

**RAFAEL ROJINA VILLEGAS**

EX CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL EN LA UNAM, EX MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

**COMPENDIO  
DE  
DERECHO CIVIL  
II**

**BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES**

CUADRAGESIMOPRIMERA EDICIÓN  
CONCORDADA CON LA LEGISLACIÓN VIGENTE  
POR LA LIC. ADRIANA ROJINA GARCÍA



**EDITORIAL PORRÚA**  
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15  
MÉXICO, 2008

Primera edición, 1963

Derechos reservados © 2008, por  
Rafael ROJINA VILLEGAS  
Fuego núm. 832, Jardines del Pedregal  
01800 México, D. F.

Las características de esta edición son propiedad de  
EDITORIAL PORRÚA, S. A. de C. V. — 2  
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D. F.

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 970-07-6622-5

IMPRESO EN MÉXICO  
PRINTED IN MEXICO

## BIENES Y DERECHOS REALES

### T I T U L O I

#### EL PATRIMONIO, LOS DERECHOS Y LAS OBLIGACIONES REALES

##### C A P I T U L O I

###### DEFINICIÓN Y TEORÍAS SOBRE EL PATRIMONIO

1.—*Definición.*—El patrimonio se ha definido como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho (*universitas juris*). Según lo expuesto, el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además, por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de una valorización pecuniaria.

"Definición.—Se llama patrimonio al conjunto de derechos y obligaciones pertenecientes a una persona, apreciables en dinero. Si se quiere expresar su valor con una cifra, es necesario sustraer el pasivo del activo, conforme al proverbio '*bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno*'. (Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, t. III, Los Bienes, pág. 13 de la traducción de José M. Cajica Jr., Puebla).

2.—*Elementos del patrimonio.*—Dos son los elementos del patrimonio: el activo y el pasivo. El activo se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero, y el pasivo por el conjunto de obligaciones y cargas también susceptibles de valorización pecuniaria. Los citados bienes y derechos de carácter patrimonial se traducen siempre en derechos reales, personales o mixtos (con caracteres reales y personales a la vez) y, en tal virtud, el activo de una persona quedará consti-

tuido por derechos reales, personales o mixtos. A su vez, el pasivo se constituye por obligaciones o deudas que son el aspecto pasivo de los derechos personales, es decir, contemplados desde la posición del deudor, y cargas u obligaciones reales o propter rem, distintas de las personales, que también son susceptibles de estimación pecuniaria.

La diferencia entre el activo y el pasivo de una persona arroja su haber patrimonial, si el primero es superior al segundo, o su déficit patrimonial, en caso contrario. A su vez, el haber y el déficit nos permiten determinar los conceptos jurídicos de *solvencia e insolvencia*. Se dice que hay solvencia, cuando el activo es superior al pasivo, y que hay insolvencia en el caso contrario. En otras palabras, el artículo 2166 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, dice: hay insolvencia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, estimados en su justo precio no iguala al importe de sus deudas. "La mala fe, en este caso, consiste en el conocimiento de ese déficit".

3.—*Teorías sobre el patrimonio*.—Fundamentalmente existen dos teorías sobre el patrimonio, la llamada clásica, que también podríamos designar con el nombre de *teoría del patrimonio-personalidad*, y la teoría moderna, llamada *teoría del patrimonio-afectación*.

Planiol, Ripert y Picard, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo III, págs. 22 a 27.—Brinz en sus Pandectas ha elaborado la teoría de los patrimonios de destino.

4.—*Teoría clásica o del patrimonio-personalidad*.—Para la escuela clásica francesa (escuela de la exégesis), el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas que integran el patrimonio, constituyen una entidad abstracta, una universalidad de derecho, que se mantiene siempre en vinculación constante con la persona jurídica. (Aubry y Rau. Cours de Droit Civil Français. Tomo IX, número 574, pág. 333). El patrimonio se manifiesta como "una emanación de la personalidad y la expresión del poder jurídico de que una persona se halla investida como tal".

Precisamente esta vinculación estrecha entre el patrimonio y la persona, permitió a la escuela clásica la formación del concepto de patrimonio, como una emanación de la personalidad, a tal grado, que la crítica que se ha hecho a esta doctrina descansa fundamentalmente, en el hecho de que se deriva la noción de patrimonio de la noción de persona.

Planiol, ob. cit., t. III, págs. 13 a 15.

Aubry y Rau, entre otros autores de la escuela clásica, mencionan los siguientes principios o premisas fundamentales en esta materia:

a) Sólo las personas pueden tener un patrimonio, porque sólo ellas pueden ser capaces de tener derechos y obligaciones.

b) Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio. El patrimonio, como una entidad abstracta, comprende no sólo los bienes presentes, *in actu*, sino también los bienes *in potentia*, o por adquirir. Es decir, no supone necesariamente una riqueza actual, pues para la escuela clásica la noción de patrimonio corresponde a la aptitud de poseer en un momento dado, de tener bienes y derechos y reportar obligaciones. Debe verse sólo la posibilidad del sujeto de tener ese conjunto de bienes, derechos y obligaciones, o en otras palabras, de tener la aptitud o capacidad para ser titular de los mismos.

c) Toda persona sólo puede tener un patrimonio; nunca podrá tener dos o más patrimonios. Es decir, el patrimonio como la persona es indivisible. De esta suerte, el patrimonio será una universalidad de derechos y obligaciones, con relación a una persona determinada. El atributo de unicidad es inherente al mismo concepto de universalidad; siempre aquellos derechos y obligaciones que corresponden a un sujeto tendrán que agruparse, vincularse y referirse a una persona, constituyendo un todo.

Por ser el patrimonio una emanación de la misma persona, participa de los atributos de unidad e indivisibilidad que caracterizan a ésta

d) El patrimonio es inalienable durante la vida de su titular. Este es el principio llamado también de la inalienabilidad del patrimonio. No puede existir una enajenación total del patrimonio durante la existencia de la persona a que corresponda, porque sería tanto como admitir que puede enajenarse la personalidad. Sólo por la muerte de la persona física existe una transmisión total del patrimonio a sus herederos, exceptuando los derechos y obligaciones que concluyen con la muerte; durante la existencia de la persona, pueden existir transmisiones a título particular, y no a título universal, aunque se enajenen todos los bienes y obligaciones presentes.

