado o convenido en cualquier forma.

Conviene recordar los requisitos que el derecho romano exigía para que operase la accesión y así Eugene Petit expresa que en dicha legislación los requisitos que deben concurrir para que -- exista la accesión son: 1) que haya una cosa principal y una accesoria, de manera que ésta sea absorbida por aquella, de lo que resulta que un inmueble, siempre será considerado cosa principal, cuando se incorporen a él bienes muebles; 2) que la cosa principal constituya un todo homogéneo o un compuesto de partes adherentes entre ellas como el edificio; pero al estar constituido por partes distintas entre si como un rebaño, sin formar un solo cuerpo entre ellas, no podría haber accesión porque las diferentes partes seguirían teniendo sus respectivos dueños, se encontrarían individualizadas.

3) Que la unión se haga por voluntad de uno solo o por efecto del azar".(1)

En nuestro Código la accesión de bienes muebles a bienes inmuebles se encuentra comprendida en los Arts. 649 y 650 c. en los cuales se podrá notar que en cada uno de los casos que comprende ya sea, que se edifica con materiales ajenos en suelo propio. Art. 649 o que una persona edifique, plante o siembre sin consentimiento del dueño del terreno Art. 650; los comentaristas Chileros Alessandri y Somarriva expresan que además de estos dos casos que mencionan la generalidad de los comentaristas y legislaciones, entre ellas la chilena, se podría considerar un tercer caso: "cuando se edifica, - plante o siembre, materiales ajenos en terreno ajeno", (2) el cual es una combinación de los dos casos antes mencionados y por tanto se le aplican las reglas de ambos.

(1) Eugene Petit-Pag. 252-253 (2o. párrafo del M.º. 183) T. Elemental de Derecho Romano-Traducido de 9a. Edic. Francesa.

(2) Alessandri y Somarriva-Pag. 312-313-No. 551-Tomo 2a. Edic. de 1940.

En los casos mencionados se necesita que sea sin conocimiento o sin justa causa de error (de una de las partes) y que el -- que ha procedido a sabiendas o sea de mala fe, quedará sujeto además de las indemnizaciones correspondientes, a la acción criminal -- competente, según los casos y circunstancias. De lo que se deduce -- que para que se produzca la accesión, tiene que ser ocasionada por el azar o la justa causa de error de una de las partes, sin existir la mala fe de la otra parte; así como también, que no se haga contrato, porque en las legislaciones que como la nuestra admitan la libertad de contratación, se podrían establecer los pactos o con- venciones que se quisieren, siempre dentro del marco de la legalidad y se adquiriría no por la accesión sino por la ley según sea el contrato de que se trate.

Clases de accesión de bienes muebles a inmuebles.

Esta accesión industrial puede ser de dos clases:

- a) por edificación;
- b) por plantación o siembra.

Para ambas clases de accesión la ley establece las mismas reglas y principios, se sigue en estas clases de accesión el criterio de la incorporación o arraigo en el suelo; y se considera que -- la accesión tiene efecto hasta que los bienes muebles se han incorporado o arraigado en el inmueble de tal manera que venga a convertirse en inmuebles por adherencias comprendidos en el inciso segundo del Art.56lc. por el hecho de encontrarse formando un solo cuerpo con ellos, dicho inciso es como sigue: "Forman parte de los inmuebles las plantas arraigadas en el suelo, los frutos pendientes, los yacimientos de las minas, las puertas, ventanas, losas, etc., de los edificios y en general, todos los objetos naturales o de uso u ornamentación, que estén unidos de una manera fija y estable a -- los bienes raíces de suerte que formen un solo cuerpo con ellos".

Asimismo nuestra legislación admite el criterio del ----

arraigamiento, encontrándose consagrado en el inciso último del Art. 649c. que dice: "Mientras los materiales no estén incorporados en la construcción o los vegetales arraigados en el suelo, podrá reclamarlos el dueño".

Cuando la accesión se produce y con el objeto de establecer quien es el propietario de la cosa nueva que resulta, se aplica la regla de que la cosa accesorio sigue la suerte de la principal, tomándose siempre como cosa principal el inmueble y por tanto, el propietario del mismo se hará propietario del bien mueble que se incorpore o arraigue; ya sean estos materiales de construcción, plantas o semillas, siempre que se observen las reglas y requisitos necesarios; ahora bien, como es un principio en nuestra legislación, que nadie puede enriquecerse sin justa causa, por eso, es que para que el propietario del inmueble, adquiera la propiedad de lo resultante, tiene que pagar al dueño de los bienes muebles incorporados una justa indemnización, la cual tendrá que regularse, como ordena el Art. 650 inc. 1, o sea por el título de la REIVINDICACION ART. 891c. y siguientes.

a) Acerca del primer caso de accesiones de bienes muebles en inmuebles o sea: "cuando se edifique, plante o siembre, con materiales ajenos en suelo propio" se podrían distinguir dos situaciones:

1) Si el dueño de los materiales no ha tenido conocimiento del uso que de ellos hacía el propietario del inmueble;

2) Si el dueño de los materiales tenía conocimiento de dicho uso. En el primer caso se podría presentar las siguientes situaciones: si el propietario del suelo ha procedido con justa causa de error, sin justa causa de error, y si procede a sabiendas o sea de mala fe, En estas tres situaciones el dueño del inmueble adquiere la propiedad de los bienes muebles que se incorporen; porque la justa causa de error o su ausencia en el conocimiento del verdadero

dueño de los materiales no influyen en el dominio de la cosa nueva que resulte, sino que, únicamente influye en la responsabilidad del propietario del inmueble para con el dueño de los materiales.

Lo tratado por la doctrina, nuestro código lo establece en el Art. 649 inc. 2o. que expresa: "Si por su parte, no hubo justa causa de error, será obligado al resarcimiento de perjuicios, y si ha procedido a sabiendas, quedará también sujeto a la acción criminal competente; pero si el dueño de los materiales tuvo conocimiento del uso que se hacía de ellos, sólo habrá lugar a la disposición del inciso anterior".

En el segundo caso: "El dueño de los materiales tuvo conocimiento del uso que de ellos hacía el propietario del inmueble".

Aquí la ley presume que el propietario ha consentido, en que se usara de ellos, por lo tanto sea la situación que se presente, la ley sólo le obliga a pagar el precio de lo que se haya incorporado u otros materiales de la misma naturaleza, calidad, cantidad, etc.etc., haciéndose ésta regla extensiva al caso de que fueran vegetales los que se incorporarán.

El caso presente lo resuelve nuestro código en el primer inciso del Art. 649c. que dice: "Si se edifica con materiales ajenos en suelo propio, el dueño del suelo se hará dueño de los materiales por el hecho de incorporarlos en la construcción; pero estará obligado a pagar al dueño de los materiales su justo precio, u otro tanto de la misma naturaleza, calidad y aptitud".

Hay que recalcar que siempre, en virtud de la regla genérica de la accesión de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal; aquí en el caso comentado el dueño del inmueble siempre se hará dueño de lo incorporado en él; variando nada más la responsabilidad según la situación que se presente.

b) "Se edifica, planta o siembre, con materiales propios en suelo ajeno".

En este caso pueden presentarse dos situaciones:

a) Si el dueño del inmueble no tuvo conocimiento de lo que hacía el dueño de los materiales.

b) Si el dueño del inmueble tuvo tal conocimiento.

En el caso primero el dueño del inmueble puede entre dos pretenciones que se le presentan escoger una sólo, estas pretenciones son las que siguen:

Primero hacer uso del edificio, plantación o sementera, pagando una justa indemnización, según las reglas de los poseedores de buena o mala fe; y segundo, obligar al que plantó o edificó en su inmueble a pagarle el justo precio del mismo e intereses legales por todo el tiempo que lo haya ocupado, en el caso que haya sembrado pagará la renta y la indemnización de perjuicios.

El caso comentado se encuentra comprendido casi textualmente en el inc. lo. del Art.650c. de nuestro Código.

El comentarista chileno Alessandri, sostiene que tanto el caso en referencia, así como el anterior, más que accesión, es una verdadera tradición, porque hay consentimiento de las partes.(1)

Asimismo el comentarista Mexicano Rafael Rojina Villegas, manifiesta que, en el caso en referencia, se pueden considerar dos casos, según se proceda de "buena o de mala fe", creyéndose que el terreno es propio o con conocimiento de que es ajeno. En ambos casos el dueño del inmueble adquiere la propiedad de lo que se haya edificado, plantado o sembrado y además si ha procedido de buena fe, puede obligar al que edificó a que le compre el predio, en los casos de edificación y plantación; o que se le pague renta, en los casos de siembra".(2)

Segunda situación:

"Si el dueño del terreno tuvo conocimiento de lo que hacía el dueño de los materiales".

(1) Alessandri y Somarriva. 2o. párrafo de letra b) No. 550-Pag. 312 Tomo 2a. Edición de 1940.

(2) R. Rojina Villegas-letra b) final de pag. 331. Vol. 3-1-D.C. Mexicano.

En este caso es a la inversa, el dueño del inmueble si no está de acuerdo en lo edificado, plantado o sembrado, sólomente podrá recobrar el inmueble, si paga el valor del edificio, plantación o sementera".

No podría obligarse al dueño a adquirir la construcción, pues --- podría no tener elementos para cubrirla y entonces se originaria una situación anormal permanente entre el propietario de lo edificado y el propietario del predio. Pero independientemente, de este derecho tiene a su vez el de exigir que aquel que ha edificado le compre el predio".(1)

Tercer caso: Se edifica planta o siembra, con materiales ajenos, en terreno ajeno.

El presente caso no se encuentra en el código; pero por ser una combinación de los Art.649 y 650c. se le aplican en lo concerniente las reglas en ellos establecidos.

En este caso aparecen tres personas:

- a) El dueño de los materiales.
- b) El dueño de inmueble.
- c) El tercero que verifica la accesión.

A su vez entran en relaciones, el dueño de los materiales con el que verificó la accesión y el dueño del inmueble con el último mencionado (el tercero) o sea que, el dueño de los materiales con el dueño del inmueble no entren en relación de ninguna especie; sino que ambos sólo se relacionan con el tercero.

Las relaciones del dueño de los materiales con el tercero lo resuelve el Art.649c. y las relaciones del dueño del inmueble con el tercero lo resuelve el Art.650.

3o. Caso:

24.- "ACCESION DE MUEBLE A MUEBLE."

Tiene lugar cuando dos cosas muebles pertenecientes a --

(1)Rafael Rojina Villegas.inc.lo.pag.332.V.3-1(Art,900c.de México)

distintos dueños se unen, tiene también esta tercera clase de accesión una regla genérica, al igual que la anterior y es también que la cosa accesoria sigue la suerte de la principal, nada más que --- aquí no se atiende a la calidad del inmueble, como en la anterior; --- sino que ésta se toma como cosa principal, aquella de mayor estimación en relación con la otra, considerándola así cuando para su dueño, tuviere un gran valor de afección; si ambas se encuentran en -- iguales circunstancias se atenderá y se tomará como cosa accesoria la que sirva de uso, ornato o complemento de la otra; si no se pudiere aplicar ninguna de las anteriores reglas, se mirará como cosa -- principal la de mayor volumen y si aún así, las dos cosas fueran de igual volumen se aplicarán reglas de equidad, buen sentido, etc. --

Clases de accesión de mueble a mueble.

Existen tres clases de accesión de bien mueble a bien -- mueble siendo éstas las siguientes: a) adjunción; b) especificación y c) mezcla.

Adjunción.

La adjunción es una especie de accesión que nuestra legislación establece en el Art. 638c. el cual dice así: "La adjunción es una especie de accesión y se verifica cuando dos cosas muebles -- pertenecientes a diferentes dueños se juntan una con otra, pero de modo que puedan separarse y subsistir cada una después de separadas; como cuando el diamante de una persona se engasta en el oro de otra o en un marco ajeno se pone espejo propio".

Esta definición que da nuestro código es impropia, no dice en ella lo característico, lo que verdaderamente es específico -- en la adjunción.

Requisitos de esta clase de accesión de mueble a mueble:

- 1) Que se trate de cosas muebles que pertenezcan a diferentes dueños;
- 2) Que después de tener efecto la unión, las cosas pue-

dan separarse y subsistir después de separadas; es decir, que no pierdan por la unión la individualidad;

3) Que no existe conocimiento por una de las partes, ni tampoco mala fe por la otra.

Definición de la djunción.

Para establecer quien se hará propietario de la cosa así formada se aplican las reglas al principio comentadas, de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ésto lo establece el Art. 639c. que dice:

"En los casos de adjunción, no habiendo conocimiento del hecho por una parte ni mala fe por la otra, el dominio de lo accesorio accede al dominio de lo principal, con el gravámen de pagar al dueño de la parte accesorias su valor".

Para establecer que cosa se considera como principal es que entran en juego los criterios que se establecieron, a saber: de la estimación del valor de afección, la que no sirve de uso, ornato o complemento de la otra cosa, la de más volumen, llegando en último término; pero siempre con el propósito de establecer cual de las cosas es la principal se llega hasta el fallo judicial, basados en razones de buen sentido y razón natural.

Especificación.

Es aquella clase de accesión de bien mueble a bien mueble que se verifica cuando de la materia perteneciente a una persona, otra hace alguna obra, o artefacto cualquiera; como si de uvas se hiciere vino; o de plata ajena, una copa; o de madera ajena, una nave.

El Art.643c. establece lo anterior y en él se ve que --- aquí también se necesita de dos personas, una que es dueña de los materiales y otra que es la que ejecuta el trabajo. No se unen ambos elementos, al menos así parece objetivamente, ya que el trabajo, si al caso deja sus efectos en la obra realizada, no se podría a --

----- primera vista considerar como cosa mueble.

Requisitos:

1) Que exista transformación de una materia ajena por -- obra del trabajo humano. 2) que no exista conocimiento por una de -- las partes, ni mala fe por la otra.

Para poder establecer a quien pertenece la especie elaborada se atiende al valor, ya sea de la cosa, como del trabajo, considerando que la hace suya el que más aporte ponga en la nueva especie; por supuesto que para que tenga efecto lo dicho se necesita que no exista conocimiento de parte de una de las partes, ni mala fe -- por la otra; por lo tanto cualquiera de los dos que la haga suya pagará el equivalente de lo aportado por la otra parte así: "si el -- precio de la hechura, es mayor que la materia que se emplee, como - cuando se pinta un lienzo, o se hace una escultura, dicha cosa pertenece al especificante, que es aquel que ejecute el trabajo, teniendo el dueño de la materia derecho a la indemnización de perjuicios."

El último inciso del Art.643c. de nuestro código establece una situación interesante que es la siguiente: cuando la mate---ria en que se ejecuta una obra es en parte ajena y en parte propia del que ejecutó o mandó ejecutar el trabajo que dió por resultado - la obra realizada, si además ambas cosas no se pueden separar sin - inconveniente, la cosa pertenecerá en común a prorrata de lo que se aporte, al uno por su parte en la materia y al otro a prorrata del valor de su parte de materia y del trabajo ejecutado.

c) Mezcla. La mezcla es la tercera clase de accesión de bien mueble a bien mueble y en ellas nos encontramos siempre entre varias cosas muebles que se ha unido perdiendo, al menos, siempre - que continúen unidas, su individualidad.

Se verifica cuando se juntan materias áridas o líquidas pertenecientes a diferentes dueños, de manera que no es posible su separación.

La mezcla nuestro código la trata en el Art.644c.

"Si se forma una cosa por mezcla de materias áridas o líquidas, pertenecientes a diferentes dueños, no habiendo conocimiento del hecho por una parte, ni mala fe por la otra, el dominio de la cosa pertenecerá a dichos dueños, proindiviso a prorrata del valor de la materia que a cada uno pertenezca; a menos que el valor perteneciente a uno de ellos fuera considerablemente superior, pues en tal caso el dueño de ella tendrá derecho para reclamar la cosa producida por la mezcla, pagando el precio de la materia restante".

Del contexto del Art. se podrían sacar los siguientes requisitos:

a) que se junten materias áridas o líquidas pertenecientes a diferentes dueños;

b) que no exista conocimiento del hecho por una de las partes, ni mala fe por la otra.

Se hace notar que lo subrayado del Art. no es accesión sino compraventa, al menos desde que las partes se han puesto de acuerdo sobre la cosa y el precio, y siendo así el modo de adquirir por el que obtiene la propiedad de la cosa será la tradición y no como se ha dicho la accesión; por lo demás podría el Art.644 en su parte primera ser un concepto de lo que es mezcla.

Con el objeto de establecer a quien pertenece la cosa que resulta, hay que decir que en la mezcla se aplican las reglas comunes a las demás clases de accesión de bien mueble a bien mueble. En nuestro código en los Art.645c. se establecen las reglas aplicables al caso y que los comentaristas Chilenos Arturo Alessandri y Manuel Somarriva Undurraga las llaman Derechos de "a) Restitución; b) Derecho a pedir la separación de la cosa; c) presunción del consentimiento, consecuencia, d) Efecto de mala fe de una de las partes".(1)

(1) Alessandri y Somarriva-Pags.316-317 No.5 al 564-Edic.1940 Derecho Civil Tomo 2o.

La primera regla establecida por nuestro código se refiere a que cuando el dueño de la cosa de que se ha hecho uso sin su conocimiento, tenga derecho a la propiedad de lo que resulte podrá pedir alternativamente, que se le restituya otra de la misma especie, calidad y cantidad o su valor en dinero.

La segunda que nuestro código establece y que corresponde a la que llaman los comentaristas antes mencionados Derecho de separación de la cosa, consiste en lo siguiente: si la cosa resultante no se puede reemplazar por otra igual ni separarse sin deterioro el dueño sin cuyo conocimiento se ha hecho la unión puede pedir la separación y entrega de la cosa a costa del que hizo uso de ella.

El objeto de esta regla es evitar abusos contra el derecho de propiedad.

La regla tercera comprendida por nuestro código en el Art.647c. se refiere a que siempre que se tenga conocimiento de lo que se realiza con su materia, se presume haberlo consentido y sólo tiene derecho a su valor, el Art.647c. al expresar que se presume haberlo consentido, no operará el modo de adquirir que estamos comentando; sino que en virtud de la presunción se considera como compra y operará por consiguiente el modo de adquirir denominado tradición.

La regla tercera comprendida en el Art.647c. establece que siempre que se tenga conocimiento del uso que se hace de su cosa, la ley presume que consiente y como consecuencia sólo tendrá derecho a su valor.

La última regla se refiere a la mala fe, ésta hace ver que cuando alguien mezcla una cosa, sin conocimiento del dueño y sin justa causa de error, perderá lo que le corresponde en la cosa resultante y pagará los perjuicios irrogados.

Si ya no sólo se procede sin consentimiento y sin justa

causa de error por la parte que verifica la accesión; dicho en otras palabras se procede a sabiendas, el culpable tendrá la responsabilidad criminal que le competa, la que tendría que ser de hurto, establecida en el código penal en su Art.469 No. 1. que dice:"los que con ánimo de lucrar para si o para un tercero, y sin violencia o intimación en las personas ni fuerza en las cosas, toman las cosas -- ajenas sin la voluntad de su dueño".

Esta regla se encuentra en el Art.648c. que en su último inciso establece que "si el valor de la obra excede notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en el precedente inciso; salvo que se haya procedido a sabiendas".

CAPITULO IV

25.- DE LA LEY.

Cualquiera podría decir que todos los modos de adquirir se podrían reducir a uno solo que es la ley; porque ella comprende todos los que en el curso de esta tesis se han enumerado, la ocupación, la accesión, la tradición, la prescripción, existen porque -- hay una ley que las establece, si no existiera esta ley, no podrían existir por sí.

Pero no es en este sentido que se habla de la ley como modo de adquirir; sino, por esto entendemos aquellas situaciones jurídicas, en las cuales puede encontrarse una persona y de la cual, le nace una determinada obligación a dicha persona, sin que para -- ello, haya influido para nada su propia voluntad.

A esta obligación así nacida se le llama: obligación legal u obligación nacida ex lege. En esta clase de obligación no se puede relacionar el nacimiento de la misma con un acto humano que le dé origen.

Es distinto por decirlo así, de las obligaciones nacidas del contrato o "solo consensu", de que hablaban los franceses; ya -- que aquí, nos encontramos ante la situación de un sujeto, el cual se

encuentra ligado por vínculo obligatorio, contra su voluntad o sin ella.

La ley a pesar de haber tenido un auge relativamente moderno especialmente en tiempos de la Revolución Francesa, su origen se remonta hasta el Derecho Romano; porque es de allí donde generalmente arranca nuestro conocimiento jurídico de la antigüedad, así Eugene Petit, comentarista Frances del Derecho Romano, nos dice que en Roma "Había adquisición lege cuando la propiedad era atribuida a una persona por el solo efecto de la ley. He aquí algunos ejemplos: a) si una cosa ha sido legada "per vindicationem", el legatario se hace propietario en virtud de la ley de las doce tablas, luego que había aceptado el heredero la sucesión; b) la Ley Papia Poppoea, atribuye de pleno derecho a ciertas personas que favorece y en su defecto al aerarium. Las partes caducas (caduca) es decir las liberalidades testamentarias de los cuales declara decaídas a ciertos herederos y algunos legatarios; c) Una constitución de Adriano atribuye la mitad del tesoro al propietario del fundo sobre el cual ha sido descubierto".(1)

¿Cuándo se decía en Roma que una cosa ha sido legada "per vindicationem"?

Una cosa ha sido legada "per vindicationem" cuando la elección de la cosa legada pertenece al legatario, poseedor de la acción "in rem",

Para que ésta forma de legar tuviere efecto se necesitaba que el patrimonio del testador, existieran varias cosas de la misma especie que la legada.

Esta especie de forma de legar, servía para solucionar la indeterminación de la cosa legada, mediante la elección del legatario, quien después de hacer la elección, adquiría la cosa en virtud de la "LEY".

(1) Eugene Petit-Pag.276-277.No.214. Edición 9a. (Francesa)

La Ley "Papia Poppoea" fue creada en favor de los patronos, aumentando sus derechos en la sucesión de un manumitido fallecido; el mismo fin tuvo, con relación a la patrona, a quien le --- asignó los mismos derechos que el patrono, exigiéndole a la primera como condición, el que tuviera un cierto número de hijos.

La razón de esta ley era, la de evitar el peligro de -- ser desplazados de la sucesión, cuando el manumitido haya muerto - un testado, dejando como heredero suyo a un hijo adoptivo o a una mujer in manu.

No era justo que se desplazara a los patronos de la herencia de un manumitido por personas que no se encontraban unidas por lazo de sangre con el fallecido.

Los patronos al desplazar de la sucesión al hijo adoptivo o a la mujer in manu del manumitido, en virtud de la ley Papia Poppoea, adquirirían los bienes de la sucesión, en virtud de "LA LEY".

El tercer caso que en el Derecho Romano se considera - que hay adquisición en virtud de la ley, es el caso, del tesoro que se vió detenidamente cuando se habló de la ocupación, el cual consistía en lo siguiente: cuando se descubre un tesoro, el caso general es que aparezcan en escena dos personas: el descubridor y el - propietario del terreno en que se encontró. Con respecto al primero, no hay problema, éste al descubrir adquiere por ocupación en - virtud de la aprehensión material de la cosa (tesoro); pero, en -- cuanto al segundo, los romanos novían un caso de ocupación; ya -- que, no interviene la aprehensión, ni tampoco el descubrimiento, - lo único que le dá derecho a la mitad del tesoro encontrado es el tener la suerte de ser el dueño del terreno en que se encontró; en este caso la solución está, en ver aquí otro caso de adquisición - en virtud de "LA LEY" así fue considerado por los Romanos.

26.- Modernamente se dice que la característica de la ley como modo de adquirir es que tiene un carácter negativo manifestándose por "la no contractualidad", la obligación legal nace de diferente forma que el contrato, en el que impera la voluntariedad; aquí en cambio la obligación nace independientemente de la voluntad y aún, puede nacer en contra de la misma o sin ella, sencillamente.

No hay que buscar el origen de la obligación legal en un acto humano proveniente del sujeto en que recaerá la obligación; sino más bien debe buscarse, en aquellas circunstancias en que el ordenamiento jurídico, por exigencias de orden público, de orden social o porque se verifican presupuestos tales, que exigen que se le imponga al sujeto una determinada obligación, sin tomar en cuenta para nada su voluntad.

Al hablar de adquisición por medio de la Ley, estamos en presencia de una situación en la cual la obligación nace exclusivamente de la ley, es ésta su fuente directa.

En nuestra legislación civil, se reconocen de modo expreso como únicos modos de adquirir: la ocupación, la accesión, la tradición y la prescripción.

Antes de 1902, se consideraba también como modo de adquirir la sucesión por causa de muerte, actualmente ésta ya no se considera como tal; sino que, como título, efectuando la tradición de la herencia por Ministerio de Ley a los herederos en el momento en que es aceptada.

Con respecto a la ley como modo de adquirir o fuente de ciertas obligaciones es de mucha importancia en los tiempos modernos en que se tiene un concepto avanzado de la propiedad; ya que se reconoce ésta en función social y es ésta concepción la que ha dado fundamento a una de las formas más importantes de adquisición por efecto de la ley, la expropiación que posteriormente se

esbozará.

Conviene aclarar --- que la ley como modo de adquirir, el legislador chileno se olvidó enumerarla en capítulo expreso; - razón por la cual, cuando nuestros legisladores copiaron nuestro código del chileno también la pasaron por alto, ésta es la razón de que no aparezca tampoco entre nosotros en capítulo expreso; pero esto no quiere decir que se desconozca su existencia; sino que, como se dijo, simplemente no se enumeró; lo cual se comprueba al - existir dentro de nuestro marco legislativo numerosos casos en que se admite a la "ley" como modo de adquirir o fuente de las obligaciones, unos pertenecientes al derecho privado y otros al derecho público.

El hecho de admitir a la ley como modo de adquirir, no es una práctica unánime de todos los comentaristas, criticándose -- por algunos, el hecho de que existan obligaciones que tengan su -- origen en ella, expresándose que la ley no es la causa, (origen); sino la ocasión de ella.

Pero como se notará esta observación se podría hacer -- extensiva no sólo a las obligaciones nacidas de la ley o no contra - tuales; sino también a todas aquellas obligaciones que tengan origen en el contrato, basado éste en la voluntad de las partes. Hacer eco de estas observaciones, llevaría en absoluto a eliminar el con - cepto mismo de fuente de la obligación y además quedaría sin res - puesta, el saber, cual sería la causa o fuente; ya que la ley al - ser la ocasión y no la causa, no se podría explicar el porque la - persona queda obligada.

En cambio en la legislación Francesa, la ley se admite como modo de adquirir; pero, se le da un enfoque diferente. En esta legislación, la accesión y la adquisición por la posesión, (usu - capion-prescripción) son formas de adquisición por "Ley".

Es esta la razón, de porqué; los comentaristas France-

ses, Colin y Capitan citan la accesión y la adquisición por la posesión, como formas de adquisición en virtud de la ley.

Al referirnos a la legislación Francesa, en cuanto a la forma de apreciar los modos de adquirir, en especial, la ocupación y la accesión, se mencionaron algunos casos en los cuales, la adquisición del derecho de dominio se efectúa, en virtud de la ley, esos casos fueron; la adquisición de frutos por los usufructuarios legales y la conseción de una parte del tesoro (cincuenta por ciento) al propietario del suelo por el solo hecho de encontrarse el tesoro en el terreno de su propiedad; también se citaba el caso de conceder los mostrencos al propietario del suelo en que se encontraren; esto, sin embargo, cuando en los casos antes dichos no se vea en ellos un caso de ocupación.

La legislación Francesa se aparta bruscamente de la --- nuestra al admitir que mediante la accesión y la adquisición por la posesión o prescripción, se adquiere el derecho de dominio en virtud de la ley; en cambio, entre nosotros, ambos modos de adquirir son autónomos y se adquiere en virtud de ellos mismos, independiente de la ley; es decir, se adquiere por accesión, se adquiere por prescripción y se adquiere por "ley".

Biagio Bruggi, comentarista Italiano admite que en Italia se reconoce a la ley como modo de adquirir (como fuente de las obligaciones); comenta que ésta, por lo general, es fuente mediata de las obligaciones, cuando éstas nacen de los contratos, delitos, cuasi delitos y cuasi contratos; pero existen otros casos en que la ley, es fuente "inmediata" de las mismas. Así: "cuando decimos, que hay obligaciones que nacen por "ley" de las relaciones de vecindad, matrimonio, tutela, pensamos en realidad en el efecto de ciertas instituciones, admitidas en la ordenación jurídica Italiana; por lo tanto, cuando vemos obligaciones que no derivan de contratos, cuasicontratos o que no constituan un hecho ilícito, esta-

mos autorizados en el sistema del Código Civil, a darles la "ley" como fuente, derivan de los principios generales del Derecho, como la obligación de restitución, enriquecimiento indebido o bien procedan de coacción judicial o estén regidas en más o menos por normas de jurisprudencia y consuetudinarias".(1)

27.- Una enumeración, aunque no taxativa, de los casos de la esfera privada en los cuales se adquiere en virtud de la ley, podría ser:

- a) La obligación puesta a cargo del poseedor de cosa -- ajena, en relación a los frutos;
- b) La que nace de la relación de vecindad;
- c) La que nace de comunidad del derecho de propiedad;
- d) Los que nacen del ejercicio de la patria potestad, de la tutela, de la curatela especial;
- e) La que nace en materia de alimentos, debidos entre parientes o afines;
- f) La que nace de la adquisición de servidumbre coactiva;
- g) Los que nacen del deber de cumplimiento de la obligación;
- h) La que nace de la subrogación legal en el crédito;
- m) Finalmente todos aquellos, que aún trayendo ocasión de un contrato singular, son obligaciones legales, - puesto que se concretan en deberes que directamente impone la ley, al determinado contratante (por ejemplo: la obligación de responder de la evicción en la venta.)

Como al principio expresamos, estos ejemplos de obligaciones adquiridas en virtud de la ley, pertenecen a la esfera privada, y no son todos los que se encuentran esparcidos en nuestra legislación; sino que, bien pueden existir otros.

Una enumeración "no taxativa" con relación a los casos de adquisición en virtud de la ley, pertenecientes al derecho público, mencionaremos los siguientes: a) las obligaciones tributarias, las cuales se pagan en virtud de existir una ley o decreto que les da nacimiento y de la cual se deriva su efecto coactivo conque se

(1)Biagio Bruggi-Pag.316-318-edición 4a.

exigen. Una de estas clases son los impuestos y las tasas.

b) La obligación de pagar el Seguro Social, a ella se aplica en su caso, lo expresado en el numeral anterior;

c) La expropiación Forzosa.

Por la extraordinaria importancia que tomará en estos tiempos la expropiación se hará un esbozo de ella, así: expropiación, proviene de las voces latinas "ex", que significa: a, fuera, salir fuera, sacar hacia fuera y "propietas", que equivale a propiedad.

Ambas voces unidas significan "salir de la propiedad -- privada".

García Oviedo, la define así:

"Acto de Derecho Público, mediante el cual, la administración o un particular, subrogado en sus derechos, adquiere la -- propiedad de un bien ajeno, mediante la indemnización correspondiente".(1)

El Dr. Max Patricio Brannon, la define así: "Procedi- -- miento de Derecho Público en virtud del cual, el Estado, la empresa Municipal o el particular subrogado en sus derechos adquiere, -- contra la voluntad del propietario, el dominio de un bien privado para adscribirlo a fines de interés público, mediante una justa in -- demnización".(2)

La expropiación, como se dijo, será en los tiempos venideros la figura más importante por medio de la cual se adquiere un determinado bien, en virtud de la ley; pero, no obstante exist-- ten dos corrientes:

a) Una que niega que ésta sea un modo de adquirir, y

b) Otra que sí considera la expropiación como un modo -- de adquirir.

(1) Carlos García Oviedo. Derecho Administrativo-Tomo I año 1962-pág. 620.

(2) Max Patricio Brannon. Pag. 744-"Expropiación pública, necesidad de una Ley sobre la Materia. Ponencia de la la. Convención de Abogados, celebrada en S.S. marzo de 1957.

Para llegar a esta conclusión, la primera de las corrientes expresa: Que el estado no tiene sobre los bienes del dominio público un derecho de propiedad sino sólo, ejercita sobre ellos una acción de poder público, mediante la cual ejerce una función de vigilancia y policía.

Para concluir así, se basan en que las características de la propiedad, como la establece el código civil, no se dá en el caso de la expropiación de un bien por parte del Estado. Los que sustentan ésta forma de pensar, no están de acuerdo en que sea un modo de adquirir el dominio de las cosas; porque, los bienes expropiados, si bien los toma el Estado, no los adquiere para sí; sino los adquiere para fines de utilidad pública o social y pertenecen por lo consiguiente al público.

A los que piensan así, se les podría objetar lo siguiente: es cierto que el Estado destina los bienes expropiados a fines de utilidad social o pública; pero esto no quiere decir que, no se adquieren por el Estado, éste los adquiere; aunque los destine a los finalidades expresadas. El público por si no hubiera podido expropiar ni adquirir dichos bienes; por ellos, lo hace el Estado, quien puede, para tal efecto, hacer uso de su fuerza coactiva si fuere necesario.

b) La segunda corriente doctrinaria expresa que:

El Estado tiene un verdadero derecho de propiedad sobre las pertenencias de dominio público, aunque éste derecho, no tenga todas las características de la propiedad civil que conocemos y que se encuentra en el código civil; es de advertir que en la historia de los pueblos, no es ésta la única forma de propiedad que se ha conocido.

Así pues, la propiedad que tiene el Estado sobre tales bienes, es una propiedad pública o administrativa.

Gabino Fraga refuerza su modo de pensar con dos argu-

mentos que son:

"a) que la prohibición que implica la inalienabilidad - que para estos bienes establece la ley, solo se explica en tanto - que exista una propiedad y un propietario o quien se dirija la prohibición, y

b) que al establecerse que los bienes de dominio público una vez cesa su especial destino pueden ser enajenados, se está indicando claramente que existe un propietario de ellos, pues de - otro modo no podría hablarse de esa posibilidad de enajenar".(1)

Entonces, si el Estado tiene sobre los bienes de domi- nio público, un derecho de propiedad pública o administrativa, al incorporar a su patrimonio mediante la expropiación bienes de dere- cho privado, para destinarlos a satisfacer necesidades públicas o sociales, será un modo de adquirir.

Esta última opinión, comparte nuestra legislación, aun- que en parte; ya que, se está de acuerdo, en que el Estado median- te la expropiación adquiere, para sí ciertos bienes, con el fin de adscribirlos a satisfacer necesidades de utilidad pública o social; pero de aquí, no se concluye, que por ese hecho, la expropiación - sea un modo de adquirir, además de los ya señalados en el código - civil nuestro. Entre nosotros se considera a la expropiación, como uno de los casos en que se adquiere por intermedio de la ley; es - decir, la ley es el modo; porque, entre nosotros aunque no esté -- enumerado expresamente, se admite, y la expropiación, al igual que los impuestos y las tasas, son únicamente ejemplos de casos en los cuales se adquiere en virtud de la ley.

Nosotros vivimos bajo un régimen capitalista y como tal, reconocemos la existencia de la propiedad privada.

La expropiación, como acto de derecho público, por par- te del Estado, también es propia de regímenes capitalistas; ya que

(1) Estudios Jurídicos-Universidad de Panamá 1960-pag.29 citado por Arroyo C. Dulio.

ésta es una limitación al derecho de dominio privado. En estas clases de regímenes, se desprende que al reconocer la existencia de la propiedad privada, solamente podemos concebir la expropiación, mediante una justa indemnización; de tal manera que, el dueño del bien expropiado, no quede más pobre ni menos pobre, que antes de ejecitarse por parte del Estado el mencionado acto de derecho público.

La expropiación se encuentra reglamentada en nuestra -- Carta Magna, en su Art. 138 - que dice así:

"La expropiación procederá por causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados y previa una justa indemnización. Cuando la expropiación sea motivada por necesidades provenientes de guerra o de calamidad pública, y cuando tenga por objeto el aprovisionamiento de aguas o de energía eléctrica o la construcción de viviendas o de carreteras, la indemnización podrá no ser previa.

Cuando lo justifique el monto de la indemnización que deba reconocerse por los bienes expropiados de acuerdo con el inciso anterior, el pago podrá hacerse a plazos, los cuales no excederán en conjunto de veinte años.

Se podrá nacionalizar, sin indemnización, las entidades que hayan sido creadas con fondos públicos.

Se prohíbe la confiscación, ya sea como pena o en cualquier otro concepto. Las autoridades que contravengan este precepto responderán en todo tiempo con sus personas y bienes del daño inferido. Los bienes confiscados son imprescriptibles".

De este artículo se desprende, que para que tenga efecto la expropiación es menester que, el fin que la lleve sea el de satisfacer una causa de utilidad pública o de interés social, legalmente comprobados, debiendo precederla, por regla general, una justa indemnización.

¿Qué se entiende por utilidad pública? Por ella entendemos, todos aquellos actos que redundan en bien del desarrollo y prosperidad de un pueblo.

Y por interés social entendemos; - aquella exigencia de las clases desposeídas con el fin de elevar su nivel de vida y como motor para acelerar el desarrollo económico y social de los pueblos.

Aparentemente los significados de utilidad pública e interés social son términos sinónimos; pero no es así, la primera se caracteriza porque generalmente le suele preceder la construcción de una obra pública; en la cual, se pueden explotar servicios públicos; en la segunda, no tiene lugar la construcción de una obra pública.

Pudiéndose decir que en la primera, el resultado de la expropiación se nota inmediatamente; en la segunda se nota mediatamente, a través de las ventajas de la misma.

Asimismo, el Art. en mención pone como requisito esencial de la expropiación la justa indemnización que le precede; pero, no obstante existe un caso, en el cual puede no haber indemnización, y es: cuando se nacionaliza un bien, que ha sido creado con fondos públicos.

Pero, para poder llegar al concepto de expropiación y plasmarlo en nuestra Carta Magna, se ha tenido también que aceptar, una serie de principios que nos conduzcan a ella, es así como, entre nosotros se acepta que el interés general priva sobre el interés particular y de tal aseveración también hay principio constitucional expresado en el Art. 220 parte final del segundo inciso, -- que expresa: que "El interés público primará sobre el interés privado."

Otro Art. constitucional, que es base de la expropiación y a la vez está íntimamente relacionado con el anterior, es el Art.

137 de la constitución, que en su inciso primero expresa que: "se reconoce y garantiza la propiedad privada en función social".