5.—*Crítica a la doctrina clásica.*— De acuerdo con estos principios se estableció por la escuela clásica una noción del patrimonio artificial y ficticia, despegada de la realidad y vinculada hasta confundirse con la capacidad, que en realidad es difícil distinguir ambos conceptos. pues además de considerar al patrimonio como conjunto de bienes presentes, se le considera también como aptitud para adquirir bienes futuros, y más aún, se acepta que en un momento dado exista el patrimonio sin los bienes presentes, bastando la posibilidad de adquirirlos en el futuro. Es por esto, que toda persona debe tener necesariamente un patrimonio,

aunque no posea bienes ni reporte obligaciones, bastando la aptitud o posibilidad que tiene para adquirir dichos bienes o llegar a ser sujeto de obligaciones y derechos. Debido a esta confusión entre patrimonio y capacidad se atribuyen al primero las características de indivisibilidad e inalienabilidad, que son inherentes a la persona.

Como el derecho positivo nos presenta casos que permiten la división del patrimonio y su enajenación total, se inicia un movimiento que se apoya en dichas excepciones a los principios generales enunciados, que tiene por objeto demostrar que la noción de patrimonio ni es un concepto tan abstracto o ficticio que llegue a confundirse con la capacidad, ni es exacto que el patrimonio sea siempre indivisible e inalienable por acto entre vivos.

En la transmisión hereditaria, tenemos un caso de excepción, en cuanto a la posibilidad de que el heredero tenga en un momento dado dos masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones, sujetas a regímenes jurídicos distintos, de tal suerte que vengan a constituir dos patrimonios, siendo uno el personal del heredero y el otro, el patrimonio que recibe por herencia. Este caso se acepta por aquellas legislaciones que, como la nuestra, establecen categóricamente que: "la aceptación (de la herencia) en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese" tal como lo dice textualmente el artículo 1678 del Código Civil vigente. De esta suerte, en tanto que no se haga la liquidación de la herencia y se determine si existe o no un haber líquido hereditario, el patrimonio personal del heredero no se confunde con el patrimonio que hereda, pues sus acreedores no pueden ejecutar sus créditos en el haber hereditario, en perjuicio de los acreedores de la sucesión, ni éstos pueden embargar bienes del heredero, si el activo hereditario no alcanza para cubrir el pasivo, dado el beneficio de inventario. Sólo hasta que se liquida la herencia, si existe un haber hereditario, ya cubierto el pasivo, se operará la confusión de ese haber con el patrimonio personal del heredero.

— 6.—*La universalidad jurídica.*—El conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas de una persona apreciables en dinero, constituye una universalidad jurídica. La cual integra el patrimonio; es decir, si el conjunto no forma una universalidad jurídica, no es un patrimonio; existen en el derecho masas de bienes que se llaman universalidades de hecho, pero no son patrimonios. La persona podrá tener distintas universalidades de hecho, pero sólo un patrimonio que se presenta como único, indivisible y abarcando tanto el conjunto de bienes presentes, como los

bienes, derechos y obligaciones futuros. Es decir, el concepto de universalidad se extiende en el tiempo y en el espacio. En el tiempo, porque comprende todos los bienes, derechos, obligaciones y cargas que la persona tenga o pueda tener en el futuro; en el espacio, porque abarca absolutamente todo aquello que tiene un valor pecuniario; no importa que se trate de bienes heterogéneos, de masas autónomas de bienes destinadas a fines económicos diversos.

Planiol, ob. cit., t. III, pág. 15.

7.—*Universalidad de hecho*.—Esta entidad abstracta, puede existir como universalidad de hecho o como universalidad jurídica. La universalidad de hecho es también una entidad con vida independiente de sus elementos, pero se distingue de la universalidad jurídica en que sólo comprende una masa de bienes destinados a un fin económico; en cambio, la universalidad jurídica es, sobre todo, un conjunto de derechos y obligaciones, imputables a la persona, que tienen vida independiente desde el punto de vista del derecho de los elementos activos y pasivos que la constituyen.

Además, dentro del concepto de universalidad jurídica se abarcan todos los derechos y obligaciones de la persona, así como los bienes objeto de esos derechos u obligaciones.

En cambio, la universalidad de hecho constituye un sector limitado dentro de la esfera patrimonial de la persona. Toda universalidad de hecho supone una parte del activo patrimonial. Hay, por consiguiente, la relación del todo a la parte, entre la universalidad jurídica y la universalidad de hecho.

En la universalidad de hecho únicamente se comprenden ciertos bienes que forman una parte del activo patrimonial de la persona y que se agrupan en relación con un fin económico determinado. El fundo mercantil es una universalidad de hecho. El ganado objeto de un contrato, testamento o usufructo, constituye una universalidad de hecho como entidad. La negociación es una universalidad de hecho que puede venderse, permutarse o darse en usufructo. Es una entidad independiente de los elementos que la constituyen; pueden cambiar esos elementos y la entidad subsiste. La autonomía que tiene esa masa de bienes, es económica, y no jurídica, pero el derecho reconoce esta autonomía económica, para crear el fundo mercantil y para realizar la posibilidad de que sea una cosa objeto de relaciones jurídicas. Constituye esta universalidad de hecho, una parte simplemente de lo que es la universalidad jurídica de la persona; puede la persona tener distintas universalidades de

hecho, y estas diversas universalidades de hecho pueden ser objeto de contrato o de derechos reales. En cambio, la persona nunca puede tener dos o más universalidades jurídicas. El patrimonio es único y es que el carácter total que abarca todo lo que la persona puede tener, logra la indivisibilidad en la universalidad jurídica. Por eso la universalidad jurídica no puede ser objeto de contrato, ni puede venderse, permutarse o arrendarse.

Enajenar la universalidad jurídica sería tanto como enajenar la personalidad. El patrimonio es la universalidad jurídica por excelencia.

Los autores mencionan también la herencia o sucesión, como universalidad jurídica; en rigor, la herencia no es otra cosa que parte del patrimonio del difunto. El conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas apreciables en dinero, que se transmiten por la muerte. No hay identidad entre el concepto del patrimonio y la herencia. La herencia o sucesión es un sector, el más importante de los derechos patrimoniales. Conviene, por consiguiente, precisar la diferencia entre herencia como universalidad jurídica, distinta del patrimonio que fue del autor de la sucesión, el cual integró otra universalidad jurídica y tuvo un alcance más amplio que el de la herencia.

Bonnecase, Suplemento al Tratado de Baudry Lacantinerie, t. IV, números 253 y siguientes.

Julián Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, traduc. del Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, t. II, págs. 70 a 72.