Se desprende de éste precepto constitucional, que el -- concepto primitivo de propiedad privada, que se conoció en Roma y que después nos heredaron, ha caído actualmente en desuso entre no nosotros; porque siguiendo el principio de que el interés público -- prevalecerá sobre el interés privado, admitimos la existencia de -- la propiedad privada en función social.

En lo dicho hasta ahora se ha concebido la expropiación alrededor de los bienes inmuebles; pero, no es obstáculo para que se aplique en igual forma al tratarse de bienes muebles o bienes -- inmateriales o derechos.

TITULO II

CAPITULO I

28.- DE LA TRADICION.

Según el derecho Romano clásico, la tradición está cata logada como el más importante de los modos de adquirir del derecho de gentes o derecho natural, a diferencia de la ocupación que es -- un modo de adquirir originario, por medio del cual se adquieren co sas que no pertenecen a nadie (res nullius) bastando con la apre- hensión material de ellas para convertirse en propietario; la tradi- ción en cambio es un modo de adquirir derivativo y sucede lo con- trario, se está en presencia no de una persona como el caso ante- rior; sino de dos personas (tradens y accipiens) y la cosa que se adquiere no es res nullius, como el caso antes mencionado; sino -- que, tiene un propietario, estas dos personas son conocidas con -- los nombres de tradens y accipiens, el primero es el que entrega, el segundo es el que recibe; pero, para que la tradición sea váli- da no basta con la entrega de la cosa, hace falta la voluntad de -- transferir por parte del tradens y la voluntad de adquirir por par te del accipiens, la susodicha cosa.

29.- ELEMENTOS DE LA TRADICION.

Los elementos de la tradición son dos: a) la intención de enajenar y de adquirir y b) la remoción de la posesión. El primero es el elemento esencial, de hecho cuando se verifica la tradición, se hace obedeciendo a una intención que se tenía en mente -- con anterioridad, con ella, se convierte en realidad material una finalidad que ya se tenía, con ello se verifica una operación que se tenga en mente; es decir, tal vez un pago, una donación, etc., etc., éste será el fin verdadero de la tradición, fin que hasta entonces se encontraba oculto y que, mediante la tradición tiene realidad material, esto llevó a los romanos a decir que era "la causa de la tradición" la justa causa tradionis".(1)

De lo dicho se pudiere creer que en Roma era necesario la existencia de una causa para que valiera la tradición; pero no era así, lo importante de este modo de adquirir era la intención de enajenar y de adquirir, lo cual no podía faltar; pero sí, podía existir tradición aunque la causa fuera falsa, imaginaria o ilícita. En cambio la causa justa, no es más que el hecho que prueba -- que existió voluntad de enajenar y de adquirir, siendo lo que diferencia a la tradición traslativa de propiedad de la "nuda tradicio". (2)

Existiendo la voluntad de enajenar y de adquirir, habrá tradición, así y no existe causa o ésta sea ilícita o inmoral, el accipiens se hará propietario de la cosa no obstante lo anterior, caso que le toque restituir, será suficiente una acción personal; pero, respetando los derechos de terceros sobre la cosa, caso hubieren contratado con el accipiens, devuelta la cosa, la relación de los terceros ya no será con el accipiens; sino con el tradens, en virtud de respetarse sus derechos no obstante su devolución.

(1) Eugene Petit-Pag.247 No.174.(1) Trad. de 9a. Edición Francesa Curso Elemental de Derecho Romano.

(2) Eugene Petit-Pag.248-2o.párrafo letra c) No.175-D.Romano 9a.E.

Para que se perfeccione la tradición además de la voluntad de enajenar y de adquirir, existe otro elemento que ya mencionamos: la remoción de la posesión; es decir no basta con la simple intención, hay que demostrar esta intención con hechos exteriores y el mejor de esos hechos será la entrega de la cosa al accipiens, esto es lo que se llama la remoción de la posesión, en la tradición es necesario la posesión de la cosa que se transfiere, como una señal exterior de la intención que se ha tenido en mente, es por esta razón que la tradición sólo opera en relación a las cosas corporales por ser las únicas susceptibles de ser poseídas.

30.- Efectos de la tradición en Roma.

Las cosas susceptibles de propiedad en la ley de las doce tablas podían ser Mancipi y nec mancipi, según puedan o no ser adquiridas por la Mancipación, esta división predominó aún en el derecho clásico desapareciendo por completo en tiempos de Justiniano. "Ulpiano nos da la enumeración de las cosas mancipi. Estas eran: a) los fundos de tierra y las casas situadas en Italia ----- y en las regiones investidas del jus italicum; b) las servidumbres rurales sobre los mismos fundos; c) los esclavos; d) las bestias de carga y de tiro, es decir, los bueyes, caballos, mulas y asnos, aunque no los elefantes y los camellos que desconocían los romanos en la época de la determinación de las cosas mancipi. Los otros animales tales como los corderos, las cabras y todas las demás cosas, hasta el dinero y las joyas son "res nec mancipi".(1)

La razón de esta división era que por esos tiempos Roma era un Estado Agrícola, por tanto la división de estas cosas se hacía según su importancia o no, para la agricultura; así pues, las cosas mancipi, eran las que se relacionaban con esta actividad, -- por tal razón en vista de su importancia, su transferencia debía revestir formas solemnes, como las de la mancipación, en cambio las

(1) Eugene Petit. 2o. párrafo de No. 141-Pag. 169-edición 9a. (Francesa)

cosas res nec Mancipi se realizaba por simple tradición.

En aquel entonces la propiedad de las cosas Mancipi, -- únicamente se podían transferir por modos del derecho civil como la "Mancipacio", la "in jure cesio"; pero no por tradición, no obstante esto, si con la intención de transferir la propiedad de una cosa Mancipi se hacía tradición de ella, el tercero no adquiriría la propiedad de la cosa y para lograrlo tenía que esperar cumplir el tiempo de la Usucapion para adquirir tal derecho por medio de ella. Ya en tiempos de Justiniano no existía la división de estas cosas Mancipi y nec Mancipi, su división no hubiera tenido ya razón de ser, por consiguiente, por medio de la tradición se podía adquirir la propiedad de cualquier cosa que fuera.

En la tradición al ser el elemento de la voluntad de -- las partes el más importante, éstos la pueden llevar a efecto; ya sea, pura y simple o subordinada a una condición, en este último caso, aunque la entrega de la cosa se haya hecho antes, la propiedad, no se adquirirá sino hasta la realización o no realización de la condición.

Si se pone la realización de un hecho como condición de terminante de la transferencia del dominio y la cosa ya fue entregada al accipiens, sucede que, si no se realiza la condición, el tradens quedará definitivamente propietario y si se realiza, el -- accipiens adquirirá la propiedad de la cosa desde el día de la tradición.

En este caso se extinguen los derechos con que el tradens gravó la cosa, mientras se esperaba la realización de la condición, saliendo en esto perjudicados los terceros.

Las reglas de la tradición se aplicaban en igual forma en el contrato de venta, así, el que vende una cosa se encuentra en la obligación de transferir la propiedad de ella, en cambio al otro le nacerá la obligación de pagar el precio establecido de an-

temano. Si el vendedor de una cosa, verifica la tradición de ella - hay que distinguir dos situaciones diferentes, según se tenga o no confianza en el comprador, se puede o no transferir la propiedad - de la cosa inmediatamente o hasta el momento en que el comprador - pague el precio de ellas; así pues, pueden suceder dos casos a sa- ber: a) si la venta es al contado y se hace tradición de la cosa - al comprador, el vendedor hasta el momento de la entrega del pre- cio sigue propietario de la cosa, si el precio no es pagado segui- rá el tradens propietario, pudiendo ejercitar la reivindicación pa- ra recuperarla en cualquier mano en que se encuentre.

En este caso pues la transferencia de la propiedad se - realiza, desde el momento en que se paga el precio por el compra- dor. En cambio la solución no es igual en el caso que el vendedor- tenga entera confianza en el comprador, lo cual se puede estable- cer por medio de una cláusula en el contrato celebrado a que el -- vendedor en base a la confianza le haya señalado un plazo para el -- pago; en este caso la tradición surte efecto en seguida y el com- prador se hace propietario desde el día de la venta.

En Roma existía también, la tradición a persona incier- ta, llamada "tradición incertae personae" (1), son aquellos casos en que el tradens no sabe quien adquirirá la cosa.

Esta situación se ve claro en dos casos: a) la figura llamada por los romanos "missilia"(2); en la cual el Cónsul (tra- dens) arrojaba monedas a la gentes. El tradens tenía intención de transferir la propiedad de la cosa y el que la recoge con la inten- ción de adquirirla se hace propietario de ellas; y b) si alguien - abandona una cosa con intención de deshacerse de ellas, el que así la toma se hace propietario. En este caso se discute si el que se apropia de ellas, se hace propietario por tradición o por ocupa- -

(1) Petit-Pag.251-No.181 inc.lo.) C.E.de D.Romano 9a. Edic.Francesa.
(2) Petit-Pag.251-No.1 del No.181-C.E.de D.Romano 9a. Edic.Francesa.

ción. Según los mayoría de jurisconsultos se adquiere por ocupación; ya que desde que se abandonó la cosa con intención de desprenderse de ellas abdicando su propiedad, se convierten dichas cosas en res nullius.

Pero otros dicen, que si se deja así una cosa no se deja de ser propietario hasta que otro se apodere de ellas, razón -- por la cual no hay un momento en que esas cosas sean "res nullius".

Pero los derechos que gravan la cosa no se extinguen -- por el abandono en perjuicio de terceros, lo que hace inclinarse a la idea de tradición.

Es por eso que expresa Eugene Petit: "se puede decir, - en suma, que éste es un caso en que la tradición y la ocupación se mezclan y concurren al resultado".(1)

31.- ¿QUE ES LA TRADICION?

Se podría decir que la tradición es "un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte, la facultad o intención de transferir el dominio y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo".

Así es como nuestro código considera a la tradición en el Art. 651c. en su inciso primero, agregando en su inciso segundo: "Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales".

En Derecho Civil, tradición es tanto como entrega; pero no cualquier entrega; sino aquella que se propone transmitir la propiedad directamente o a través de la justa posesión, y en algunos casos de una tenencia jurídicamente estructurada.

Clemente de Diego define la tradición así: "Un modo de adquirir el dominio, derivativo y singular, consistente en la transmisión de la posesión de la cosa de una persona a otra, ambas capa

(1) Eugene Petit. Final de No.2 del No.181-Pag.251-Edición 9a.

ces, con el intento en ambas de que la última se haga propietaria". (1)

Es condición "sine que non", para que la tradición opere como modo de adquirir, que el tradente o sea la persona que transfiera la cosa sea verdadero propietario de ella; porque si no lo es, la tradición no será un modo de adquirir, aunque sí servirá de justo título para que quien adquiriera, logre hacerse propietario -- por medio de la prescripción, en virtud del justo título proporcionado por la tradición.

El tradens además de tener que ser dueño de la cosa o derecho que trasmite, debe tener capacidad de enajenar, el accipiens debe tener capacidad para recibir.

Ambos deben tener voluntad de transmitir o entregar y de adquirir o recibir respectivamente.

El objeto o la cosa o elemento real de la tradición, debe de estar en el comercio; si no lo está, al adquirirse la propiedad de ésta, no se hará por tradición; sine por ocupación, es extensiva a aquellas cosas que no obstante haber estado en el comercio, fueron propiedad de alguien; pero, posteriormente fueron abandonadas por dueño con intención de desprenderse de ellas, al suceder esto como no hubo voluntad de transferir ni transferencia alguna las cosas se adquieren por ocupación y no por tradición.

"Como elemento formal se señala la efectividad de la entrega que en las cosas muebles suele ser la transmisión de mano a mano; en los inmuebles la autorización o el consentimiento para entrar en ellas y permanecer o utilizarlas de acuerdo con su naturaleza; y en los derechos al posibilitar su ejercicio con prueba casi siempre documental.

No obstante existen especies de tradición en que no hay esa entrega material o similar. La primera integra la tradición --

(1) Diccionario de Derecho Usual G. Cabanellas - Pag. 743 - Tomo 3o.

real; las otras la tradición fingida, en las especies de simbólica "brevi manu", "longa manu" por "constituto posesorio" y por "ministerio de la Ley" que se desenvuelven en sus respectivas voces".(1)

Entre nosotros la tradición es un modo de adquirir y el más importante de ellos, sirve la tradición no sólo para adquirir el derecho de dominio; sino también para adquirir y transmitir todos los derechos ya sean éstos reales o personales, excepto naturalmente los derechos personalísimos.

La tradición es a la vez el modo de adquirir más frecuente entre nosotros, ya que la compraventa es el contrato que en la práctica más se realiza y la tradición siempre acompaña a ésta para la adquisición del dominio.

32.- REQUISITOS DE LA TRADICION:

- a) Presencia de dos personas: una que transfiere y otra que adquiere.
- b) Consentimiento de estas dos personas.
- c) Existencia de un título traslativo de dominio.
- d) Entrega de la cosa.(2)

La tradición como se notará con lo que hasta ahora se ha comentado, se diferencia grandemente de la ocupación y de la accesión; ya que en ella se necesita forzosamente de dos personas, una que transfiere y deriva su derecho a otra que adquiere, en cambio en la ocupación y en la accesión, sólo interviene una persona no hay transferencia alguna como en la tradición, además en la tradición, la voluntad juega un papel predominante, no así en los otros modos de adquirir mencionados en los que precisamente se originan en la ausencia de voluntad en el acceso, etc.etc.

Nuestra legislación en sus Arts. 653 y 654 C. ambos en sus primeros incisos expresan el primero: "Para que la tradición sea válida debe ser hecha voluntariamente por el tradente o por su

(1) Diccionario de Derecho Usual-Cabanellas-Pag. 743.

(2) A. Alessandri-Pag. 324-Edición de 1940. Tomo 2o.

representante" y el segundo expresa: "La tradición para que sea válida, requiere también el consentimiento del adquirente o de su representante".

33.- LAS CARACTERISTICAS DE LA TRADICION.

1) Es un modo de adquirir derivativo. El que se convierte en dueño, en virtud de ella, lo es porque otra persona se lo ha transferido, hubo voluntad, intención de transferir y de adquirir.

2) No sólo sirve para adquirir el dominio; sino todos los derechos reales y personales, con la excepción de los derechos personalísimos.

3) Es un modo de adquirir a título singular, con la excepción de la tradición del derecho de herencia que es a título universal.

4) Puede ser a título gratuito o a título oneroso. Dependiendo esto, del antecedente de la tradición, si es una donación será a título gratuito; pero si es una compraventa será a título oneroso.

5) Es un modo de adquirir que opera entre vivos.

6) La tradición es una convención, por medio de ella se extinguen las obligaciones que pudieran existir; no es un contrato, porque por éste, se crean obligaciones, no se extinguen; en cambio se le aplica bien el vocablo de convención por ser éste más amplio.

Lo dicho de la tradición no es considerado como bueno unánimemente por las demás legislaciones, así, podemos ver que el Derecho Francés declara suficiente el contrato, el acuerdo de voluntades para adquirir y transferir el dominio.

Desde el momento en que el vendedor y el comprador se ponen de acuerdo en la cosa y el precio, ya el comprador es dueño de la cosa comprada. En cambio entre nosotros por el solo contrato sólo nos nacen derechos personales y para que se transfiera el dominio se requiere la presencia de un modo de adquirir como la tra-

dición.

La Legislación Francesa y la Mexicana, al seguir la tesis contractualista y reconocerle al contrato los alcances suficientes, para adquirir y transferir el dominio, desechan el carácter indispensable de la tradición para tales efectos. Parece ser que tienen razón en ello; ya que, la tradición más se conserva por historia y por tener cierto temor de cambiar algo que ha permanecido incólume desde los tiempos de Roma; pero la verdad es que imperando la libertad de contratación, al libre juego de la voluntad se le puede dar el alcance que se quiere, toda vez que no se contraría la ley y por consiguiente no habría dificultad para que por medio del contrato se pudiera transferir y adquirir el dominio.

Creo bien traer a cuentas un párrafo de De Diego y --- otro de Rafael Rojina Villegas, dice el primero refiriéndose a la tradición. La tradición en lo que tiene de más esencial, ha sido -- una institución común a todos los pueblos antiguos. "En ellos, como dice De Diego, no bastaba el consentimiento de las partes para transmitir y hacer adquirir el dominio; la transmisión era de la cosa misma sobre que recaía, y ella arrastraba, por decirlo así, al derecho que sobre ella se ostentaba; es el formalismo que encaja -- en el materialismo primitivo, en la psicología infantil de los pueblos que no han alcanzado un alto grado de cultura".(1)

Manifiesta Rafael Rojina Villegas: "Modernamente, el -- principio de la tradición ha tenido que luchar con dos distintos -- factores que le han restado mucha importancia: de una parte, el -- principio de la transmisión por el solo consentimiento, aceptado -- por el Código Francés y otras legislaciones que han seguido su --- ejemplo; de otra, la institución del Registro de la Propiedad, que al establecer un sistema de publicidad mucho más perfecto que el -- de la tradición, ha hecho perder a ésta su razón de ser".(2)

(1) Citado por R. Rojina Villegas. Pag. 315-10. Párr. de letra peq. V-3-1 D.C. Mexicano.

(2) R.R. Villegas. Pag. 315-párrf. 4o. de letra peq. V-3-1-D.C. Mexicano.

La Legislación Mexicana se puede decir que sigue el surco trazado por la Legislación Francesa.

34.- INTENCION DE TRANSFERIR.

Ahora bien, la tradición entre nosotros vista materialmente, es una entrega que hace una persona a otra de una cosa; pero además de esto acompaña a la tradición una intención suficiente para que por medio de ella se transfiera por parte del tradens y se adquiera por el accipiens o adquirente.

¿Cómo se prueba que existe esta intención? Por la existencia de un título traslativo de dominio, así, si hubo una compraventa, se deduce que hubo tradición. Si esta intención de que hablo no existiera, la tradición se confundiría con una simple entrega.

Nosotros en cambio admitimos que del contrato no nos nace más que derechos personales para exigir de la otra parte el cumplimiento de lo pactado; pero es necesario de la tradición, para la transferencia del dominio, es decir si no hubo tradición, sino sólo el contrato, no adquiriremos el dominio de la cosa, sino sólo tendremos derechos personales para exigir de la otra parte la ---- transferencia, en cambio como se ve salta la diferencia con la legislación francesa y Mexicana, en las que basta el contrato, basta el sólo acuerdo de voluntades acerca de la cosa y el precio, para que haya transferencia del dominio sin otro requisito más.

Admitida entre nosotros la tradición, es menester aclarar que para que se dé ésta, es necesario la concurrencia de voluntades de parte de quien transfiere y de quien adquiere; pero nuestra ley admite que una de estas voluntades puede faltar al menos - en el momento de efectuarse la tradición; pero eso sí, para que la tradición tenga validez, es necesario que la parte que en principio no prestó su consentimiento la ratifique retroactivamente asintiendo, es decir prestando también su voluntad, de tal manera, que

en definitiva tienen siempre que existir las dos voluntades; ya sea, que se preste en el momento mismo de efectuarse la tradición o posteriormente, la ratifique retroactivamente asintiendo en ella.

Así lo establece el Art. 653 en su segundo inciso: "Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño".

La tradición puede llevarse a efecto sin que intervengan directamente ni el tradente ni el adquirente; sino que interviniendo solamente los representantes de ambos; ya que, en nuestra legislación todo lo que se puede hacer personalmente se puede también hacer por medio de representantes, hecha la tradición de esta manera, surte sus efectos en sus representados, como que si por ellos hubiera sido hecha, por supuesto, que para que la tradición sea válida es menester que el representante obre dentro de los límites del mandato, límite impuestos por la persona representada y otros por la ley misma.

Al hablar de la representación, hay que hacer notar que existe una especie de representación especial, es el caso de las ventas forzadas en las que el Juez representa al deudor aunque sólo sea en el momento de firmar la escritura para proceder a la entrega de la cosa; pero dichos casos han sido objeto de críticas diciéndose que en ellos falta la voluntad del deudor y al faltar ésta no se explicaría como pudiera existir la tradición; ya que ésta exige la concurrencia de ambas voluntades, la del acreedor y la del deudor, lo cierto es, que en este caso la voluntad del Juez suplente la del deudor, existiendo por lo tanto el consentimiento mutuo que se exige.

El consentimiento en la tradición gira atendiendo:

a) La cosa objeto de la tradición;

b) El título,

c) La persona a quien se efectúa.

El consentimiento de las partes debe estar exento de vicios, si existen éstos se anula la tradición, aplicándose en lo referente las reglas generales.

El error en la cosa anula la tradición; pero en cuanto al error en la persona se dá en la tradición una excepción a los principios generales; ya que, el error en la persona anula la tradición; porque ésta no es sino el cumplimiento de la obligación --- que nace del contrato, si la cosa se entrega a otra persona distinta de aquella a quien debió entregarse, habrá pago de lo no debido y podrá repetirse lo pagado.

Se dá también el error en el título; porque como ya se dijo, la tradición necesita siempre de un título y toda nulidad o imperfección de éste repercute en la tradición.

Al existir error en el título; ya sea, porque una persona entienda que existe un título determinado y la otra, entienda que existe otro distinto o porque en el título mismo existe una nulidad, la tradición no será válida; será nula al igual que el título que le sirvió de origen.

El comentarista Chileno Arturo Alossandri enumera algunos títulos traslaticios de dominio así:

- 1) La compraventa,
- 2) la permuta,
- 3) La donación,
- 4) El aporte en propiedad a una sociedad,
- 5) El mutuo,
- 6) El cuasiusufructo, y
- 7) La transacción cuando recae sobre un objeto no disputado.

Ejemplo: Juan disputa con Pedro la propiedad; pero, éste le traspasa una casa, ésta casa no se disputaba, constituyendo

esto último el objeto no disputado en que recayó la transacción, - ya que lo que disputaban Juan y Pedro no era la mencionada casa, - sino otra propiedad.

8) La dación en pago.

9) El aporte de los bienes raíces que la mujer hace al matrimonio.(1)

Este último citado, no tiene efecto entre nosotros, ya que la Sociedad conyugal es un resabio histórico cuyas disposiciones al respecto se encuentran derogadas.

El título en la tradición no solo debe ser traslativo de dominio, sino también debe ser un título válido, un título justo; si no es válido tampoco habrá tradición, ya que el título se encuentra ----- de tal manera relacionado con la tradición que si algo falla en él y lo hace nulo, también será nula la tradición.

35.- LA ENTREGA DE LA COSA.

Sobre esto se habló al principio, acerca de la diferencia entre entrega y tradición; basada ésta en la intención de traspasar el dominio, siendo la entrega el acto material de traspaso o como decían los romanos "la renoción de la posesión".

Se dijo antes que para que la tradición transfiera el dominio es necesario que el tradente sea propietario de la cosa; pero también puede éste no serlo y hacer tradición, los efectos son los siguientes:

a) Si el tradente es dueño de la cosa, la tradición surte su efecto y por lo tanto cuando así se realiza, transfiere el dominio, y como nadie puede traspasar más derechos que los que tenía, la cosa entregada para el adquirente en las mismas condiciones en que la tenía el tradens con sus mismas cargas por ejemplo.

b) Cuando el tradente no es propietario pasa lo siguiente:

(1) Alessandri y Sonarriva-Pag.334-No.539-Tomo 2o. Dic.1940.

1) Si era un poseedor regular y hace traspaso de la cosa a otro que la adquiere de buena fe, será también un poseedor regular al igual que su antecesor.

Se dirá que la posesión no se transfiere y en efecto - "la posesión no se transfiere ni se transmite".

Lo que pasa es que aquí la tradición no funciona como un modo de adquirir el dominio; sino que, desempeña el papel de -- justo título, para que, quien adquiriera inicie una posesión regular con miras a adquirir un día el dominio por medio de la prescripción.

c) Si es el tradens un poseedor irregular o

d) si es un mero tenedor de la cosa.

En estos dos últimos casos, existiendo la buena fe de parte de quien adquiere, la tradición desempeña el papel de justo título y mejora la condición del adquirente permitiéndole en base al justo título que le da la tradición, llegar un día a adquirir el dominio de la cosa por medio de la prescripción. X

36.- CLASES DE TRADICION:

a) Tradición de bienes muebles.

b) Tradición de bienes inmuebles.

c) Tradición de la Herencia.

d) Tradición de los derechos personales.

La primer especie de tradición, nuestra legislación la trata en los Art. 665 y 666 del código civil.

La tradición de bienes muebles puede ser de dos clases:

a) real, y

b) ficta o simbólica.

Para que la tradición de un bien mueble surta efectos legales, es menester que el tradente de cualquier manera manifieste su intención de transferir el dominio al adquirente, de lo que se deduce que la enumeración que hace el Art. 665C. referente a la

forma como se debe verificar la tradición, no es taxativo o sea que pueden haber otras formas no contempladas en dicho Artículo por medio de las cuales también se puede llevar a efecto la tradición de los bienes en referencia.

Tradición Real de Bienes Muebles.

De la enumeración del Art. 665 del Código Civil, los dos primeros, son formas de tradición real, dicen ellos: 1o.) Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente o entregándosela realmente. y 2o.) (mostrándosela)

Tradición ficta, ficticia o simbólica.

Los casos de esta tradición están contemplados en los números 3o. y 4o. del mismo Art. 665 C. estos dicen: 3o.) Entregándole las llaves del granero, almacén o cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa; y 4o.) Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.

El último número del Art. en mención en su primera parte o sea el 665, es una especie de tradición que no es ni ficta ni real; sino que es una tradición "brevis manus", término que nos llega del antiguo derecho romano, y que se refiere el caso en que una persona que nada más tenga un título de mero tenedor, se convierta en propietario de la cosa, merced a un título traslativo de dominio, en cuyo caso, con sólo la existencia de este título se considera hecha la tradición.

El número 5o. en mención dice así:

"Por la venta, donación u otro título de enajenación -- conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario o a cualquier otro título no traslativo de dominio".

En el mismo artículo en mención se encuentra contemplada una sexta clase de tradición y ésta es la contemplada en la última parte del numeral quinto del Art. 665 del código civil, el --

cual consiste en una figura contraria del caso planteado anteriormente o sea cuando en virtud de un contrato el que era dueño de una cosa se convierte en mero tenedor; la parte final del numeral quinto en mención dice así: "y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye, usufructuario, comodatario, etc.etc."

Siendo ésto lo que los romanos conocían con el nombre de "constitutum possessorium".

El Art. 6060. que también trata de la tradición manifiesta en su inciso primero "Cuando con permiso del dueño de un predio se toman en él, piedras, frutos pendientes u otras cosas que forman parte del precio, la tradición se verifica en el momento de la separación". Y en su inciso segundo.

"Aquel a quien se debieren los frutos de una sementera, viña o plantío, podrá entrar a cogerlos, fijándose el día y hora de común acuerdo con el dueño".

Los comentarista chilenos Alessandri y Somarriva son de opinión que esta disposición del Art. 6350. es de carácter general, refiriéndose al código de su patria, "se aplica cualquiera que sea el título a virtud del cual tiene el tercero derecho a los productos o frutos del predio y no únicamente al caso de una concesión gratuita del dueño del predio, como parece desprenderse de la primera parte de esa disposición".(1) Por consiguiente, pues, tiene aplicación con solo la existencia de un título a virtud del cual tenga el tercero derecho a los productos o frutos del predio.

Nosotros en cambio no aceptamos tal criterio por manifestarlo expresamente nuestra ley, en el comienzo del artículo, que debe ser con permiso del dueño.

Este Art. tiene aplicación, por ejemplo en el caso de los muebles por anticipación que nuestro código comprende en el Art. 564.

(1) Alessandri y Somarriva--Pag.344--No.609--párrf.2o.Tomo 2a. Edición de 1940.

37.- Diferencias entre nuestro Derecho y el Francés.

Los lineamientos generales de nuestro derecho en cuanto a los modos de adquirir y por consiguiente a la tradición, por ser éste un modo de adquirir, están basados en el Derecho Romano, nuestros legisladores siguen la manera de pensar de los jurisconsultos romanos; por tal razón en este capítulo preferiremos comparar este Derecho con el Derecho Francés, haciendo las salvedades necesarias y aclarando según los casos cuando nuestro Derecho se aparte de esa forma de pensar.

Como un preámbulo diremos que en nuestro Derecho admitimos que de los contratos no nos nacen más que derechos personales entre las partes y que es necesario de la Tradición para su perfección material (transferencia del dominio" exigimos nosotros, la inscripción en el Registro de la Propiedad; pero no para la validez del acto, sino para que surta efecto contra terceros. (fin de publicidad).

Para la transferencia de un bien nosotros admitimos dos tiempos por decirlo así: a) el contrato; y b) la tradición.

En primer lugar en Francia se considera como modo de adquirir el contrato. El Art. 711 del Código Civil Francés manifiesta: la propiedad se adquiere y se transmite "por efecto de las obligaciones", que no es más que decir lo mismo que al principio se dijo, cambiándole las palabras. Este modo de adquirir francés, es en la práctica el más corriente, al igual que lo que sucede entre nosotros con la tradición.

En Francia por medio del contrato no sólo se adquiere o transmite el derecho de propiedad; sino que otros derechos reales y así, el comentarista francés Colin Capitant expresa que "la constitución de una servidumbre a cambio de dinero en beneficio de un fundo vecino no es más que una venta de servidumbre".

Si hay una constitución de una servidumbre a título gra

tuito, será una donación".(1)

Y así en la legislación en mención se considera que: el acuerdo de voluntades de dos personas, es suficiente para transmitir la propiedad (un derecho real o un derecho cualquiera) del engjenante al adquirente.

El comentarista en mención, expresa que en principio esta idea de que la voluntad manifestada en un contrato, es suficiente para adquirir y transmitir, "no deja de ser complicada y poco - lógica. En efecto, hay cierta contradicción en que un derecho absoluto por naturaleza, que pueda ser opuesto "erga omnes", como la - propiedad o cualquier derecho real, puede nacer de un acto puramente relativo, como un contrato, de un acto cuyos efectos, normalmente no debieran extenderse fuera de las partes contratantes".(2)

Esta forma de ver las cosas, está en franca oposición, con la manera de pensar de los jurisconsultos Romanos, al menos - del derecho Romano antiguo.

El Art. 1138C. (Francés) dice que: "la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes contratantes".

En Roma el contrato en sí, no transmitía la propiedad, - la transmisión procedía de una operación simultánea que podía ser la mancipatio para las res mancipi, la tradición para las res nec mancipi y la injure cessio, según sea la cosa de que se trate, figuras estas que fueron comentadas al referirnos al Derecho Romano en particular.

Para poder transmitir el derecho de propiedad en Roma -- era necesario a saber: a) el contrato en donde se plasme la voluntad de transmitir y de adquirir; y b) la mancipatio, la tradición o la injure cesio, según sea la cosa de que se trate.

----- Sin embargo los comentaristas Franceses manifiestan: --

(1) Colín Capitant, final de pag. 660 3a. Edición.

(2) Colín Capitant, pag. 661 Segundo párrafo 3a. Edición.

que este hecho de considerar la manifestación de voluntad expresada en un contrato como suficiente para el fin que se quiere, tiene su asidero legal en Roma, al menos en la Roma de Justiniano, por concebirse en tiempos de este Emperador diversos procedimientos con el objeto de simplificar la tradición, estos eran: a) la tradición llamada de brevi manu; b) el constitutum posesorio; c) la tradición longa manu y por último d) el Emperador Justiniano derogó el derecho anterior y declaró que la entrega de los títulos de propiedad, o aún simplemente, la firma del documento de donación por el donante, producían la transmisión de la propiedad.

a) El que adquiere está ya en posesión de la cosa, por un título como el arrendamiento por ejemplo, entonces lo único que se necesita es que el arrendatario renuncie al derecho de propiedad.

b) Este es el caso en que quien enajena, continúa en la posesión ya no como dueño, pero sí como arrendatario (por ejemplo) con el objeto de quitar la doble tradición que hubiere sido indispensable, sino existiera la cláusula del constituto, es que ésta se introdujo en el derecho romano, para evitar, como decían en Roma, una complicación inútil, se creó la convención llamada "constituto posesorio".

"También aquí hay una simple intervención del animus, pero en este caso, es el enajenante el que cesa de poseer a título de propietario, para convertirse en detentador precario".(1)

c) La tradición longa manu, tuvo lugar cuando los romanos terminaron por admitir que una cosa aunque no fuera cogida materialmente por quien adquiere, podía haber tradición si había sido puesta a su disposición, como cuando se entregan las llaves del depósito en donde se encuentran los objetos que se han comprado.

El Derecho Romano, pasó al Derecho Francés antiguo y -- así fueron impartidos sus principios por los jurisconsultos de ---

(1) Colín Capitan. Pag.662, final No.2-3a. Edición.

aquella época, los prácticos idearon un procedimiento que hacía -- ilusoria e inútil, la entrega de una cosa en la tradición, ésta -- fue la cláusula "dessainine saisine", o tradición fingida. Consistiendo en esto, en un contrato de venta se insertaba una cláusula por la cual el vendedor decía que había abandonado la posesión de la cosa en manos del comprador y este decía haberla recogido, en este caso había tradición, aunque en la realidad, sucedía lo contrario, porque el vendedor podía tener todavía la cosa en su poder.

Aún más podía el vendedor al momento de la venta no estar en posesión de la cosa; sino que ésta se encontraba en manos de un tercero, entonces bastaba insertar en el contrato una cesión accesoria de la acción reivindicatoria al adquirente.

La tradición pues se reducía a una cláusula en un contrato y esto es así, por que los prácticos se limitaron a introducir en la ley, lo que ellos habían hecho en la práctica o habían visto hacer, es así pues, que la propiedad se trasmite sin necesidad de otra tradición; sino que, la tradición efectuada en el contrato es suficiente para tal cosa y ésta es la que anteriormente esbozamos con el nombre de "dessaisine saissine" o sea la tradición fingida, que en lo sucesivo, en el derecho Francés queda sobreentendida.

La crítica de este sistema, se puede resumir en la falta de seguridad del tercero; porque si la tradición se efectúa en un contrato, acuerdo de voluntades, que por decirlo así es un hecho interno, del cual sólo se darán cuenta los contratantes y no los terceros, quienes pueden estar contratando un bien con alguna persona que ya no es propietario, a pesar de estar en posesión de dicha cosa. Este defecto no lo tiene el derecho Romano, o al menos si lo tiene es en menor grado; porque este derecho une a la transmisión de propiedad una cierta publicidad que puede ser la mancipatio, la injure cessio o también el hecho mismo del cambio de pose-

sión que hace presumir que quien ya no está en posesión de una cosa ha dejado de ser propietario de ella.

"En una legislación que establece el principio de que las transmisiones de la propiedad y de los derechos reales proceden del contrato, el único remedio posible para los inconvenientes que hemos indicado consiste en la organización de una publicidad eficaz en torno a los actos traslativos. Únicamente esta publicidad puede poner al público en situación de apreciar las eventualidades a que se somete al tratar con tal o cual individuo".(1)

La regla moderna del efecto traslativo del contrato en Francia exige cuatro condiciones: a) es necesario que el que enajena, sea propietario de la cosa que enajena; b) se necesita que en el contrato se individualicen las cosas es decir se determinen.

Si la cosa que se vende es indeterminada (venta de cosa en general ejemplo 100 corderos de mi rebaño) cuales serán esos corderos si el rebaño tiene mil, existe pues una imposibilidad natural para determinarlos basándose en el contrato.

En este caso la transmisión de los corderos se verifica por la tradición de los cien corderos, caso este, en que en el Derecho Francés moderno desempeña la tradición el mismo papel que en el derecho romano.

Pero ellos dicen que es en definitiva el contrato, el que transmite la propiedad, la tradición, ante la imposibilidad natural de que se habló, ayuda a hacer la determinación y al suprimirse tal obstáculo, se considera que la transmisión se realiza el día en que se hace la tradición, de lo que se desprende que la tradición únicamente tuvo el papel de individualizar la cosa por lo que cualquier otro medio que conduzca a lo mismo servirá igual, como el hecho de marcar los corderos o ponerlos en un corral aparte, etc.etc.

(1)Colfn Capitan.Pag.669-20.inciso del #40. 3a. Edición.

- c) Es necesario que la cosa objeto del contrato sea actual.
- d) Es necesario que el contrato o convención no excluya la transmisión inmediata de la propiedad.

Se puede sin duda establecer que la propiedad no pasará al adquirente hasta el día de la tradición u otra fecha.

33.- TRADICION DE BIENES INMUEBLES.

Como se vió, la tradición de los bienes muebles se perfecciona con la entrega de la cosa al adquirente, en cambio aquí - en la tradición de bienes inmuebles, nos encontramos frente a la - imposibilidad natural de hacer esa entrega material al adquirente, como sucede en la tradición de los bienes antes dichos; es por eso que se ha buscado una serie de medios que vengan a simbolizar esa entrega material, es así como en Roma se tenía la costumbre de que quien adquiere un inmueble recorra sus límites en compañía de la - persona que le hace la transferencia, posteriormente y simplificando este método, bastó con que la persona que transfiere el inmueble se lo señale o se lo enseñe al adquirente desde un lugar elevado; simbolizando así el acto material de la entrega. Ya en nues- - tros tiempos ese medio que simboliza la entrega material del inmueble, es el Registro de la Propiedad.

Alrededor de la Tradición y del Registro, se han susci- - tado y se suscitan las más variadas opiniones por las diferentes - legislaciones, opiniones que tienen su base en la forma de apreciar la tradición, y en el papel que el Registro desempeñe en relación con ésta. Tradición y Registro han sido temas de gran discusión -- que han tenido como fruto la disparidad que en cuanto a éstos tienen las diferentes legislaciones.

En Chile fue la vigencia del código civil lo que vino a diferenciar la tradición de bienes muebles e inmuebles; ya que antes de estar en vigencia dicho código no había diferencia entre es

tas tradiciones y fue precisamente porque la tradición de bienes inmuebles ya no se verificó por los anteriores modos simbólicos de entrega que se habló sino que se efectuaba por la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces que así se llama en dicho país lo que nosotros conocemos con el nombre de Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas.

En Chile de igual forma que se efectúa la tradición de bienes inmuebles se realiza la tradición de ciertos derechos reales.

Este sistema del Registro en Chile se adoptó por dos --razones, en primer lugar, por su publicidad en favor de los terceros que pueden recurrir a él para darse cuenta de quien es en realidad -- un determinado inmueble y segundo, por la imposibilidad natural de la entrega material del inmueble en manos del adquirente, es por eso que la forma más sencilla y seria de simbolizar la entrega consideraron que era la inscripción en el Registro del Conservador.