Ciertas legislaciones reglamentan otras universalidades jurídicas, como la comunidad de bienes de los esposos que integran la sociedad conyugal. Nuevamente notamos que esta universalidad jurídica que se forma por la comunidad de bienes, constituye un conjunto de derechos, obligaciones y cargas. Abarca todo lo que aporten los consortes de acuerdo con la norma jurídica que constituye la sociedad conyugal, comprendiendo tanto activo como pasivo. Por esto, dentro de la universalidad jurídica, siempre tenemos que imputar los bienes, derechos y obligaciones a una persona.

---

No puede existir el concepto de universalidad jurídica como simple masa de bienes que constituya un sector en el patrimonio de la persona. En cambio, sí puede constituirse el concepto de universalidad de hecho como un sector determinado dentro del patrimonio de la persona.

Debemos reconocer que esta distinción en universalidad jurídica y de hecho, es uno de los puntos más discutidos en el derecho civil y privado en general. Se nota que hay ciertas dudas para querer formular conclusiones categóricas, porque el concepto mismo de la universalidad



de hecho es demasiado impreciso para compararlo con el de la universalidad jurídica.

8.—*Doctrina de Aubry y Rau.*—Refiriéndose al patrimonio-personalidad, Aubry y Rau exponen doce principios.

1.—El patrimonio es un conjunto de elementos activos y pasivos estimables en dinero que constituyen una universalidad jurídica.

2.—Hay una vinculación indisoluble entre patrimonio y persona, porque el primero es inconcebible sin la segunda, y ésta supone a aquél.

3.—El patrimonio tiene dos aspectos: en sentido subjetivo o posibilidad de adquirir en el futuro y en sentido objetivo, como conjunto de bienes.

4.—Toda persona necesariamente debe tener un patrimonio.

5.—El patrimonio es uno e indivisible.

6.—El patrimonio es inalienable durante la vida del titular.

7.—El patrimonio constituye una entidad abstracta de orden intelectual; es una universalidad jurídica de existencia y naturaleza independientes de los elementos que la constituyen.

8.—La relación entre patrimonio y persona es una relación semejante a la que tiene el propietario sobre la cosa; la única diferencia está en la naturaleza del objeto. En la propiedad se trata de un bien determinado; en cambio, la relación que tiene la persona sobre el patrimonio es sobre una universalidad, pero de naturaleza jurídica semejante a la que tiene el propietario sobre la cosa.

9.—El patrimonio es la prenda tácita constituida en favor del acreedor. El deudor responde con todo su patrimonio presente y futuro. Por esto hay una prenda tácita de garantía en favor de los acreedores. Aun cuando en un momento dado el deudor sea insolvente, los acreedores tienen el derecho de ejecutar cuando el deudor tenga bienes.

10.—Como consecuencia de que el patrimonio constituye una prenda tácita en favor de los acreedores, se desprende que no hay privilegios en los acreedores ordinarios en cuanto a la fecha. No es aceptado el principio de que el que es primero en tiempo, es primero en derecho. Como el patrimonio es prenda de todos los acreedores, éstos se pagarán a prorrata independientemente de las fechas de constitución de sus créditos. Sólo existen ciertos acreedores privilegiados y acreedores sobre bienes determinados, que se pagan preferentemente; pero los acreedores comunes, se pagan independientemente de la fecha de constitución de sus créditos, a prorrata, sobre el patrimonio del deudor.

11.—Existen dos formas de transmisión patrimonial: la integral que Aubry y Rau llaman transmisión del patrimonio en sentido objetivo y

subjetivo que sólo es posible por la herencia en caso de muerte y la parcial o en sentido objetivo. En el primer caso el heredero, por la muerte del titular del patrimonio, recibe íntegro el activo y pasivo; en el derecho francés responde ilimitadamente del pasivo, aun cuando el activo sea insuficiente, si no invoca el beneficio de inventario. Por eso dicen Aubry y Rau que en la herencia hay una transmisión integral en el sentido objetivo y subjetivo, pues el heredero es un causahabiente a título universal. Fuera de la misma, las transmisiones son parciales. En nuestro derecho la herencia siempre se entiende aceptada a beneficio de inventario, aun cuando no se invoque; el heredero no responde íntegramente del pasivo, y únicamente cubrirá las deudas de la herencia hasta donde alcancen los bienes.

12.—Por último, el patrimonio como universalidad jurídica tiene una protección eficaz a través de tres acciones principales: 1º La acción de enriquecimiento sin causa; 2º La acción de petición de herencia, y 3º La acción que tiene el que fue declarado ausente, para exigir la devolución del patrimonio cuando aparezca. La primera protege el patrimonio del que se ha empobrecido ilegítimamente. La segunda es la forma de proteger la transmisión a título universal, y la tercera tiene por objeto la recuperación patrimonial.

9.—*Crítica de orden práctico.*—Esta crítica puede formularse en los distintos derechos a la doctrina del *patrimonio-personalidad*. Ya apuntábamos que en el mismo derecho francés, en donde los autores pretenden encontrar las aplicaciones de la doctrina clásica, la herencia constituía una excepción relativa por cuanto que sólo cuando el heredero invocaba el beneficio de inventario, se efectuaba la separación de patrimonios. En nuestro derecho la excepción tiene un valor absoluto, pues siempre la herencia se entiende recibida a beneficio de inventario, aunque no se exprese. Y tanto el Código Civil de 1884 como el vigente, aceptan que la herencia no produce confusión en los patrimonios; que hay, por consiguiente, un régimen jurídico distinto para normar las relaciones de los acreedores y deudores de la herencia y afectar el patrimonio hereditario, para que responda a beneficio de inventario y se separe del propio del heredero que norma las relaciones de sus acreedores y deudores personales. Esta es la excepción que tiene más importancia en nuestro derecho positivo. Pero al mismo tiempo se reglamentan un conjunto de instituciones que sólo pueden explicarse satisfactoriamente si se acepta la posibilidad de que una persona tenga dos o más patrimonios.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 75 y 76.

Los casos que se presentan en nuestro derecho y que difícilmente pueden explicarse dentro de la doctrina clásica, son los siguientes: 1°—Patrimonio familiar. 2°—Régimen de sociedad conyugal. 3°—Patrimonio del ausente. 4°—Patrimonio hereditario. 5°—Patrimonio del concursado o quebrado, es decir del fallido en una liquidación, concurso o quiebra. Este último caso tiene su aspecto civil para los concursos y su aspecto mercantil para las quiebras. 6°—Por último, hay un caso en el derecho mercantil relativo al fundo de comercio que constituye un patrimonio especial del comerciante distinto de su patrimonio particular. Sin embargo, en nuestro derecho es discutible esta posibilidad.