Esta inscripción, como es lógico se necesita cuando el modo de adquirir que opera es la tradición; ya que, si no opera ésta, sino por ejemplo, el modo que opera fuera la ley no es necesario la inscripción en el Registro, porque ya ha tenido efecto la adquisición del inmueble merced a un modo de adquirir distinto de la tradición y la inscripción en el Registro, en Chile, es la forma de efectuar la tradición de los bienes inmuebles.

Así es pues como, el porque del Registro ha sido apreciado de diferente forma por las diferentes legislaciones, así en Francia como no se admito la tradición, en general; sino el contrato, siendo éste por sí solo suficiente para transmitir y adquirir sin necesidad de tradición, en esta legislación el Registro ha tenido un papel complementario del contrato; ya que éste por ser un acto interno que no trasciende fuera de las partes, necesita de --

cierta publicidad en protección de los terceros, como consecuencia de esto en Francia el Registro ha tenido un papel de publicidad en beneficio de los terceros. Este criterio es también sustentado por la legislación mejicana que sigue la senda trazada por la legislación francesa, acerca del contrato y del fin publicitario del Registro.

El Derecho Chileno como se ha visto admite una cosa distinta y es que la tradición del dominio de los bienes inmuebles se verifica por la inscripción de ellos en el Registro del Conservador de Bienes Raíces.

Admitiéndose que un contrato de compraventa que no ha sido aún inscrito, es válido, lo único que falta es verificar la tradición; es por eso que en Chile se dice, que la inscripción en el Registro no es parte del contrato mismo.

En cambio aquí entre nosotros la tradición de los bienes inmuebles se verifica por instrumento público, así lo expresa el Art. 667 inc. 1o. del Código Civil nuestro, que dice: "La tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales --- constituidos en ellos, salvas las excepciones legales, se efectuará por medio de un instrumento público, en que el tradente exprese verificarla y el adquirente recibirla. Este instrumento podrá ser el mismo del acto o contrato, y para que surta efecto contra terceros, deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad".

El mismo artículo en su inciso segundo admite que se pueda verificar en instrumento privado, si el valor del derecho no excede de doscientos colones; siempre que sea firmado por dos testigos y registrado por el Alcalde Municipal del lugar donde se extiende el título.

Para nosotros, por consiguiente, la transmisión de los bienes inmuebles se verifica en dos tiempos iguales que en Roma: - a) Contrato; y b) Tradición.

Del contrato sólo nos deriva derechos personales para exigir la entrega o tradición y para nosotros ésta no es más que la entrega acompañada de la intención de transferir y de adquirir el bien inmueble de que se trata; como se puede ver nuestra legislación en relación a la forma como concibe la tradición es diferente de la legislación Chilena; ya que en este país la tradición se realiza por la inscripción en el Registro del Conservador y para nosotros la tradición se puede realizar sin que haya habido inscripción. La tradición se realiza entre nosotros en instrumento público y la inscripción solamente sirve para que tenga efecto contra terceros; si no se inscribe el instrumento, la tradición efectuada siempre será válida; pero, sólo entre las partes y no frente a los terceros.

De igual forma se verifica en Chile la tradición de los derechos reales de servidumbre, usufructo, uso, habitación e hipoteca o sea mediante la inscripción, entre nosotros en cambio se sigue el mismo criterio del Art. 667C., es decir, por instrumento público; el cual, para que surta efecto frente a terceros se inscribe en el Registro de la Propiedad.

La prenda, al menos la civil, como siempre recae sobre bienes muebles la tradición de ella se efectúa siguiendo las reglas generales de la tradición del derecho de herencia, se verifica por ministerio de ley a los herederos en el momento en que es aceptada. (Como veremos posteriormente).

39.- LA TRADICION DEL DERECHO DE HERENCIA.

La tradición del derecho de herencia pudiera tener efecto cuando el heredero una vez fallecido el causante, enajena su derecho a otra persona que acepta.

Es requisito para esta clase de tradición que el causante haya fallecido, y esto es así, porque sólo en este caso el heredero tendría un derecho verdadero sobre el patrimonio del causante;

ya que, caso no hubiere muerte, el heredero no tendría más que una expectativa de derecho de poder adquirir el patrimonio; porque de lo contrario si el causante aún vive, bien puede, cambiar su testamento y dejar sus bienes a otra persona distinta del heredero en mención o pudiera también desheredarlo o también pudiera sobrevener alguna causa de indignidad que le impida aceptar dicha herencia, etc. etc.

Por otra parte en el caso que comento habría un objeto ilícito al constituir éste un pacto sobre una sucesión futura, éste pacto sería nulo, de nulidad absoluta, de conformidad con los Artículos 1334-1333-1552 todos del código civil, el primer artículo mencionado expresa: "El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva, no puede ser objeto de una donación o contrato, aún cuando intervenga el consentimiento de la misma persona' siendo en consecuencia, nula cualquier estipulación que se celebre sobre el particular".

El segundo de los Arts. mencionados en su inc. lo. expresa: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Salvadoreño".

Y el último de los artículos en su inciso primero establece: "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas".

El Derecho Chileno como considera que la tradición de los inmuebles se verifica por la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, al hacer referencia a la tradición de la herencia surge la dificultad de considerar dicho derecho, mueble o inmueble; según se considere así serán sus efectos en rela-

ción al Registro; ya que si el derecho de herencia es un derecho mueble no se inscribe; por la razón de que en Chile sólo se inscriben bienes raíces en el mencionado Registro y si consideramos que es un derecho inmueble, tendrá que inscribirse en dicho Registro y como en dicho país la tradición se verifica por la inscripción en el susodicho registro concluiremos diciendo que la tradición del derecho de herencia se verifica por la correspondiente inscripción.

Los jurisconsultos Chilenos no han sido unánimes en la forma de considerar la herencia, unos consideran que la herencia es una universalidad jurídica independiente de los bienes que la constituyen, como consecuencia la herencia no es mueble ni inmueble, aunque en la realidad estén formadas por dichos bienes, la herencia "es una universalidad jurídica independiente de los bienes que la constituyen" y su tradición no se efectúa por la correspondiente inscripción en el Registro del Conservador; ya que, en él solo se inscriben inmuebles, y la herencia dijimos no es inmueble, consiguientemente la tradición se efectúa en cualquier forma en que el tradente haga la entrega, manifestando la intención de transferir el dominio sobre el bien y el adquirente esté de acuerdo en recibir la cosa objeto de la tradición.

Esta forma de pensar de la cual participa don Leopoldo Urrutia (1) predominó en Chile, sólo se ha reformado en favor de los intereses de los herederos incapaces, al prohibir que su representante, pueda enajenar los bienes inmuebles propiedad de ellos, a no ser con decreto judicial.

En este caso pues y sólo en este caso, la Herencia no se toma como universalidad; sino que, si en ella hay un inmueble se toma como tal y se prescinde de la universalidad, con el objeto de impedir a los representantes de los menores la enajenación de los inmuebles pertenecientes a ellos que se encuentren dentro de la herencia; porque, si se tomara la herencia, en este caso, como (1)Citado Alessandri y Somarriva.No.619-pag.349-letra a)Tomo 2o. Edición 1940.

universalidad, los representantes de los menores podrían vender -- los bienes inmuebles que se encuentren en ella. He allí el fin de tal prohibición.

Hay otra tesis opuesta del Jurisconsulto don José Ramón Gutiérrez, que en general da a entender que: la herencia no es una universalidad; sino que "tiene un carácter mixto, según los bienes que la componen".(1) Si está compuesta de bienes muebles, la tradición se verifica siguiendo las reglas generales de tales bienes -- que antes se comentaron y si está compuesta de solo bienes inmuebles la tradición se verifica con la inscripción y de igual manera se verifica la tradición si la herencia tiene un carácter mixto es decir si está formada por bienes muebles o inmuebles.

Entre nosotros no se presenta tal problema, por existir artículo expreso al respecto y así expresa el Art. 669C; "La Tradición de la herencia se verifica por Ministerio de la Ley a los herederos, en el momento en que es aceptada; pero éstos no podrán enajenar los bienes raíces ni constituir sobre ellos ningún derecho real, sin que precede la inscripción del dominio de dichos bienes a su favor, presentando al Registro el título de su antecesor, -- si no constare a favor de éste la inscripción, y los documentos auténticos que comprueben la declaratorio de su calidad de herederos, o la adjudicación de tales bienes al que pretende su inscripción.

La tradición se retrotrae al momento de la delación".

Como se expresó anteriormente entre nosotros no existe el problema que se suscita en Chile, porque el Art. 669C. expresa que la tradición se verifica por ley a los herederos en el momento en que es aceptada, con la única salvedad que a los herederos se les prohíbe enajenar los bienes raíces, sin antes inscribirlos en el Registro Público.

¿Cuál es la razón de esta prohibición? Pues sencillamente, la razón estriba en evitar que se pierda la historia de la pro

(1) Citado por Alessandri y Somarrriba-letra (b) del No. 619-pag. 350
Tommo 2o. Edición 1940.

propiedad raíz, que se encuentra inscrita en el Registro, de tal manera que se pueda seguir el curso de traspasos que una propiedad inmueble ha tenido y así, saber quienes fueron sus sucesivos propietarios.

La salvedad que hace este artículo es que, la tradición se retrotrae al momento de la delación, o sea, el llamamiento que la ley hace a los herederos para que se presenten a aceptar o repudiar dicha herencia, Art. 957C, lo que significa, que aunque la tradición de la herencia en la realidad se haya verificado con posterioridad, para sus efectos será el momento de la delación.

40.- INTRODUCCION A LA SUCESION POR CAUSA

DE MUERTE

La sucesión por causa de muerte no se comentará con la extensión que se pudiere hacer en un trabajo especial, que se refiera exclusivamente a ella, no como modo de adquirir; porque, entre nosotros, no lo es; ya que aquí, la sucesión por causa de muerte, es un título, porque viene a ser la causa mediata de adquisición de los bienes por parte del heredero; ya que, la causa inmediata es la tradición, porque, entre nosotros, la tradición del derecho de herencia se adquiere por Ministerio de la Ley a los herederos en el momento en que es aceptada.

En este capítulo, que se refiere a la sucesión por causa de muerte, como modo de adquirir el dominio, nos limitaremos a abordar lo que es la sucesión en general, la forma como legislaciones extranjeras como la chilena, le conciben y la aprecian, su origen en Roma, en donde se consideró como modo de adquirir el dominio, - que es de donde arranca ésta concepción, bifurcándose después en - las diferentes legislaciones que hoy conocemos, las cuales le han dado sus propias modalidades; llegando hasta nosotros, que en un principio aceptamos la tesis romana de considerarla un modo de adquirir, hasta que en el año de 1902 se le quitó tal carácter, pa-

sando hasta nuestros días en la forma que hoy le concebimos; aquí pues, entre nosotros, la sucesión por causa de muerte no es un modo de adquirir; sino, un título, y la tradición del derecho de la herencia se efectúa por Ministerio de la Ley.

CAPITULO II

41.- DE LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE.

La sucesión por causa de muerte es el más importante de los modos de adquirir "per universitatem", los cuales se caracterizaban por tener por objeto un patrimonio todo entero o una parte de él; teniendo lugar la trasmisión de este patrimonio al momento de morir su dueño.

Además de la sucesión los otros modos de adquirir "per universitatem" eran:

- a) trasmisión de una herencia por "in jure cessio".
- b) Bonorum addictio.
- c) Adquisición de un patrimonio por efecto de la potestad paterna, de la manus o de la potestad del amo.
- d) Bonorum Venditio y Bonorum Sectio.
- e) Confiscación.

42.- "DE LA ADQUISICION POR SUCESION".

Sabido que el patrimonio del difunto es un todo entero que comprende no sólo los bienes; sino también sus deudas. Si no existiere la sucesión por causa de muerte, al morir el dueño de ese patrimonio, sobrevendría a ella una situación incierta, tanto para los acreedores como para los herederos del difunto, en demanda de sus respectivos derechos. A esa situación que podía ser caótica, la sucesión por causa de muerte le proporciona una solución, con la cual tendrán sus derechos a salvo unos y otros, esta es, proporcionarle un heredero al difunto, es decir un continuador de su persona, de tal manera que fuera esta persona así instituída la que se encargará de satisfacer los intereses y derechos tanto de los acreedores como de los herederos y a él tendrían que recurrir es-

tos con sus demandas correspondientes.

Por medio de la sucesión por causa de muerte se trataba de conciliar tres intereses: 1) el interés del difunto, 2) el interés de los acreedores, y 3) el interés religioso.

1) Se satisfacía el interés del difunto, porque, procurándole un heredero que fuera un continuador de su persona le evitaba la nota de infamia que caería sobre su nombre, cuando los acreedores en demanda de sus respectivos pagos se vieran en el caso de tener que vender en bloque los bienes que en un tiempo le pertenecieron que es lo que se conocía con el nombre de "bonorum venditio".

En cambio al existir el heredero, él se encargaba de pagar las deudas habidas por el difunto y si en caso era necesario para tal objeto, vender todos los bienes de la sucesión, se hacía; pero no en nombre del difunto; sino, del heredero, él era el dueño del patrimonio que se le había transferido en virtud de la sucesión.

2) El interés de los acreedores quedaba satisfecho, por el hecho, de que ahora al estar muerto el dueño de los bienes, siempre habría una persona que se encargaría de satisfacer sus respectivas deudas, éste es el heredero..

Además, los acreedores veían en la persona del heredero una ampliación de su anterior garantía; ya que, hoy respondía de la deuda el patrimonio del difunto y el patrimonio del heredero; así como también el producto de la actividad de ambos en el futuro.

3) El interés religioso quedaba satisfecho; porque procurándole un herederos se aseguraba la protección de los dioses manes (antepasados difuntos) y no se interrumpía la "sacra privata".

El heredero al adquirir el patrimonio del difunto, tenía la carga del culto privado.

43.- DESIGNACION DEL HEREDERO EN ROMA.

En Roma tuvo origen las dos clases de sucesiones que hoy

conocemos, una efectuada por la voluntad del difunto, llamada testamentaria y otra que, a falta de testamento es la ley la que se encarga de designar a quien o a quienes le corresponden el derecho de ser herederos, llamada sucesión ab-intestato o sucesión legal.

La legislación romana, en aras del respeto a la voluntad del difunto, le da preeminencia a la sucesión testamentaria, -- sobre la legal o ab-intestato, y fue la ley de las XII Tablas, --- quien le dió tal preeminencia; ya que, concedió al padre de familia, el derecho de designar su propio heredero.

La sucesión ad-intestato, tenía lugar cuando el causante moría sin testar, la ley entonces le procuraba un heredero; para tal efecto, designaba de entre los miembros que formaban la familia civil, sin tomar en cuenta el parentesco por consanguinidad. En lo cual, como se ve, sostenían un criterio distinto al sustentado por nosotros; ya que, en la nuestra y en la generalidad de legislaciones se le da preeminencia a los parientes por consanguinidad.

Hay que hacer notar, que en Roma no podían concurrir -- las dos sucesiones en el patrimonio del fallecido. La herencia era considerada como una unidad y a la cual podían concurrir heredero o herederos testamentarios, si hubo testamento y si no lo hubo, -- solamente heredero o herederos abintestato.

No se podía dar el caso de que en una sucesión haya -- herederos testamentarios y ab-intestato; podía si, haber varios -- herederos, como cuando el difunto o la ley designaban a varios; en cuyo caso, se dividía la herencia en iguales partes; pero al haber un heredero testamentario, no podía concurrir con el a la herencia, el heredero abintestato, aún en el caso de que al primero no le -- fuera asignada por testamento la totalidad de la masa hereditaria en este caso como manifiesta el Jurisconsulto Francés Jean Petit, el heredero "recogía toda la herencia, sea cual fuere la parte asig

nada por el testador. Solo había excepción en esto para el testamento de un militar". (1)

"En un sentido restringido, la voz sucesión, designa la sucesión o transmisión de los bienes por causa de muerte. En esta acepción, la palabra sucesión, usada sola, designa la sucesión por causa de muerte, porque, como lo expresa un distinguido profesor - del Derecho Civil" dentro del orden jurídico representa la palabra sucesión un hecho mediante el cual, al morir una persona deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos".

Sucesión o sucesión por causa de muerte, es, pues, la -- transmisión del patrimonio de una persona difunta o de una cuota - de él o de una o más cosas especiales que se efectúa a favor de de terminada persona.

Por consiguiente, se sucede a una persona difunta, expresa el Art. 951, a título universal o a título singular".(2)

La sucesión por causa de muerte, es uno de los modos de adquirir que enumera el Art. 588 del código civil chileno.

El libro tercero del código civil trata de la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, no por ser -- idénticas; sino por constituir ambas títulos de adquisición; pero difieren porque las donaciones son un contrato que necesita de la tradición para la transferencia del dominio, en cambio la sucesión por causa de muerte, constituye por sí sola un modo de adquirir, - de allí, como se dijo anteriormente, el que se encuentre enumerada en el Art. 588 del mencionado código.

La posesión de la herencia se adquiere desde que se ha deferido, aunque el heredero lo ignore y como la delación se opera en el momento de morir el causante, entonces el heredero adquiere la posesión de la herencia desde el momento aquel en que fallece -

(1) Eugene Petit-final inc.2o.pag.527 No.555.Traducida de la 9a. - Edición Francesa-México 1953.

(2) Luis Claros Solar No.5 Pag. 11-Tomo 13-1940.

el causante.

En Chile y siguiendo aquel principio de derecho que expresa: que solamente un modo de adquirir puede operar, para adquirir el dominio; es decir, que una cosa no puede adquirirse por dos modos distintos a la vez, o se adquiere por uno o se adquiere por otro. Discútese en dicho país, el hecho, de que si en verdad el heredero adquiere el dominio de los bienes, en virtud del modo de adquirir llamado "Sucesión por causa de muerte" o si es en virtud, de la inscripción en el Registro del Conservador de bienes raíces; a estas conclusiones llegan los comentaristas, a raíz de la diferente interpretación que hacen del Art. 688C. del Código de ese país; la última de estas interpretaciones no tiene la razón; ya que, es común la aceptación de la Sucesión por causa de Muerte, como modo de adquirir, la diferencia de opiniones, tuvo lugar, como se explicó cuando se comentó la tradición y sus efectos a raíz de la inscripción en el mencionado Registro, el cual como se explicó, tiene varias finalidades, siendo una de ellas, la de llevar la historia de la propiedad raíz de ese país, inscrita en sus libros.

Ahora bien, los bienes que mediante la sucesión por causa de muerte son adquiridos por el heredero, se inscriben en el Registro del Conservador, con el objeto de no dejar trunca la historia de la propiedad raíz, allí descrita, lo cual sucedería sino se inscribieran; y como el heredero ya ha adquirido el dominio y posesión de la masa hereditaria, se le impide verificar alguna enajenación de los bienes adquiridos por sucesión, sino se inscriben, con el fin antes expresado de no romper el orden sucesivo de propietarios.

Entonces, el requisito de la inscripción es necesario, no para adquirir; porque ya se adquirió por sucesión por causa de muerte; sino, es indispensable para tener la facultad de disponer de los bienes hereditarios, por ejemplo: poder venderlos, do-

narlos, etc.

En síntesis la "sucesión por causa de muerte" es considerada en Chile como un modo de adquirir y lo es, porque así lo expresa el Art. 588 del Código Civil, por medio de ella se adquiere el dominio y demás derechos reales en general con excepción de aquellos derechos cuyo ejercicio es exclusivamente personal o que dependen de la vida de una persona y aquellos cuya transmisión está prohibida.

Así es que "son intransmisibles y no pasan, por lo tanto, a los herederos:

a) los derechos de usufructo, uso y habitación, los cuales terminan y se extinguen precisamente y sin excepción alguna, con la muerte del titular;

b) el derecho de alimentos forzosos y los que se asemejan como las pensiones de gracia o rentas del estado, que suponen una relación personal con el deudor o una cualidad especial de la persona que la goza;

c) El derecho del fideicomisario que fallece antes de la restitución, y los demás que son simples expectativas, como el que confiere una asignación condicional de condición suspensiva;

d) El derecho de transmisión que el Art. 957 reconoce para la sucesión por causa de muerte, no se extiende a las donaciones entre vivos;

e) La acción revocatoria por ingratitud, se extingue por regla general por la muerte del donante sin haberla intentado; y sólo pasa a los herederos del donante en este caso o cuando el hecho ofensivo que la constituye haya producido la muerte del donante o ejecutándose después de ella;

f) Los derechos que da al poseedor la posesión inscrita no se transmiten al heredero o legatario, quien no podrá gozar de ellos sino mediante la inscripción hecha a nombre suyo;

g) los derechos que nacen de contratos que terminan por la muerte de uno de los contratantes o que se otorgan durante la vida del acreedor o de una tercera persona, como el mandato, la sociedad, el comodato, la constitución de censo, la renta vitalicia y el censo vitalicio;

h) Los derechos que nacen exclusivamente de la ley, como la capacidad personal o la facultad para obtener un título o -- ejecutar ciertos actos". (1)

Ahora bien, por aquel principio de que el sucesor no puede ser de mejor condición que su autor, o sea, que nadie puede transmitir más derechos de los que realmente tiene, es que se necesita que el causante haya sido verdadero dueño de la cosa transmitida al heredero; porque, éste la recibe con sus calidades y vicios.

Al ser la sucesión por causa de muerte un modo de adquirir, como se ha expresado, supone un título, que puede ser, el testamento o la ley; si opera el testamento, la sucesión se llama testamentaria; si opera la ley se llama intestada o abintestato.

La doctrina chilena, se aparta de la tesis Romana cuando afirma, que la sucesión en los bienes de una persona puede ser parte testada y parte intestada.

Hay que recordar que en Roma, si había un heredero testamentario, éste excluía a los sucesores ab-intestato; es decir, no podían concurrir ambas sucesiones en un mismo patrimonio.

La legislación que se comenta supone para que opere la transmisión de bienes, en virtud de la sucesión por causa de muerte, que el trasmiteante haya fallecido; ya que, sólo así, hace la transmisión irrevocable. La sucesión no puede ser contractual; porque, si así lo fuere el trasmiteante podría revocarla mientras viviese.

(1) Luis Claros Solar. Pag. final de 12 y 13. No. 8-1940.

CAPITULO III

44.--"DE LA PRESCRIPCION",

La prescripción en Roma está catalogada como un modo de adquirir de Derecho Civil, al igual que la "mancipatio", la "in iure cesio", la "adjudicatio", y de la "lex", conociéndose con el nombre de usucapión, con el cual todavía se le recuerda.

Eugene Petit, manifiesta que era "la adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada y reuniendo determinadas condiciones: el justo título y la buena fe". (1)

Su razón de ser, está basada en la inactividad del propietario de hacer uso de la cosa, que constituye un abandono tácito de su derecho.

Al principio del Derecho Romano clásico, no se consideraban necesarios el justo título y la buena fe, sino que para adquirir bastaba el mero uso de la cosa y fue la ley de las doce Tablas, la que vino a mediar esta situación prohibiendo que se adquirieran por usucapión las cosas robadas, pero a medida que el Derecho va sintiendo la influencia de los Jurisconsultos, se llega a necesitar para poder adquirir, el tener una "justa causa posesionis", una relación de Derecho anterior a la posesión entre el enajenante y el poseedor y que ésta relación fuera de naturaleza bastante, es precisamente, lo que hoy en nuestros días se conoce como: justo título y buena fe.

En Roma el desarrollo de este modo de adquirir se puede ver bajo tres etapas diferentes: a) clásica, b) la prescriptio longi temporis, c) usucapión en el derecho de Justiniano.

a) La usucapión en el derecho clásico va desde que sólo se exigía el mero uso de la cosa, hasta que se exigía una relación de derecho entre el enajenante y el poseedor (justo título y buena fe). Todas las cosas corporales eran susceptibles de usucapión, ex

(1) Eugene Petit-Pag. 265 No.197- 9a. Edición.

cepto las cosas divini juris, fundos provinciales, ni tampoco las cosas que la ley prohibía expresamente que se usucapieran.

La Ley de las doce Tablas fija el tiempo de poseerse - para poder adquirirse por este modo en dos años para los bienes in muebles y uno para los muebles.

b) La praescriptio Longi Temporis. Esta no era un modo - de adquirir; sino un medio de defensa del poseedor, que lo haya si do durante largo tiempo y un justo título para defenderse de la ac ción reivindicatoria dirigida contra él, posteriormente esta excep- ción tuvo mayor alcance e hizo las veces de usucapión. Por parecer se mucho la prescriptio longi temporis y la usucapión fueron fácil- mente unidas por Justiniano.

La praescriptio longi temporis, se creó para los fundos provinciales, beneficiaba al poseedor que había adquirido un fundo provincial, a nón domino, se admitió después para los bienes mue- bles, benefició a los peregrinos que no tenían el comercium. Como en la anterior época, se necesitaba el justo título y la buena fe; variaba sí, en cuanto al tiempo, que debía ser de 10 años entre -- presentes y veinte entre ausentes; ya sean los bienes muebles o in muebles.

c) La usucapión en el Derecho de Justiniano.

En este tiempo el derecho sufre una transformación; ya no existen las diferencias entre las personas para poder ser ciuda- danos, este privilegio pertenecía a todos los individuos del impe- rio romano, tampoco existía diferencia en cuanto a la clase de pro piedad, por esta razón es que Justiniano une la forma de pensar de las dos épocas anteriores, en relación con el tema que nos ocupa, y los funde en uno solo. Conserva de las épocas anteriores, la exi gencia del justo título y la buena fe; pero sí, varía en el senti-

NOTA: Los lineamientos generales y más importantes son tomados de la 9a. Edición de Derecho Romano de Eugene Petit.

do de que la buena fe importa en el momento en que se comience a poseer, aunque después, ya no exista, con respecto al término, en el Derecho clásico se podía usucapir un inmueble en dos años, aquí en este período se reemplaza dicho término por el de la prescriptio longi temporis, o sea de diez años entre presentes y veinte años entre ausentes y se fija para los bienes muebles el de tres años, esto en la generalidad de los casos; pero cuando se está ante el poseedor de mala fe, como su situación no se mira tan bien como el caso anterior, se le concede para que esté exento de la reivindicatio del propietario, el plazo de treinta años, al respecto manifiesta Petit:

"Justiniano no hizo más por el poseedor de mala fe. Pero desde el año 528, al mismo tiempo que daba la Reivindicatio, al que había opuesto la Prescriptio longi temporis, y que fue enseguida desposeído, concedía al cabo de treinta años, la misma acción al poseedor de buena fe, aún no teniendo justo título". (1)

→ Se ha comentado la prescripción en el Derecho Romano -- porque precisamente es allí donde tiene su origen, al menos su reglamentación jurídica que ha llegado hasta nosotros, casi intacta y desde entonces nos viene la diferencia de trato de que era objeto tanto el poseedor de buena fe, como el poseedor de mala fe, haciendo más difícil la adquisición de la cosa para éste.

45.- CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN.

Al respecto ya se dijo lo que era para Petit, para él era: "la adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada y reuniendo determinadas condiciones: el justo título y la buena fe". (2)

La Legislación Española define la prescripción adquisitiva así: "Modo de adquirir por la posesión a título de dueño por el tiempo marcado por la ley". (3)

(1) Eugene Petit-último párr.del No.212-pag.276 (9a. Edición).

(2) Eugene Petit-pag.265 No.197-9a.Edición Francesa.

(3) Citado p/Colín y Capitant-pag.633-634-Edición 3a.V.2-T.2C.E. de Derecho Civil.

Los comentarista Franceses Colín y Capitant definen elementalmente lo que es la prescripción, dicen así: "Es la adquisición por la posesión prolongada". (1)

Nuestro Código en el Art.2231C. da una definición en general de lo que es la prescripción y así dice: "La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante ciertos lapso de tiempo y -- concurriendo los demás requisitos legales".

Comprende por consiguiente nuestro código en la definición transcrita, tanto la prescripción adquisitiva que sí es un modo de adquirir, como la prescripción extintiva que no es un modo de adquirir; sino un modo de extinguir obligaciones y derechos ajenos.

El mismo error de nuestro código lo comete el Código -- Chileno y el Código Francés, y todos ellos tratan unidas dos prescripciones diferentes, esa es la razón por la que los comentaristas anteriores cuyas definiciones transcribimos se refieren unicamente a la prescripción adquisitiva como único modo de adquirir.

46.- "La Prescripción Adquisitiva". -

Nuestra ley, como definió la prescripción en general, -- comprendiendo las dos clases de prescripción, no entró a definir -- la prescripción adquisitiva en particular por ser una de ellas, lo mismo hizo el Código Chileno, pero al analizar los elementos de -- tal prescripción, los comentaristas chilenos Arturo Alessandri y -- Manuel Somarriva la definían así: "como un modo de adquirir el dominio de las cosas comerciables ajenas, por haberlas poseído durante cierto tiempo con los requisitos legales".(2)

De lo dicho se desprende que hay dos clases de prescripción: adquisitiva o usucapión y extintiva o liberatoria.

(1)Colín y Capitant.Final de pag.531-T.V.V-2.3a.Edic.Curso Elem.de Derecho Civil.

(2)Alessandri-Somarriva:Pag.390-No.670-Tomo 2a.Edición 1940.

Nuestra Legislación comprende ambas prescripciones, la primera en el Art. 2237 y la segunda en el 2253, ambos del Código Civil.

Nuestro Código y el de las demás legislaciones que además del nuestro comprendieron en una definición general ambas prescripciones han sido muy criticados; pero la razón que tuvo el legislador para decidirse por tal proceder es que ambas prescripciones obedecan a reglas comunes como las que se señalan en el Capítulo del Título XLII.

47.- Elementos de la Prescripción.

Los elementos de la prescripción dos dos: la posesión y el tiempo.

48.- La Posesión.

La palabra posesio (posesión), se deriva del vocablo posse, que significa poder. Antiguamente los Romanos consideraban a este poder como puramente material, no dependiendo de que el poseedor tenga o no realmente el derecho de ejercitarlo.

Comprendieron que casi siempre a la posesión, acompaña el derecho de propiedad sobre la cosa que se posee, pero esto no es una regla general y uniforme; porque pueden también separarse de manera que el propietario no la posea o que quien la posea no sea su propietario, de manera que el hecho de la posesión es independiente del derecho de propiedad y pueden, por lo tanto, presentarse separados y subsistir independientemente.

Los Romanos definían la posesión como: "el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario". (1)

Esta forma de considerar la posesión es conocida como Teoría Clásica, la cual confunde la posesión con la detentación; -

(1) Eugene Petit-No.163-Pág. 238- 9a. Edición.

por lo que no podemos tomar como verdadera la definición que de posesión nos legaron los Romanos; porque además de confundir lo que es verdaderamente la posesión, con el simple hecho de tener una cosa en nuestro poder; no podemos tampoco adoptar dicha definición, por el hecho, de que los romanos nada más comprendieron el concepto de posesión en función del Derecho de Propiedad; y no la hicieron extensiva a los demás derechos reales, porque solamente veían claro el ejercicio de tales actos materiales sobre una cosa en el derecho de propiedad, ya que sólo tal derecho autoriza los actos de aprehensión material sobre la cosa.

Al respecto los comentaristas Franceses Colin y Capitant expresan: "Resulta de lo que acabamos de decir que admitimos una posesión que no solamente corresponde al derecho de propiedad, sino también a los demás derechos que se puedan tener sobre la cosa. En este punto nuestra legislación moderna se aparta de las ideas de los jurisconsultos romanos que durante mucho tiempo solo aplicaron el concepto de posesión al derecho de propiedad y no a los demás derechos reales. En efecto su espíritu, de una lógica demasiado estrecha, se negaba a admitir que pudiera haber posesión, es decir ejercicio de actos materiales sobre una cosa, respecto de derechos que no fueran el derecho de propiedad, pues solo el derecho de propiedad autoriza estos actos de aprehensión material de la cosa. Sin embargo, más adelante han llegado a extender esta noción a las servidumbres". (1)

Apartándose entonces de la concepción romana de la posesión, por confundirse con la mera detentación o mera tenencia, el derecho Francés, la extiende a los demás derechos reales y sus comentaristas Colin y Capitant la definen así: "La posesión es una relación de hecho entre una cosa y una persona, en virtud de la que ésta persona puede realizar sobre la cosa actos materiales de uso

(1) Colin y Capitant-Pag.513-la.parte del 2o. párrafo Edición 3a.

y de transformación, con la voluntad de someterla al ejercicio del derecho real a que estos normalmente correspondan". (1)

Considerando de tal manera la posesión no se confunde -- con la mera tenencia o detentación de una cosa y se hace extensiva a los demás derechos sin importar que éstos sean reales o personales.

Acercas de la posesión, cada comentarista da una definición distinta y han sido tan opuestas las maneras de apreciarlas que se va desde definiciones materialistas como la del Derecho Romano, hasta definiciones idealistas, valga la palabra, como la del Marquez de Olivert; para quien la posesión consistía: "en el ejercicio intencionado y exclusivo de cualquier derecho".

Así también Alessandri y Somarriva al criticar la definición que de posesión dió el Código chileno manifiesta que para muchos autores la posesión podría definirse como: "El conjunto de actos que suponen o representan el ejercicio de un derecho. (2)

Nuestro Código comprende la posesión en el Art. 745, dice así: "La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de ser señor y dueño, sea que el dueño o que 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".

Desprendiéndose de tal definición que se consideran en ella dos elementos principales, uno material que es el corpus y -- otro intelectual que es el animus. El corpus nos proporciona la tenencia material de una cosa; ya sea que se tenga por sí o por otro y el ánimo por medio del cual tenemos la intención de comportarnos como dueño de la cosa.

La definición que nuestro código sustenta no es tampoco verdadero, por la razón de que deja por fuera los derechos que son una mera creación del espíritu, una abstracción como los derechos

(1) Colin y Capitant-pag.514(final) Tomo 2-V.2 Edición 3a. C. E. de Derecho Civil.

(2) Alessandri y Somarriva-Pag.393 No.677-Edición 1940-Tomo 2o.

personales, y en especial el Derecho de Crédito.

Las diferencias entre la propiedad y la posesión son:

a) En la propiedad existe una relación jurídica entre la persona y la cosa y la posesión sólo es una relación de hecho entre ambos. Así se dice la propiedad es un derecho mientras que la posesión es un hecho.

b) Al derecho de propiedad lo ampara, una acción real, la reivindicatoria Art. 891 y siguiente del código civil y a la posesión la amparan, las acciones posesorias Art. 918 y siguientes del mismo código.

c) El derecho de propiedad sólo se puede adquirir por un modo, siendo impropio como se dijo anteriormente, el decir que se adquiere el dominio de una cosa por varios modos a la vez; en cambio sí se puede poseer por varios títulos como expresamente lo dice el Art. 746 del código civil.

49.- MERA TENENCIA.

En orden de importancia se nos presenta en primer término el derecho de propiedad que es un derecho perfecto; porque supone una relación jurídica entre la persona y la cosa. Después sigue la posesión, en la que nada más supone una relación de hecho entre poseedor y cosa, pero existiendo siempre en la persona el ánimo de comportarse como señor y dueño de la cosa, cuando llega a faltar este ánimo, estamos en presencia de la figura más imperfecta como se puede tener una cosa llamada mera tenencia, detentación o posesión precaria, o sea como lo expresa el Art. 7530. "Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar y a nombre del dueño, etc."

Se dice que es la figura más imperfecta en lo que atañe a la posesión; porque todo aquel que posea a nombre de otro no es considerado como poseedor en derecho.

"La detentación consiste en poseer una cosa con la au-

torización y por cuenta del propietario. El detentador se asemeja a un poseedor en cuanto que la cosa está materialmente a su disposición y que ejerce sobre ella el poder físico llamado posesión; la ley empero no lo reconoce como poseedor ni como tal lo protege, porque atribuye la posesión al propietario que ha transmitido su cosa al detentador bajo condición de restitución, por lo que éste posee corpore alieno. La detentación constituye, por tanto, una situación jurídica perfectamente definida y totalmente distinta de la verdadera posesión; es de orden inferior y no produce, ni con mucho, las mismas ventajas que la verdadera posesión".(1)

Entre nosotros ésta figura se ve claramente en el arrendamiento, el cual siempre tiene una causa jurídica, un contrato, - por lo que al cabo de un determinado tiempo que ha sido previamente estipulado se restituye a su dueño, al no ser la cosa entregada por tiempo indefinido; sino en calidad de restituirla, es que la mera tenencia no da lugar a la prescripción.

"La mera tenencia jamás puede llevar a la prescripción."(2)

La posesión se puede considerar dividida en dos: según nos lleve a adquirir o no adquirir una cosa por prescripción.

La clase de posesión, que cumpliendo con los demás requisitos nos lleva a prescribir una cosa, llámase posesión útil y - la que no lleve consigo dicho efecto llámese posesión inútil.

La primera a su vez podría dividirse también en dos: posesión regular y posesión irregular, ambas nos conducen a adquirir una cosa por prescripción.

La posesión regular exige tres requisitos: a) tener un justo título, b) adquirir la posesión de buena fe, c) la tradición caso se invoque un título traslativo de dominio.

"El título (de adquisición) es un acto jurídico. Contra

(1) Planiol y Ripert. Tratado práctico de Derecho Civil Francés-Tomo 3o. obra citada por Rafael Rojina Villegas-pag.231-3a. Edición.

(2) última línea del No.683.pag.396-Edic.1940-Alessandri y Somarriva

riamente a lo que el término sugiere, no se trata, pues, de un escrito o documento, de un instrumentum; sino de un negocio jurídico".(1)

Ese acto jurídico expresan los hermanos Mazeaud, debe ser un acto cuya finalidad consiste en transmitir la propiedad u otro derecho real; un acto traslativo.

El justo título será un acto jurídico que tiene como finalidad transmitir un derecho real; pero en el caso de la posesión el justo título no llega a transmitir tal derecho, es decir le falta algo; pero al portador del título que no logró su finalidad se le permite que adquiera por prescripción. ~~NO~~ -

Algunos comentaristas se han preguntado, el porqué llamarle justo título a este requisito de la posesión cuando por sí solo no ha podido transmitir, lo cual llevó a los legisladores Mexicanos a suprimir el término de justo título, cambiándolo por --- "poseer en concepto de propietario", porque sea el título válido o no para transmitir el derecho de propiedad se encontrará su portador comprendido en dicha frase.