En todos estos ejemplos, encontramos un régimen jurídico distinto para separar del conjunto de bienes de una persona, cierta masa integrada por activo y pasivo, es decir, por derechos y obligaciones, a la que el régimen jurídico le da autonomía, para reconocer no sólo desde el punto de vista económico, sino también jurídico, una independencia de patrimonios.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 76 y 77.

10.—*Doctrina moderna del patrimonio-afectación.*—Este conjunto de excepciones, tanto con respecto a la indivisibilidad cuanto con relación a la inalienabilidad del patrimonio, ha dado origen a la llamada doctrina moderna sobre el patrimonio, tal como la denominan Planiol, Ripert y Picard. Conforme a esta doctrina, la noción de patrimonio ya no se confunde con la de personalidad, ni se le atribuyen las mismas características de indivisibilidad e inalienabilidad propias de la persona, sin dejar por ello de existir relación entre estos conceptos, pero no de identidad o de proyección del concepto de persona sobre el de patrimonio, de tal manera que éste sea una emanación de aquélla, para emplear la frase de Aubry y Rau.

El patrimonio actualmente se ha definido tomando en cuenta el destino que en un momento dado tengan determinados bienes, derechos y obligaciones, con relación a un fin jurídico, gracias al cual se organizan legalmente en una forma autónoma. O como dicen los citados autores, el patrimonio de afectación es "una universalidad reposando sobre la común destinación de los elementos que la componen, o más exactamente, un conjunto de bienes y de deudas inseparablemente ligados, porque todos ellos se encuentran afectados a un fin económico, y en tanto que no se haga una liquidación, no aparecerá el valor activo neto". De esta suerte, siempre que encontremos un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin determi-

nado, sea de naturaleza jurídica o económica, estaremos en presencia de un patrimonio por cuanto que se constituye una masa autónoma organizada jurídicamente en forma especial, tal como sucede en el patrimonio de familia, en el fundo mercantil, en el patrimonio del ausente, o en el régimen de las sucesiones en el cual encontramos que el patrimonio del de cujus constituye una masa autónoma de bienes distinta de los patrimonios personales de los herederos, con los cuales no se confunde, quedando sujeta a una organización jurídica especial para realizar un fin determinado, de naturaleza tanto económica como jurídica, consistente en la liquidación del pasivo hereditario, y en la transmisión a los herederos, y en su caso a los legatarios, del haber hereditario líquido.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, págs. 29 y 30.

De lo expuesto se desprende que, como la persona puede tener diversos fines jurídico-económicos por realizar, o el derecho puede afectar en un momento dado un conjunto de bienes para proteger ciertos intereses (patrimonio de familia o fundo mercantil) o lograr la continuidad jurídica de la personalidad y del patrimonio (casos de ausencia y de sucesión hereditaria), pueden existir y de hecho existen conforme a esta doctrina, distintos patrimonios en una misma persona, como masas autónomas de bienes, derechos y obligaciones, y puede también transmitirse su patrimonio por acto entre vivos, especialmente por contrato.

“La concepción del patrimonio-personalidad ha sido siempre desconocida en el derecho inglés, cuya formación ha escapado a la influencia del derecho romano, pero aun entre las legislaciones que han recibido esta influencia, muchas de ellas, han abandonado una concepción que han estimado que no corresponde a las necesidades económicas. El derecho suizo y el derecho alemán, se inspiran visiblemente en la concepción moderna del patrimonio. Basta citar el artículo 419 del Código Civil alemán, que al autorizar la adquisición del patrimonio entre vivos consigna la aplicación más significativa”. “Si una persona adquiere por contrato el patrimonio de otra, sus acreedores, sin perjuicio de la responsabilidad del deudor anterior que continúa existiendo, podrán, a partir de la conclusión del contrato, invocar contra el cesionario los derechos existentes en la época de la cesión. La responsabilidad del cesionario se limita al monto del patrimonio cedido y a los derechos que le resulten en virtud del contrato. Si él no invoca esta limitación, habrá lugar a aplicarle por analogía las reglas relativas a la responsabilidad de los herederos”. (Planiol, Ripert y Picard, ob. cit., t. III, pág. 26).

Siguiendo nuestro derecho los caracteres y tendencias principales del francés, no se ha adoptado la doctrina del patrimonio de afectación, sino que, por el contrario, subsiste con algunas modalidades la doctrina clásica, principalmente en el régimen de las sucesiones, con la excep-

ción principal de que el heredero tenga dos patrimonios. Se deroga, pues, el principio de indivisibilidad.

Fuera de esta excepción fundamental, se mantiene en sus características principales la doctrina clásica del patrimonio, puesto que en nuestro derecho toda persona necesariamente debe tener un patrimonio y solamente pueden tener bienes las personas. No se admite, como en el derecho alemán, que puedan existir patrimonios sin dueño, porque éste es un sistema tan ficticio como el de la doctrina clásica. Afirmar que puede existir un patrimonio sin dueño, es formular un concepto contrario a la realidad misma. Es necesario que el conjunto de bienes tenga siempre como soporte un titular que debe ser una persona física o moral. Principalmente esto en el campo de las personas morales donde alcanza mayor amplitud la posibilidad de afectar un conjunto de bienes a la realización de fines concretos.

Por lo tanto, en este aspecto, son aplicables a nuestro sistema las conclusiones de Planiol, Ripert y Picard, que en síntesis sostienen: que no se mantiene en el derecho civil francés —y nosotros diríamos, en el mexicano— en sus límites clásicos, la doctrina pura del patrimonio-personalidad, ni se llega al extremo de aceptar la tesis moderna, sino que sigue siendo eje tanto para el régimen de los bienes como para el de las sucesiones, el concepto clásico de patrimonio-personalidad, pero con la modalidad de que no se admiten como principios absolutos la inalienabilidad ni la indivisibilidad.