"El título en materia posesoria, es la causa, el antecedente, el porqué de la posesión"³

Y justo título es aquel que está exento de vicios".(2)

¿Qué debe entenderse por justo título? Los comentaristas franceses Colin y Capitant también están de acuerdo en los criterios anteriormente expresados y así vemos:

"Que debe entenderse por justo título..Por justo título no se entiende un escrito, sino un acto jurídico que, por su naturaleza, es traslativo de la propiedad (o del derecho real que se trata de prescribir) y al que sólo le ha faltado para haber transmitido al adquirente la propiedad (o el derecho real) proceder del verdadero propietario. Por ejemplo la venta, la donación, la permuta

(1) Hermanos Mazeaud.No.1501-3o. Inc.pag.212. Edición de 1960.

(2) A.Alessandri y Somarriva-No.687-Pag.397-Edición de 1940.

ta procedente de un nom domino, no convierten al adquirente en -- propietario, pero constituyen en su beneficio si ha sido puesto en posesión, el justo título exigido por el Art.2265".(1)

Algunos comentarista consideran que el requisito del --- "justo título" debiera ser considerado como un elemento de la buena fe; pero por respetar la tradición que nos viene desde los romanos, es considerado por la jurisprudencia francesa, como una condición de la prescripción decenal de los bienes inmuebles y por consiguiente como un elemento independiente de la buena fe.

Para comprender ésto hay que considerar, que a una persona le asiste el requisito del "justo título", cuando se instala regularmente en un inmueble aunque su condición sea como dice la doctrina, a "nom domino", por habérsela transmitido alguien sin tener el derecho para hacerlo.

Nuestro código refleja al menos indirectamente el sentir de la jurisprudencia francesa y así vemos como el Art. 750C. - en donde se trata de la buena fe nos dice:

"La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el - dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio.

Así, en los títulos traslaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

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".

Como se ve, pues, también nuestra legislación no ha que rido romper con los antecedentes romanos que exigían el justo títu

(1)Colin y Capitant No.290 Pag.559 Tomo 2o. 2a. Edición.

lo y la buena fe y para ello, también se consideran éstos, elementos distintos, aunque en la definición que de buena fe da el código se entreveé el caso del poseedor "a nom domino" de que hablaban los franceses; por lo razón de que éste no es más, que el que nuestro código comprende en el primer inciso del Art. antes citado, en que se dice lo que debe entenderse por buena fe. Hay que recordar que el poseedor "a nom domino", es aquel que sinceramente cree ser propietario de un bien por haberlo adquirido de un tercero; pero - que éste no tenía derecho para transmitirlo.

Nuestro código obviando cualquier problema que pudiera presentarse con relación al vocablo, "justo título", el cual optó mejor por no definirlo; sino que, prefirió mejor hacer una enumeración de los que considera "títulos injustos", y así vemos como el Art. 748C. expresa:

"No es justo título:

1o.) El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que pretende;

2o.) El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;

3o.) El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido.

4o.) El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya declarado como tal, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo del correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido".

50.- LA BUENA FE.

La buena fe es el segundo requisito de la posesión re-

gular.

"El poseedor es de buena fe cuando cree haber adquirido la propiedad u otro derecho real del verdadero propietario o del verdadero titular del derecho". (1)

No importa que haya tenido conocimiento de la existencia de otros vicios de su adquisición.

"Se entiende por buena fe la creencia en la existencia del derecho de aquel de quien emana el título de adquisición falsa opinio qua esiti dominii"(2)

El poseedor será de buena fe cuando cree que el título por el que ha adquirido le ha dado la verdadera calidad de propietario.

En Chile se considera la buena fe como el convencimiento de haber adquirido la propiedad de la cosa y así el Art. referente manifiesta que la buena fe "Es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio". (3)

Los Romanos entendían por buena fe, la creencia de ---- creerse propietarios.

En cambio la legislación Mejicana, que anteriormente en su código de 18840: sostenía los mismos criterios, cambió por completo al deslindarla para evitar confusiones con el justo título; sino, considera a la buena fe, como una cualidad de la posesión, - tampoco la mala fe es considerada como un vicio de la misma; por lo tanto adquiere por prescripción tanto el poseedor de buena como el de mala fe, en lo único en que se diferencian ambos poseedores, es en cuanto al tiempo en que adquieren; ya que la prescripción por parte del poseedor de mala fe es más prolongada; el de buena fe -- prescribe un inmueble en cinco años y el de mala fe en diez años.

(1) Mazeaud-pag.210 No.1498- Edición la.

(2) Colin y Capitant. No.292-pag.564- 3a. Edición Tomo 2o. Vol. 2o.

(3) Alessandri y Somarriva Pag.404-No.693-Tomo 2o. Edición de 1940.

A la inversa del otro requisito de la posesión regular que no lo definió el código, éste si lo define en el Art. 750C., - inc. lo. que expresa: "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio".

Se hace notar que nuestro código la define igual que el chileno por ser una copia de éste.

Lo que se deduce de la forma de pensar en la Doctrina y en la Ley es que la buena fe, significa la creencia de legitimidad del título invocado para adquirir un bien; por consiguiente, la -- buena o mala fe que pueda tener alguien, es algo interno, que pertenece a la interioridad del sujeto que pretende adquirir; así --- pues, para probarla no se puede recurrir a pruebas externas, por - que éstas no nos darían una certeza absoluta de la verdadera intención de la persona, por lo que, se tiene que recurrir a una prueba también interna como es la de presunciones, digo interna, por ser ésta una prueba racional, que deduce de hechos o circunstancias -- conocidas un hecho desconocido.

Y para evitar alguna duda que pudiera sobrevenir con relación a la prueba de la buena fe que pueda tener alguien, nuestro código en el Art. 751C. establece que la buena fe se presume; por consiguiente, si alguien asegura que un poseedor lo hace de mala fe, tendrá que probar ese hecho.

Al manifestarse al principio que la buena fe es la creencia de legitimidad, etc. etc., estamos dando lugar a los dos grados de error que conoce nuestra legislación o sea el error de hecho y el error de derecho; el error de hecho no se opone a la buena fe, así, si se contrata con Pedro en la creencia que es Juan, aunque en sí el acto no tuviera validez, bien pudo al contratarse tenerse sinceramente esa creencia. En cambio el error sobre algún -- punto de derecho, constituye una presunción de mala fe que no admi

te prueba en contrario.

Error se dice en lógica a "la disconformidad del pensamiento con la realidad".

Se puede definir también como "El concepto equivocado - que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa".(1)

Ahora bien, ¿en qué momento se necesita que exista la buena fe?. "El código civil se contenta con la buena fe del poseedor al momento de la adquisición".(2)

No importa pues, que posteriormente el que posee se da cuenta que, de quien adquirió no era el verdadero propietario. "La ley impone la honradez; pero no la delicadeza".(3)

Es decir que la ley considera que quien entra en posesión de una cosa ignorando algún vicio no sufre ningún reproche, si se da cuenta después de la existencia del vicio, la ley no le obliga a devolver la cosa, entra tal acción en el ámbito de las obligaciones naturales.

Nuestra legislación también acepta tal forma de pensar, así vemos en el inciso lo. del Art. 750C. en que se define la buena fe, se dice que es la conciencia de "haberse adquirido", es decir se refiere al momento pasado en que se adquirió la cosa y no se hizo alusión alguna al conocimiento posterior que se pudiera tener.

El tercer requisito de la posesión regular es la Tradición.

Pero ésta se exige solamente cuando se invoque un título traslativo de dominio; no así, si se invoca, un título constitutivo de dominio en cuyo caso se necesita solamente, la buena fe.

51.- Existen tres clase de títulos:

a) Títulos constitutivos, por los cuales se adquiere al

(1) Alessandri y Somarriva No.461-pag.331- 3a. Edición.

(2) Mazeaud No.1500 pag.211.

(3) Colin y Capitant-pag.564-final de la pag. 3a. Edición.

mismo tiempo la posesión y el dominio, por ejemplo: cuando por medio del aluvi6n, adquiero un terreno que se a~ade al que ya tengo, al mismo tiempo que adquiero la posesi6n de ese terreno adquiero - tambi6n su dominio.

b) T6tulos traslativos: en los cuales, del contrato celebrado no me deriva m6s que un derecho personal para exigir la entrega de la cosa.

c) T6tulos declarativos; que solamente, confirman un dominio o posesi6n ya existentes.

Nuestro c6digo civil en su Art. 747 dice as6: "la posesi6n de una cosa a ciencia y paciencia del que se oblig6 a entregar la, har6 presumir la tradici6n". Seguidamente, establece la excepci6n a esta regla, que es cuando la tradici6n haya debido efectuarse por instrumento p6blico", que se refiere al Art. 6670. en que se trata de la tradici6n del dominio de los bienes ra6ces y derechos reales sobre ellos constituidos, estableci6ndose que se llevar6 a cabo por instrumento p6blico.

52.- POSESION IRREGULAR.

Al enumerarse los requisitos de la posesi6n regular dijimos que eran: El justo t6tulo, la buena fe y la tradici6n, en su caso; por lo tanto posesi6n irregular ser6 aquella a la cual le hacen falta uno o m6s de 6stos requisitos.

Aparentemente el poseedor regular y el poseedor irregular, son iguales; sin exigirse los anteriores requisitos no se podr6 establecer cual es cada uno de ellos; ya que ambos dan la impresi6n de ser propietarios del bien pose6do, la diferencia radica en el factor tiempo; el poseedor regular prescribe la cosa en menos tiempo que el poseedor irregular.

El poseedor regular adquiere la cosa por prescripci6n -

ordinaria y el poseedor irregular adquiere por prescripción extraordinaria.

Posteriormente comentaremos ambas clases de prescripciones; bastará por de pronto, establecer que el hecho de ser un poseedor regular le da lugar a poder prescribir la cosa por prescripción ordinaria y el ser un poseedor irregular solamente podrá prescribir por la prescripción ordinaria, que como ya se dijo es de un lapso de tiempo mayor.

Dos son los casos que nuestro código reconoce de posesión irregular ellos son: a) la posesión violenta, que es la que se adquiere por la fuerza, ya sea ésta fuerza física o moral.

b) La posesión clandestina, Esta es aquella que se ejerce merced a la ocultación que de ella se hace a los que pueden tener derecho para oponerse a ella.

Como se dijo ambas pueden dar lugar a la prescripción, pero no a la ordinaria; sino a la extraordinaria que exige como se dijo, un tiempo mayor para poder adquirirse.

53.- Requisitos de la Prescripción.

Los requisitos de la prescripción son tres:

- a) que las cosas sean susceptibles de ser prescritas;
- b) poseer la cosa;
- c) Plazo.

54.- 1o.) Requisito de la Prescripción.

En términos generales, todas las cosas son susceptibles de ser adquiridas por prescripción; por excepción, ha y cosas que no se adquieren por este modo de adquirir.

Al hablar de cosas, nos referimos tanto a los bienes, - como a los derechos reales sobre ellos constituidos.

El Art. 2237 de nuestro código civil establece que:

"Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han

poseído con las condiciones legales.

Se ganan de la misma manera los otros derechos reales - que no están especialmente exceptuados".

De aquí, se desprende que no son susceptibles de ser adquiridos por prescripción los derechos personales y los derechos - personalísimos; porque si así fuera los hubiera incluido en dicho artículo; como establece el Art. es necesario que estén en el comercio humano.

"Cosas que no se pueden adquirir por prescripción: los derechos personales, los derechos de la personalidad, los derechos reales que haya expresamente exceptuado el legislador, las cosas - que estan fuera del comercio humano, las cosas indeterminadas, las cosas propias y el derecho a servirse de las aguas lluvias". (1)

Respecto a los derechos reales diremos que el Art. 567C. en su inc. 2o. y 3o. nos dice lo que son éstos y cuales son, siendo éstos: el dominio, la herencia, los de usufructo, uso y habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. Respecto a ellos diremos, que están sujetos a las mismas reglas, - es decir para prescribir éstos se necesitan los mismos requisitos que para prescribir el derecho de dominio, los cuales ya hemos esbozado, es decir que en principio todos ellos pueden ser adquiridos por prescripción, excepto, los que la misma ley exceptúe.

El Art. 2251C. de nuestro código se refiere a los derechos reales y a las excepciones a que aludimos, dice así:

"los derechos reales se adquieren por la prescripción - de la misma manera que el dominio y están sujetos a las mismas reglas, salvo las excepciones siguientes:

1o.) El derecho de herencia se adquiere por prescripción extraordinaria de treinta años, salvo lo dispuesto en el Art. 1191 y el caso en que los bienes hereditarios hayan pasado a ter

(1) Alessandri y Samarriva-Pag. 444-No. 763 Edición de 1940.

ceros poseedores de buena fe, pues entonces basta la prescripción ordinaria;

2o.) El derecho de servidumbre se adquiere según el Art. 884". De dicho Art. se desprende que la verdadera excepción, es la segunda; porque el Art. 884C. establece que: "las servidumbres discontínuas de todas clases y las servidumbres contínuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aún el goce inmemorial bastará para constituir las.

Las servidumbres contínuas y aparentes pueden adquirirse por título, o por prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio de los fundos".

O sea que la excepción quedará circunscrita solamente a las servidumbres discontinuas de toda clase y las contínuas inaparentes; en cambio la regla primera del Art. 2251, ya transcrito, - no viene a ser una excepción de la prescripción en general; sino - de las reglas de la misma, en cuanto al tiempo en que se adquiere, porque ya sea por prescripción ordinaria o por extraordinaria, se adquiere; no así las servidumbres discontinuas y contínuas inaparentes, para cuales ni el uso inmemorial de ellas bastará para prescribirlos.

En definitiva, a la pregunta que cosas se pueden prescribir se dirá: que en principio todas las cosas son susceptibles de ser adquiridas por prescripción, excepto las que la misma ley - declare imprescriptibles.

55.- Segundo requisito de prescripción.

b) La posesión de la cosa.

Al decir posesión de la cosa queremos con ello, deslindar todas aquellas figuras en que aparentemente se posea, como por ejemplo, la simple detentación, el mero tenedor como se dijo en -- principio no puede prescribir una cosa, nuestro código por excepción en el Art. 2249C. en su numeral 3o. expresa que: "Pero la exis

tencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, amenos de concurrir éstas dos circunstancias:

1) Que el --- que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

2o.) Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".

El lapso en que se adquiere por este Art. que se transcribe es de treinta años.

La posesión como requisito de la prescripción, debe ser una posesión no viciosa o sea que la que se necesita es aquella -- que contiene los elementos del corpus y del animus o corpus y animus domini, como dice Mazeaud.

El ánimo de dueño se presume siempre, como se dijo antes, sólo aquel que pretende lo contrario, deberá probarlo, existe este ánimo tanto en el poseedor regular como en el irregular; excluyendo por consiguiente al detentador o sea el simple tenedor, por poseer éste a nombre del verdadero dueño.

"La posesión debe carecer de vicios, Los vicios de equívoco o discontinuidad impiden que la posesión conduzca a la usucapición, lo mismo que los vicios de violencia o de clandestinidad. -- Cuando un copropietario pretenda usucapir, se le opondrá con frecuencia el vicio de lo equívoco. Se presume siempre la ausencia -- de vicios". (1)

Los actos que no constituyen posesión para A. Alessandri y M. Somarriva son: "1o. La mera tenencia;

2o.) La omisión de actos de mera facultad;

3o.) La mera tolerancia de actos que no constituyan gravámenes." (2)

(1) Mazeaud-No. 1485 inc. último-pag. 198 Primera Edición.

(2) A. Alessandri y M. Somarriva No. 765-pag. 446-Edición de 1940.

Se hace especial mención de la mera tenencia por presentar ésta mayor similitud con la posesión, no así los otros en los cuales sin dificultad alguna se dirá que por medio de ellos no se adquieren las cosas por prescripción.

3o.) Requisito de la prescripción.

56.- El Plazo: Para poder adquirir merced a éste modo de adquirir, se necesita haber poseído un determinado bien durante un cierto plazo, el cual varía según las diferentes legislaciones, la razón de exigirse un plazo, radica en darle una oportunidad al verdadero propietario de oponerse, ante la expectativa de adquisición de parte del tercero, ejerciendo las acciones que le competan.

La prescripción viene a ser como un castigo para el propietario negligente.

Se han visto dos clases de poseedores, los cuales pueden adquirir por prescripción; a) los poseedores regulares y b) -- los poseedores irregulares ambos adquieren; pero la diferencia radica en el plazo por medio del cual adquieren, los poseedores regulares adquieren por la prescripción ordinaria y los poseedores --- irregulares adquieren por la prescripción extraordinaria, la cual necesita un plazo más largo, en la generalidad de las legislaciones.

Hay que recordar que ambos se presumen propietarios de las cosas que poseen y que es la prueba la que se encarga de establecer quien es poseedor regular y quien lo es irregular.

El plazo de prescripción se cuenta por días, hasta completar el número de años exigidos, no se hace por horas ni por meses. El Art. 2247C. inciso 2o. de nuestro código establece que "cada dos días se cuentan entre ausentes por un sólo para el cómputo de los años".

Ausente es para nuestro código en tal sentido, aquel que no se encuentra en el territorio nacional. En el título referente a la prescripción no se mencionan otro Art. en que se exprese como se hace el cómputo; por lo que de él se deduce, que es por días --

hasta completar el año y así sucesivamente.....; la razón de contar distinto el tiempo del propietario ausente y del presente, es por demás lógico; ya que la prescripción surge, como se dijo, como un castigo para el propietario negligente, así tendrá más culpa, - el que se encuentre presente que el ausente a quien puede asistirle alguna excusa o razón; esta es la causa por la que se ve con mejores ojos, de tal manera que para poder prescribir un bien de un propietario ausente es necesario el doble de tiempo que para prescribir un bien de un propietario que se encuentre presente, porque éste pudo oponerse y si no lo hizo fue por su propia voluntad.

57.- Interrupción de la Prescripción.

Generalmente todas las legislaciones, están de acuerdo en admitir la existencia de dos clases de interrupción: a) Natural y b) civil.

Los comentaristas no están acordes en considerarla de igual forma, así podemos ver como, para Alessandri admite dos casos distintos: lo.) "Cuando sin haber pasado la posesión a otras -- manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada". y 2o.) cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona". (1)

Ambos casos se podrían traducir en la pérdida del "corpus", de parte del poseedor, contra su voluntad. Entendiendo pérdida no como extinción de la expectativa de derecho de prescripción; sino más bien como despojo, el cual según el tiempo que dure, puede o no acarrear la pérdida definitiva del que pretende prescribir; la interrupción afecta la posesión como elemento de la prescripción impidiendo al poseedor ejercer actos posesorios sobre la cosa, tiene ésta íntima relación con aquellos casos que comentábamos en la accesión, entre ellos principalmente, con el Art. 633, que trata - (1) Alessandri y Somarriva No.769-pag. 448 y 450 subnúmero 1o. y 2o. del Tomo 2a. Edición de 1940.

de la avulsión y el caso de inundación comentado en el Art. 634, ambos artículos del código civil; la primera porque hace perder la posesión sobre la parte del terreno que se desprende y se posa en otro lugar, en este caso la figura de la interrupción se vería claro si el dueño del terreno desprendido dentro del término del año subsiguiente, de que habla el Art. 10. reclama como suyo y se lo lleva al lugar de su origen; si el propietario mencionado deja pasar el término sin reclamar el terreno desprendido pierde su derecho y da lugar a que el propietario del terreno en que posó la parte de terreno desprendido lo adquiera en virtud de la accesión.

El Derecho Francés considera que la posesión es continua, cuando en una forma constante el poseedor ejecuta los actos materiales de uso, goce y disfrute de la cosa, no es que se exija que éstos determinados actos se ejecuten día a día; sino que, la reiteración de esos actos demuestren el deseo de ejercer la posesión, la dificultad está en la prueba, pero se concede a los jueces la facultad discrecional para apreciar el hecho de que haya habido o no verdadero ánimo de poseer y por consiguiente, si faltó éste, habrá interrupción.

El Derecho Español se diferencia del Derecho Francés, en cuanto a la dificultad de probar la continuidad de la posesión, en efecto es muy difícil probar esta continuidad, si se exige que se pruebe día a día. Hay que advertir que no es esto lo que entiende el derecho francés.

El Derecho Español invirtió los términos y dijo: es posesión continua la que no es interrumpida, sólo se interrumpe por determinados medios, y estos medios son más fáciles de probar, porque son hechos determinados que suceden contadas veces en el tiempo en que se está poseyendo, además quien tenga interés en la interrupción tendrá que probarla; ya que como es imposible tratar de probar un hecho negativo, la generalidad de legislaciones están --

acordes en considerar que es el actor a quien corresponde la carga de la prueba. O sea que la continuidad de la posesión la presume - el Derecho Español, a no ser la prueba contraria que se demuestre, así pues, el que prueba es aquel que impugna la continuidad de la posesión.

La Legislación Mexicana opta por una posesión ecléctica. Así expresa que no obstante que la posesión no haya sido interrumpida, si se prueba que no hubo actos constantes de posesión, se aumenta el término de la prescripción. Acepta en ésta última parte la tesis francesa de la continuidad en la posesión.

Nuestra legislación en el Art. 2240 C. tácitamente presume la continuidad, porque particularizar afirmando que una determinada posesión ha sido interrumpida, implica su prueba; ya que entre nosotros la carga de la prueba corresponde al actor en virtud del Art. 237 Pr. en que se expresa que la obligación de producir - pruebas corresponde al actor.

58.- Interrupción Natural.

La interrupción natural la trata nuestro código en el - Art. 2241C. en él se comprende dos casos diferentes: 1) cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el - ejercicio de actos posesorios, cómo cuando una heredad ha sido permanentemente inundada, y 2) cuando se ha perdido la posesión por - haber entrado en ella otra persona.

El último inciso de dicho Art. establece que "la interrupción natural de la primera especie no produce otro efecto que el de descontarse su duración; pero la interrupción natural de la segunda especie, hace perder todo el tiempo de la posesión anterior, a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a - lo dispuesto en el título "De las acciones posesorias", pues en -- tal caso no se ~~entenderá~~ haber habido interrupción para el desposef do".

De este Art. se desprende que nuestro código admite dos efectos diferentes de la interrupción natural, en el primer caso - la interrupción no trae consigo el efecto de extinguir la posible prescripción del poseedor; sino que, sólomente descuenta el tiempo, es decir, que no lo toma en cuenta para tal efecto, viene a ser lo que la legislación mejicana llamó aumentar el tiempo de la prescripción, o sea sumarle al término de la prescripción el tiempo de la interrupción. En el segundo caso es diferente, la interrupción suspende definitivamente la prescripción, a no ser que el que pretende prescribir la cosa, la recupere ejerciendo las Acciones Posesorias pertinentes. Arts. 918 sigs.

59.- Interrupción Civil.

El Derecho Francés admite un caso, del cual se deriva la interrupción civil, este es: la interpelación hecha por el verdadero propietario, esto es así, no obstante que ésta interpelación no destruye ni el "corpus ni el animus"; sino que, simplemente es la reclamación del propietario, por medio de ella, éste termina con la etapa inactiva en que se encontraba y trata de impedir mediante un acto judicial que el poseedor prescriba su cosa. La ley por razón de equidad, por razón de justicia, concede a la interpelación el efecto de interrumpir la prescripción.

¿Qué entiende el Derecho Francés por interpelación? Esta no es otra cosa que el emplazamiento, la citación judicial o la misma demanda entre nosotros.

Con respecto al emplazamiento del Derecho Francés o la demanda entre nosotros, se suscita el problema de la notificación de la misma, ambos derechos no están de acuerdo, para el Francés - basta el emplazamiento aunque éste no sea notificado; en cambio para nosotros es distinto, nada interesa la demanda si ésta no ha sido notificada porque es hasta entonces que se puede decir que hay litis, que hay litigio, entre nosotros es un requisito sin el cual

no hay interrupción civil. "No. lo. del Art.2242C.", con solo presentar la demanda no se deduce nada si no se notifica, parece que en esto, es más lógico el Código Chileno del cual hemos copiado el nuestro que acepta la tesis de la necesidad de la notificación.

Los comentaristas Franceses Colin y Capitant admiten, además del emplazamiento, otro caso de interrupción civil de la --prescripción, este es: "el reconocimiento por parte del poseedor - del derecho de aquel contra quien prescribe". (1) A la vez aclaran que se pudiera decir que es más bien una interrupción natural; ya que desde el momento que se reconoce la propiedad de otro, se pierde el animus, requisito de la posesión y el autor de tal reconocimiento no podrá prescribir ni en este plazo ni en otro nuevo, por degenerar su posesión en una mera tenencia; pero sí el poseedor en vez de reconocer el dominio de otro dice ser un usurpador, sin título alguno, el emplazamiento surte el efecto de interrumpir, pero el usurpador podrá comenzar otro nuevo plazo de prescripción; por no ser la buena fe indispensable en Derecho Francés--para prescribir, eso sí, la prescripción ya no será decenal; sino que, de treinta años. Hay que hacer notar que ambos están de acuerdo en que la intervención del propietario tiene que ser estrictamente judicial y no extrajudicial, no importa que dicha intervención se haya hecho ante un Tribunal incompetente, lo que se requiere es que sea judicial, la Ley más atiende a la manifestación judicial del verdadero o presunto propietario, de querer interrumpir la prescripción de su cosa por parte del poseedor.

Nuestra legislación establece la interrupción civil en el Art. 2242C. que expresa: "Interrupción civil es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor.

Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la -

(1) Colin Capitant No.284 final de la pag.543-3a.Edición C.E.de Derecho Civil.

interrupción; y ni aún él en los casos siguientes:

1o.) Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal.

2o.) Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o cesó en la persecución por más de tres años.

3o.) Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.

Tampoco la interrumpe el juicio conciliatorio".

60.- Clases de prescripción.

Al comentar la posesión se dijo que existían dos clases de posesión: regular e irregular, según faltaren o no los requisitos de justo título y buena fe o tradición- según los casos, la posesión se dijo que era un elemento de la prescripción, sin el cual ésta no podría existir, ahora bien al haber dos clases de posesión, cada una de ellas al cumplir determinado tiempo dará origen a las dos clases de prescripción que nuestra ley conoce con los nombres de prescripción ordinaria y prescripción extraordinaria, la primera es aquella que proviene de la posesión regular, es decir aquella - en la que su titular posee con justo título, buena fe y tradición según los casos y la segunda es aquella que proviene de la posesión irregular, o sea, aquella a la cual le faltan uno o más de los requisitos antes mencionados, como es lógico la primera es mejor vigta por la ley, razón por la cual, el que por medio de ella adquiere lo hace en menos tiempo que por la otra.

61.- PRESCRIPCIÓN ORDINARIA.

El Art. 2246C. de nuestro Código establece que: "Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren".

El plazo necesario para adquirir por esta clase de prescripción varía según las diferentes legislaciones; pero para apre-

ciarlo se tienen en cuenta los mismos lineamientos generales, así se consideran de distinta manera los bienes muebles y los inmuebles, también se considera distinta la situación del propietario ausente y el presente, por razones de justicia y de equidad que son fáciles de imaginar. En general se puede decir que se admite la prescripción de los bienes muebles en menos tiempo que los bienes inmuebles, así vemos cómo la Ley Chilena acepta para prescribir los bienes muebles un término de dos años y para los bienes inmuebles un término de cinco años; nuestra legislación admite la prescripción de los bienes muebles en el término de tres años por la prescripción ordinaria, en virtud del Art. 2247C. y para los bienes inmuebles el plazo de diez años por la misma clase de prescripción en virtud del mismo artículo y la legislación francesa va todavía más lejos y admite la prescripción instantánea de los mismos bienes por razones relacionadas con la rapidez de las transacciones y las necesidades del comercio en las cuales como se dice, se suprime todo plazo para adquirir los bienes muebles en virtud del Art. 2279 párrafo primero del código civil francés, el cual se refiere exclusivamente al poseedor de buena fe; pero referente a una cosa inmobiliaria quedando por consiguiente excluidos los derechos incorporales, y para los bienes inmuebles establece la prescripción abreviada o Usucapión decenal o la treintenal según los casos.

Para computar los plazos se basan las diferentes legislaciones en las reglas generales que establecen los diferentes códigos para tales casos, que son semejantes a los que nuestro código establece en los Art. 46, 47, 48 del título preliminar del código civil.

Como se dijo anteriormente la situación del ausente es vista equitativamente por las diferentes doctrinas y legislaciones de los diferentes países, en el caso nuestro hay que hacer notar una circunstancia y es el hecho de que por haber definido nuestra

legislación lo que para los efectos de la prescripción es el ausente, en el inciso último del Art. 2247C., ésta disposición se aplicará con preferencia a otras disposiciones que se refieran a lo mismo pero que no se encuentren especialmente transcritas en el título de la prescripción en virtud del Art. 13C., dicho inciso dice así: "Se entiende por presente para los efectos de la prescripción -los que viven en el territorio de la República y ausentes los que residen en país extranjero y que no hayan dejado apoderado competente para la administración de sus bienes".

La razón que abona al legislador para tratar de distinta manera al ausente que al presente, es la mayor negligencia que ha tenido el propietario presente al no impedir que el poseedor -prescriba su cosa, al ausente al menos le acompaña la circunstancia de encontrarse residiendo fuera del país y es por eso que la ley exige que para prescribir sus bienes se necesita el doble de tiempo que cuando se trate de prescribir un bien de un propietario que se encuentre residiendo en el país.

En nuestra ley el Art. que establece el tiempo por el cual se adquiere mediante ésta clase de prescripción es el Art. 2247C. que establece que "El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de tres años para los bienes muebles y de diez años para los bienes raíces.

Cada dos días se cuentan entre ausentes por un sólo para el cómputo de los años.

Se entienden presentes, para los efectos de la prescripción, los que viven en el territorio de la República y ausentes los que residen en país extranjero y que no hayan dejado apoderado competente para la administración de sus bienes".

Así mismo es una característica propia de la prescripción ordinaria el hecho de suspenderse en beneficio de cierta categoría de personas, atendiendo a la condición especial de las mismas. Se

dice que es una característica de esta clase de prescripción, porque ella no tiene efecto cuando corre la prescripción Extraordinaria, la cual no hace distinciones y corre igual contra toda clase de personas. Estas personas de que hablamos son. los dementes, sordomudos y todos los que estén bajo Patria Potestad o bajo tutela o Curaduría y también en contra de la herencia yacente, en virtud del Art. 2248 del código civil. Hay que advertir que habiendo cesado la circunstancia que hizo que se suspendiera la prescripción, seguirá ésta corriendo tomando en cuenta el tiempo anterior si alguno hubo, porque la prescripción se suspende sin extinguirse.

62.- Prescripción Extraordinaria.

Es la posesión irregular como se dijo la que da origen a la prescripción extraordinaria. La posesión irregular es aquella en la que faltan uno o más de los requisitos de la posesión regular, a saber, justo título, buena fe o tradición, si para poseer se alega un título traslativo de dominio, estos requisitos, por consiguiente faltarán también en la prescripción extraordinaria -- que como se dice proviene de esta clase de posesión.

Dos son entonces los requisitos que exige esta especie de prescripción: a) posesión irregular no interrumpida y exenta de vicios y b) que dure el tiempo determinado por la ley. Esta clase de prescripción por el mismo hecho de originarse en la posesión -- irregular no es vista con la misma benevolencia por el legislador y es por eso que para adquirir mediante ella se necesita un plazo mayor que para prescribir por la otra clase de prescripción en nuestra ley se establece el plazo de treinta años, en virtud del Art. 2250C. que expresa: "El lapso de tiempo para adquirir por ésta especie de prescripción es de treinta años contra toda persona y no se suspende a favor de las comprendidas en el Art. 2248, números 1o. y 2o. "De este artículo se desprende que esta clase de prescripción no se suspende en favor de los incapaces y de la herencia yacente co-

rriendo de la misma manera contra toda clase de personas. La forma de computar el tiempo de la misma se hace siguiendo las mismas reglas generales enumeradas en el título preliminar del código que se mencionaron para computar el tiempo de la prescripción ordinaria, tampoco hace distinción esta clase de prescripción entre el -- propietario ausente y el presente o que el bien que se trata de -- prescribir sea mueble o inmueble, etc. etc.

La diferencias entre ésta clase de prescripción y la anterior son las siguientes: a) En la prescripción ordinaria se necesita posesión regular y en la extraordinaria se necesita posesión irregular.

b) En la ordinaria el plazo es de diez años, Art.2247C. y en la extraordinaria el plazo es de treinta años, Art.2250C.

c) la ordinaria se suspende en relación a cierta categoría de personas, no así la extraordinaria que corre pareja contra toda clase de personas.

d) En la prescripción ordinaria se trata distinto la -- condición del propietario ausente y el presente, en cambio en la -- otra clase de prescripción no se hace ninguna diferencia.

e) El plazo para adquirir por la prescripción ordinaria los bienes muebles es distinta de los inmuebles.

La prescripción extraordinaria es una oportunidad más que la ley concede a todos aquellos poseedores a quienes por faltarles uno o más requisitos para ser poseedores regulares, no han podido adquirir por medio de la prescripción ordinaria según las -- reglas establecidas en el Art. 2249C. que en lo referente expresan:

"1) Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno;

2) Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio;

3) Pero la existencia de un título de mere tenencia hará

presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:

1a.) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción.

2a.) Que el que alega la prescripción, pruebe haber poseído, sin violencia, clandestinidad, ni interrupción, por el mismo espacio de tiempo".

63.- EFFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN.-

La prescripción o Usucapión, es un modo de adquirir el dominio de las cosas, esa forma de apreciarla no ha sido uniforme en el pensar de los comentaristas, es así como, unos admiten este efecto solamente en el caso de usucapión decenal del derecho Francés; pero no así en la treintenal, porque ésta funciona la mayoría de veces en favor del verdadero propietario, quien por alguna razón no pudo justificar su derecho, es por eso que para él, más que un modo de adquirir, es una simple facilidad de prueba, la usucapión prolongada viene nada más a confirmar un derecho de propiedad preexistente, esto es así, porque es más fácil justificar la posesión, que justificar la realidad de un derecho sobre la cosa.

Otros admiten en parte lo dicho anteriormente, pero nada más en cuanto que es más fácil justificar la posesión; pero no están de acuerdo en que no sea un modo de adquirir, porque si bien es cierto que la mayor parte de veces confirma un derecho de propiedad preexistente, hay otros casos en la prescripción o Usucapión en que se favorece por medio de ella a un poseedor que no era propietario. Se hace uso generalmente de la prescripción, por no poderse acreditar un derecho; es por ésta razón que se toma como si lo adquiriera. Aceptado lo anterior se puede decir que el primer efecto de la prescripción es que por medio de ella se adquiere el dominio de una cosa y desde el momento en que se cumple nace pa

ra el titular del derecho una acción, que se llama acción reivindicatoria o acción de dominio en contra de cualquier persona que le despoje de la cosa; así también le nace al titular una excepción - para ponerla al antiguo dueño, en el caso que quisiera recuperarla, excepción que en nuestro medio está catalogada como una excepción perentoria, es decir que extingue la acción intentada pudiéndose oponer en cualquier estado del juicio antes de la sentencia.

Una vez adquirida la usucapión obedece a tres reglas en su aplicación: 1a.) se produce retroactivamente; 2a.) lleva a que el poseedor adquiera el derecho del titular precedente; 3a.) No se produce a no ser que el poseedor consienta en ello.

La primera regla significa que la ley por ficción hace de caso que la propiedad de la cosa se obtuvo desde el día en que se comenzó a poseer; esto es así, porque pueden haber habido terceros que ante la apariencia de propiedad, hayan contratado con el - entonces poseedor, así pues, también los actos que se hayan celebrado sobre la cosa se encuentran consolidados retroactivamente. - La segunda regla significa que: siendo la prescripción un modo de adquirir derivativo y no originario no hace nacer un nuevo derecho, sino lo único que nace es un propietario distinto de la cosa, que adquiere un derecho tal cual existía antes, con los mismos gravámenes que pesaban sobre él.

La tercera regla se refiere a que la prescripción existe, siempre y cuando el poseedor la invoque, lo cual significa que el juez no la puede declarar de oficio, esto es doctrinariamente; porque en la práctica hay excepciones, así como la establecida en nuestra ley en el Art. 591 No. 1o. del Código de Procedimientos Civiles en que se expresa que: "1a.) las ejecutorias de las sentencias de los tribunales, Jueces de la Instancia o de Paz, arbitros o arbitradores, con tal que no esté prescrita la acción ejecutiva". Como se ve éste es un caso en que el juez puede declarar de oficio la -

prescripción. La razón que tuvo el legislador para establecer tal excepción, es la siguiente: dicho numeral se refiere a una ejecutoria, por lo que al seguir el juicio ejecutivo, tendríamos que darle a la ejecutoria el trámite establecido en el Art. 450 Pr. - que como es sabido, suprime el término del encargado o término de prueba en el cual tendríamos que ventilar la excepción, al no existir éste, como se dice, nos veríamos en la imposibilidad de poder probar la excepción; razón por la cual, se le concede al juez el poderla declarar de oficio.

Hay que hacer notar que por la prescripción no sólo se adquiere el derecho real de dominio; sino también los derechos reales que no los exceptúe expresamente la ley, los derechos reales que se exceptúan son las servidumbres discontinuas e inaparentes - que antes se hizo mención y si el comentario a la prescripción se ha hecho alrededor del derecho real de dominio es por ser éste el derecho real por excelencia; nuestro código establece la esfera de aplicación de la prescripción en el Art. 2237 del código civil que expresa: "se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales.

Se ganan de la misma manera los otros derechos reales - que no estén especialmente exceptuados".

=====
 %%%%%%%%%%
 =====

BIBLIOGRAFIA DE TESIS

- | | |
|--|---|
| Lecciones de Derecho Francés. | Hermanos Mazeaud. |
| Curso de Derecho Civil. | Dres. Arturo Alessandri -
Rodríguez y Manuel Soma-
rriba Undurraga. |
| Comentarios al Código Civil
Español. | Dr. José María Manresa y
Navarro. |
| Explicaciones de Derecho Civil
Chileno y Comparado. | Dr. Luis Claros Solar. |
| Curso Elemental de Derecho Civil. | Dres. Ambrosio Colin y H.
Capitant. |
| Derecho Civil Mexicano. | Dr. Rafael Rojina Villegas. |
| Curso Elemental de Derecho Romano. | Eugene Petit. |
| Derecho Civil Español Común y Foral. | Dr. José Casten Tobeñas. |
| Enciclopedia Jurídica "Omeba" | Tomo XXII. |
| Diccionario de Derecho Usual | Guillermo Cabanellas. |
| Nueva Enciclopedia Jurídica. | Publicada bajo la dirección
de Carlos E. Mascororeñas. |