Las críticas a la escuela de la exégesis sirven para demostrar que el concepto de patrimonio-personalidad no nos da una explicación satisfactoria de un conjunto de instituciones reconocidas por el derecho, pues resulta artificial y ficticia, para retorcer, como dice Géný, los principios jurídicos y las normas del derecho positivo, a fin de poder salvar estas verdaderas excepciones que establece la legislación, en aras de los principios de la escuela clásica. Una buena técnica jurídica no debe retorcer los principios para ajustarlos a cierta tesis, sino por el contrario, fundará su tesis dentro de la interpretación clara y correcta de las normas jurídicas. Ante esta dificultad para explicarnos instituciones de fundamental importancia, nace la teoría que considera al patrimonio como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, afectados a la realización de un fin jurídico-económico que le da autonomía propia y que permite la existencia de un régimen jurídico especial, para darle también fisonomía distinta en el derecho, a esa masa autónoma de bienes.

La doctrina moderna considera que la idea de universalidad jurídica no debe fundarse en función de la capacidad de la persona como

lo hizo la escuela clásica, para considerar que la entidad llamada patrimonio es correlativa de la personalidad, al grado de que exista, como dijeron Aubry y Rau, un vínculo indisoluble.

En nuestra opinión, el patrimonio adquiere autonomía no en relación con la persona, sino en función de un vínculo jurídico-económico, que el derecho reconoce para afectar el conjunto de bienes a la consecución de ese fin; se requieren, por consiguiente, los siguientes elementos: 1º—Que exista un conjunto de bienes, derechos y obligaciones destinados a la realización de un fin. 2º—Que este fin sea de naturaleza jurídico-económica. 3º—Que el derecho organice con fisonomía propia y, por consiguiente, con autonomía todas las relaciones jurídicas activas y pasivas de acreedores y deudores, en función de aquella masa independiente de bienes, derechos y obligaciones. Si no se cumplen estos requisitos, no habrá patrimonio de afectación. El primer requisito supone que el patrimonio no es como dijo la escuela clásica, una simple posibilidad de ser; por el contrario, el patrimonio debe tener existencia real, integrarse por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que existan en un momento dado. Por consiguiente, dentro de esta teoría no se admite la posibilidad de un patrimonio de afectación en lo futuro como expectativa de la persona.

El patrimonio de afectación será siempre un valor económico, por cuanto que está integrado por bienes, derechos y obligaciones realmente existentes. Es menester que este conjunto real de bienes, derechos y obligaciones esté afectado a la realización de un fin jurídico-económico. En este aspecto no se ha caracterizado bien la teoría del patrimonio-afectación. Planiol y Ripert olvidan la naturaleza del fin jurídico-económico y simplemente nos hablan del destino de un conjunto de bienes a la realización de un fin, pero no especifican qué clase de fin debe ser: y es evidente que la persona tiene muchos fines que realizar y que para su consecución puede afectar un conjunto de bienes. Pero hay fines que el derecho no reconoce, ni tienen importancia para organizar aquella masa autónoma de bienes con una fisonomía independiente. Si la persona se propone el fin de estudiar, y un conjunto de bienes los destina para una biblioteca, el derecho no reconoce una fisonomía especial a ese conjunto de bienes. En cambio, cuando el fin es jurídico-económico, es decir, cuando la separación dentro del patrimonio ordinario de la persona la regula el derecho, para conseguir una finalidad tanto jurídica como económica, y crea una institución especial para este fin, organizando un régimen también distinto, encontramos el patrimonio de afectación.

El derecho considera necesario para la conservación de la familia crear un patrimonio familiar. Hay un fin económico y, además, un fin

reconocido por el derecho. Al reconocer este fin, se hace necesaria una reglamentación jurídica que le dé autonomía al conjunto de bienes que constituyen el patrimonio familiar. Entonces tenemos perfilada la separación no sólo de hecho, sino de derecho, para consecución de un fin jurídico-económico.

Existen en el derecho un conjunto de instituciones que nos demuestran siempre la afectación de una masa de bienes, derechos y obligaciones a la realización de un fin jurídico-económico especial. Estas instituciones que ya mencionamos son las siguientes: 1º—Patrimonio Familiar. 2º—Sociedad Conyugal. 3º—Patrimonio del ausente. 4º.—Patrimonio hereditario. 5º—Patrimonio del concurso o quiebra. 6º—Fundo mercantil.

En el patrimonio familiar, indiscutiblemente hay un fin económico que es reconocido por el derecho. Protege los bienes en forma especialísima; los declara inalienables, inembargables; prohíbe que se constituyan derechos reales sobre los mismos. Reconoce un *mínimum* de bienes dentro del patrimonio de aquél que es el jefe de una familia, para proteger a ésta.

En la sociedad conyugal tenemos también una separación en los bienes de los consortes que no se aportan a la sociedad conyugal y que, por consiguiente, permanecen como bienes personales, de aquel otro conjunto de bienes que constituyen el activo social y que puede también comprender obligaciones y cargas. Existe un verdadero patrimonio integrado por activo y pasivo en la sociedad conyugal. Existe una separación entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los consortes. Hay una finalidad jurídico-económica reconocida y protegida por el derecho: hay, por consiguiente, autonomía en tal conjunto.

En el patrimonio del ausente existe, sobre todo, una finalidad de orden jurídico: la conservación de los bienes de una persona que en un momento dado no se sabe si existe y en dónde se encuentra; el derecho tiene que organizar ese patrimonio para conservarlo y nombrar un representante. Esta situación provisional debe ser transitoria, en cierto momento debe también procederse a la declaración de ausencia para encomendar la adquisición de los bienes a los presuntos herederos. Posteriormente, debe venir la presunción de muerte del ausente a efecto de regular el patrimonio del mismo, bajo el régimen hereditario, abriéndose la sucesión para conceder la posesión a los presuntos herederos, y garantizar a los acreedores del ausente. Pero esto tampoco es definitivo; se necesita tener la certeza de su muerte para operar la transmisión hereditaria en definitiva; hasta entonces el patrimonio del ausente se convierte en patrimonio del heredero. Se acepta la posibilidad de que aparezca el ausente y exija la restitución de sus bienes. Esta serie de

problemas van afectando el conjunto de bienes, derechos y obligaciones a regímenes jurídicos diversos, y es en estos distintos sistemas en donde existe la necesidad de separar el concepto de patrimonio del de persona.

Lo mismo podemos decir, razonando en términos semejantes, para el patrimonio hereditario o el que existe en el concurso, en la quiebra o en el fundo mercantil.

11.—*Derechos patrimoniales y no patrimoniales.*—Como la persona tiene un conjunto de derechos que no siempre tienen carácter pecuniario, resulta de aquí que no todo lo que la persona soporta o tiene constituye derechos de carácter patrimonial. Por lo tanto, podemos hacer una clasificación entre derechos patrimoniales y no patrimoniales. Serán patrimoniales aquellos derechos susceptibles de apreciación en dinero, y no patrimoniales los que no puedan apreciarse pecuniariamente. Como el patrimonio está constituido por un activo y por un pasivo, la diferencia entre ambos arroja el haber líquido y el déficit patrimonial.

Planiol, ob. cit., t. III, págs. 16 y 17.

## C A P I T U L O I I

### DIFERENTES DOCTRINAS ELABORADAS PARA COMPARAR LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS PERSONALES

1.—*Clasificación.*—Podemos hacer una clasificación de estas doctrinas en tres grupos.

Primero. Tesis dualistas que postulan la separación absoluta entre los derechos reales y personales. Comprenden dos variantes: a) La escuela de la exégesis en Francia y b) La teoría económica de Bonnet.

Segundo. Doctrinas monistas que afirman la identidad de los derechos reales y personales. A su vez tienen dos variantes: Tesis personalista de Ortolan, Planiol y Demogue, que identifica los derechos reales con los personales y tesis objetivista de Gaudemet, Jallu, Gazin y Saleilles, que asimila los derechos personales con los reales.

Tercero. Doctrinas eclécticas que reconocen una identidad en el aspecto externo de estos derechos patrimoniales y una separación o diferenciación en el aspecto interno.

2.—*Escuela clásica.*—Los autores de esta escuela, principalmente Aubry y Rau y Baudry Lacantinerie, piensan que hay una separación irre-



ductible entre los derechos reales y los personales. Es decir, hay una diferenciación en los atributos esenciales y no simplemente en su carácter específico. Según la escuela clásica representada por Aubry y Rau, el derecho real es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, siendo este poder jurídico oponible a terceros. Por consiguiente, son elementos del derecho real: a).—La existencia del poder jurídico. b).—La forma de ejercicio de este poder en una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa. c).—La naturaleza económica del poder jurídico que permite un aprovechamiento total o parcial de la misma y d).—La oponibilidad respecto de terceros para que el derecho se caracterice como absoluto, valedero *erga omnes*.

En el derecho personal, la escuela clásica no encuentra ninguna de estas características. El derecho de crédito o personal se define como una relación jurídica que otorga al acreedor la facultad de exigir del deudor una prestación o una abstención de carácter patrimonial o moral. Son elementos del derecho personal los siguientes: a).—Una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo. b).—La facultad que nace de la relación jurídica en favor del acreedor para exigir cierta conducta del deudor. c).—El objeto de esta relación jurídica que consiste en una prestación o abstención de carácter patrimonial o simplemente moral.

Planiol, ob. cit., t. III, págs. 19 y 20.

Comparando estos distintos atributos de los derechos reales y personales, podremos afirmar la separación irreductible en los términos de la escuela clásica.

1º—En tanto que el derecho real es un poder jurídico, el derecho personal es una simple facultad de obtener o de exigir; el poder jurídico se ejerce de la persona a la cosa. Implica un señorío, potestad o dominio del titular para aprovechar una cosa a efecto de satisfacer sus necesidades. En cambio, en el derecho personal no encontramos el poder jurídico, sino la facultad de obtener o de exigir del deudor una prestación o abstención. La facultad supone que hay una relación entre sujeto activo y pasivo. Simplemente implica la posibilidad de que el sujeto activo obtenga algo del pasivo; y únicamente puede obtenerse un acto de conducta: el desarrollo de cierta actividad en favor del acreedor.

2º—El derecho real tiene por objeto un bien; hay una relación, como dijo Baudry Lacantinerie, directa e inmediata entre el titular y la cosa. La cosa es el objeto directo del derecho real. En este aspecto se ha atribuido a la escuela clásica la opinión personal de Baudry Lacan-

tinierie en el sentido de que el derecho real es esa relación directa. No es la tesis anterior la doctrina de la escuela, porque otros autores, como Aubry y Rau, afirman simplemente que el derecho real es un poder jurídico que en forma directa e inmediata ejerce el titular sobre la cosa. Baudry Lacantinerie extrema la cuestión, pero no la califica de relación jurídica; simplemente de una relación física de poder, de potestad para el aprovechamiento de una cosa. Conviene aclarar esta idea porque Planiol critica el pensamiento de Baudry Lacantinerie como si fuera el de la escuela clásica.

En cambio, en el derecho personal, su objeto es una prestación o una abstención del deudor. Podríamos decir, aclarando las ideas de la escuela clásica, que el objeto en el derecho de crédito es una conducta del deudor y en el derecho real un bien, una cosa, para afirmar de esta manera la distinción absoluta entre la simple conducta que debe prestar el deudor en el derecho de crédito y el aprovechamiento económico que tiene el titular en el derecho real para usar, gozar o disponer de una cosa. Por último, el derecho real es oponible a terceros; se caracteriza como derecho absoluto, valedero contra todo mundo. Nadie puede perturbar al titular en el aprovechamiento económico de la cosa; si es perturbado, el titular tiene una acción que se llama persecutoria para recuperar la cosa cuando es desposeído. Esta acción es propia y exclusiva de los derechos reales. Además, el carácter absoluto del derecho real y su posibilidad de oponerse a terceros, confiere un derecho de preferencia.

Julien Bonnetcase, Elementos de Derecho Civil, t. II, págs. 40 y 41 de la traduc. del Lic. José M. Cajica Jr. Puebla, México.

Bonnetcase, ob. cit., t. II, págs. 41 a 43.

La preferencia en el derecho real se rige por dos principios:

1º El que es primero en tiempo, es primero en derecho, dentro de la misma categoría de derechos reales.

2º La mejor calidad del derecho real le otorga preferencia sobre derechos reales de inferior categoría, aun cuando sean constituidos con anterioridad. Es decir, ante la igualdad de derechos reales, por ser de la misma categoría, la preferencia se establece por el tiempo. Si se constituyen diversas hipotecas o diversos usufructos, el que es primero en tiempo, es primero en derecho. Pero cuando los derechos son de diversa categoría, cuando los hay de mejor calidad que otros, la preferencia se determina por la naturaleza del derecho y no por el tiempo.

El carácter relativo de los derechos de crédito permite la separación con los derechos reales, por cuanto que no encontramos en los

primeros ni la acción persecutoria, ni el derecho de preferencia. La acción persecutoria no es siquiera imaginable en los derechos de crédito, porque como el objeto de la obligación es una conducta del deudor y no una cosa, es evidente que si no se cumple el derecho de crédito, el acreedor no podrá perseguir cosa determinada; únicamente el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer, materia de la relación jurídica. Como no hay cosa, sino un acto de conducta, no hay posibilidad de perseguir una cosa. En las obligaciones de dar podría pensarse que el acreedor tiene la facultad de perseguir una cosa cuando exija al deudor la entrega de la misma. Por ejemplo: cuando el comprador exige al vendedor que le entregue el objeto vendido. Pero en este caso la facultad del acreedor se refiere a un acto del deudor, el acto de entregar. Como en las obligaciones de dar puede nacer un derecho real y en la compraventa se transmite la propiedad, ya será como consecuencia, no del derecho de crédito del comprador, sino del derecho real del adquirente, como puede perseguir la cosa materia de ese contrato.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 43 y 44.

Por último, generalmente no hay acción de preferencia, pues no rige el principio de que el primero en tiempo, es primero en derecho. Todos los acreedores independientemente de la fecha de constitución de sus créditos, tienen una prenda tácita constituida sobre el patrimonio de su deudor. Si el activo del deudor no alcanza para cubrir el pasivo, la liquidación de los acreedores no se hará tomando en cuenta su prelación en razón del tiempo. La liquidación se hará a prorrata, proporcionalmente, en la medida que el pasivo sea superior al activo; en el límite que el activo permita pagar en proporción a los acreedores de la misma calidad.

Cuando los acreedores son privilegiados, ya no es por razón de su derecho de crédito, sino por virtud del derecho real de garantía, como tienen una preferencia. Pero esto nuevamente confirma que la preferencia se crea en razón de los derechos reales de garantía, no en razón de los derechos de crédito. Los acreedores ordinarios sin garantía real son pagados a prorrata sin motivar preferencia en razón del tiempo. Estas diferencias permitieron a la escuela clásica postular una separación absoluta entre derechos reales y personales.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 45 y 46.

3.—*Teoría de Bonnecase*.—La tesis exegética es hoy día rechazada; en la actualidad Julián Bonnecase presenta una variante de la teoría

dualista, afirmando que hay una separación absoluta, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino económico, entre los derechos reales y personales. Bonnecase acepta todas las diferencias que señala la escuela clásica, pero reconoce que éstas deben tener una explicación y que ésta depende de la naturaleza económica diversa que constituye el contenido de los derechos reales y personales. Por eso se propone investigar cuál es el contenido económico de los derechos reales, a efecto de determinar si ese contenido es radicalmente distinto del que constituye el objeto de los derechos personales; y encuentra que hay dos fenómenos económicos fundamentalmente diversos que constituyen el contenido respectivo de los derechos reales y personales. Esos fenómenos económicos son: 1º *La apropiación de la riqueza*, y 2º *La prestación del servicio*.

Considera que en Economía nadie podrá confundir el fenómeno de apropiación de riqueza con el de utilización de los servicios. Y tan no se confunden estos dos aspectos, que constituyen factores diversos de la producción. Por una parte el capital, por otra el trabajo o servicio. Son fenómenos primarios de toda colectividad. Desde que el hombre existe se ha apropiado la riqueza para la satisfacción de sus necesidades. Es decir, ha utilizado los bienes para satisfacer sus necesidades y también ha recurrido al auxilio de sus semejantes, ha utilizado los servicios de terceros. En Sociología se afirma que la división del trabajo aún incipiente en las comunidades primitivas establece un intercambio de servicios. Estos dos fenómenos económicos: apropiación de riqueza y utilización de servicios, tan viejos como la humanidad, permiten constituir la base respectiva de los derechos reales y de los personales.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 56 y 57.

La apropiación de una riqueza no puede desarrollarse en forma arbitraria, tuvo que intervenir el derecho para regular sus distintas formas. En el momento que la norma jurídica organiza la apropiación de la riqueza, nace el derecho real. Por eso Bonnecase define los derechos reales como la organización jurídica de la apropiación de la riqueza. Efectivamente, encontramos que la propiedad es la forma misma de apropiarse una riqueza, y los distintos derechos reales son a su vez diversas formas de aprovechamiento parcial de la misma. Desde el usufructo hasta las servidumbres, encontramos una jerarquía para el aprovechamiento de los bienes ajenos.

El derecho real, por consiguiente, tiene como contenido la apropiación, aprovechamiento y regulación de una riqueza, propia o ajena. En cambio, el derecho personal no es otra cosa que la organización jurídica del servicio. La división del trabajo impone el aprovechamiento del ser-

vicio en forma regulada y no en forma arbitraria. Tuvo que intervenir el derecho para que los servicios que se prestan entre sí los hombres, estén sancionados por la norma jurídica. Por consiguiente, el derecho de crédito tiene como base un fenómeno económico radicalmente distinto: la utilización de los servicios ajenos. Las obligaciones de dar, hacer o de no hacer, son las tres formas típicas como el hombre puede servir al hombre. Lo único que ha hecho el derecho es reglamentar ese fenómeno económico. Ahora bien, como el contenido económico es diverso, indiscutiblemente que será diversa la naturaleza jurídica de los derechos reales y personales. La organización jurídica del servicio no puede confundirse con la organización jurídica de la riqueza.

4.—*Tesis personalista*.—En la tesis monista existen dos variantes: La primera representada por la escuela personalista de Ortolan, Planiol y Demogue. En la segunda, Jallu y Gazin, constituyen la teoría objetivista o realista. La primera tendencia afirma que el derecho real tiene la misma naturaleza que el personal. Para sustentar esta tesis, primero se hace la crítica a la teoría clásica. Ortolan (*Generalización del Derecho Romano*, traduc. de Pérez Anaya y Pérez Rivas, Madrid, 1887, pág. 88.) inicia esta crítica, que después desarrolla Planiol.

Sostienen dichos autores que no es exacto que haya una relación jurídica directa e inmediata entre la persona y la cosa; que es un axioma incontrovertible que las relaciones jurídicas necesariamente deban fincarse entre sujetos; que, por consiguiente, en toda relación jurídica, existen un sujeto activo y un sujeto pasivo, así como un objeto; que el derecho real como tal implica una relación jurídica, por lo que necesariamente debe tener un sujeto activo y un sujeto pasivo; que Baudry Lacantinerie, al afirmar que el derecho real es una relación directa entre persona y cosa, le da a ésta el carácter de sujeto pasivo, lo que es un absurdo. Por consiguiente, no puede haber relación entre persona y cosa. Esta crítica obligó a Ortolan y a Planiol a buscar un sujeto pasivo en el derecho real.

Planiol, ob. cit., t. III, págs. 21 y 22.

Acepta la escuela personalista que la relación debe ser esencialmente idéntica a la de crédito, aun cuando presenta características específicas distintas; pero en sus atributos esenciales, el proceso o mecanismo a través del cual se constituye y funciona la relación jurídica, es idéntico, porque toda relación jurídica, tanto en el derecho real como en el personal, supone el sujeto activo y el pasivo. En los derechos de crédito son ostensibles; en los derechos reales, la escuela clásica no advirtió la

existencia del sujeto pasivo, aun cuando en la definición de Aubry y Rau se reconoce implícitamente la posibilidad de tal sujeto, al admitir que el derecho real sea oponible a *terceros*.

La propia escuela clásica nos habla de las acciones persecutoria y de preferencia. Su fundamento descansa en la oponibilidad a *todo mundo*. Reconoce que los derechos reales son valaderos *erga omnes*. Planiol, tomando en cuenta estas ideas, dice que en ese gran sujeto pasivo universal, constituido por todo mundo, se esconde propiamente el sujeto pasivo del derecho real que no advirtió la escuela clásica, porque principalmente estudió el ejercicio pacífico del derecho real.

Afirma Planiol que se trata de un sujeto universal no en sentido figurado, sino verdadero, pues puede cualquier habitante del globo ser sujeto pasivo, con relación a un derecho real determinado. No importa que no forme parte de la comunidad jurídica que se estudie, porque hay siempre la posibilidad de que llegue a formar parte en forma permanente o temporal de ella; constantemente el viajero, al ingresar en forma temporal o permanente en una comunidad jurídica, se constituye en sujeto pasivo respecto de los derechos reales de los demás.

Demogue dirá que este sujeto pasivo universal es simplemente potencial, porque hay la posibilidad de que cualquiera llegue a ser sujeto pasivo respecto de un derecho real determinado. Tomando en cuenta la existencia de ese sujeto pasivo, indeterminado, potencial, con obligaciones de no hacer de carácter extrapatrimonial, Planiol concluye que la naturaleza del derecho real es idéntica en su esencia a la del derecho personal. Que son dos especies del mismo género, aunque con características específicas diversas; pero sus características esenciales serán las mismas, porque todo derecho real se resuelve en una relación jurídica entre sujeto activo y pasivo.

Planiol, ob. cit., t. III, págs. 22 y 23.

La teoría de Planiol ha sido atacada: el mismo autor se ha encargado de rectificarla. Independientemente de su misma rectificación para sustentar la tesis ecléctica y para reconocer que el derecho real no se identifica con el personal en su aspecto interno, vamos a referirnos a la crítica general.

Bonnecase, ob. cit., t. II, págs. 55 y 56.

Primero.—Se afirma que no es característica de los derechos reales, exclusivamente, el tener un sujeto pasivo universal. Que el mismo razonamiento de Planiol nos permite hablar en todo derecho absoluto o

relativo, de un sujeto pasivo universal, porque él es simplemente una consecuencia de la obligación general de respeto a los derechos ajenos; es el resultado de la solidaridad social. Necesariamente la convivencia humana impone el respeto a los derechos ajenos. En la propiedad, simplemente existe esta obligación general para no violar el derecho; pero en los derechos reales distintos de la propiedad encontramos que no es ese sujeto pasivo universal el que nos puede explicar la naturaleza del uso, usufructo, habitación, etc. Por el contrario, debemos agregar a ese sujeto uno determinado. En los derechos no patrimoniales de carácter absoluto, encontramos la obligación general de respeto y el sujeto pasivo universal. Planiol reconoce que en todos los derechos absolutos hay el sujeto mencionado; deben respetarse, por ejemplo, las distintas formas del derecho de la personalidad; y podremos hablar siempre de un sujeto indeterminado que debe abstenerse de perturbarnos. Pero no sólo en los derechos absolutos, sino también en los relativos encontramos la posibilidad de hablar de un sujeto pasivo universal que tenga sólo una obligación general de respeto; y es en este aspecto donde debe intensificarse la crítica para demostrar que no es el sujeto pasivo universal algo característico ni de los derechos reales, ni de los derechos absolutos en general. Tenemos como ejemplo el derecho de crédito de carácter relativo, como tipo de los derechos oponibles a un sujeto pasivo determinado. El acreedor tiene una protección jurídica para que su facultad no sea violada por terceros. Todo mundo debe abstenerse de impedir al arrendatario el uso personal de la cosa arrendada. Por otra parte, es evidente que la obligación general de respeto debe ser inherente a todos los derechos, porque en último análisis lo único que se pide a los terceros es que no perturben derechos patrimoniales o no patrimoniales, absolutos o relativos.

Segundo.—La segunda crítica se refiere al concepto de deber que pretende fundar Planiol, al afirmar que esa obligación general de respeto es de carácter jurídico y no simplemente social, porque su violación entraña la posibilidad de que el sujeto activo inicie una acción, obtenga sentencia y haya una reparación en especie o en dinero. Planiol dice que sólo es posible resolver esta obligación de no hacer, en una condena en especie o en dinero, admitiendo previamente que se trata de una obligación jurídica, porque si fuese moral o social, su incumplimiento no traería aparejada la coacción sobre el patrimonio.

La crítica que podemos formular es la siguiente: no hay una obligación previa cuyo incumplimiento traiga consigo una coacción patrimonial, simplemente hay un acto ilícito que es fuente de obligaciones. Es el caso ordinario, común y corriente de la ejecución de un acto ilícito

que obliga al responsable al pago de los daños y perjuicios causados. De la misma manera podemos razonar a propósito de cualquier otro derecho. Cuando se comete un delito o un acto ilícito en general, el responsable que no tenía relación jurídica previa con la víctima, resulta obligado a reparar el daño; pero esta condena no implica la obligación previa de no hacer que menciona Planiol en los derechos reales. Supone simplemente que la violación del derecho real es un acto ilícito y que obliga a reparar el daño.

Cuando se causa daño en propiedad ajena hay un delito independientemente de la obligación absoluta de respeto.

En la teoría ecléctica sostienen Planiol y Ripert que hay una separación en cuanto al contenido interno de los derechos reales y personales; pero que hay una semejanza en cuanto al aspecto externo; que de los derechos reales lo esencial es el aspecto interno, su naturaleza intrínseca. Su aspecto externo nada nos dice de la verdadera naturaleza del derecho real; porque decir que es una relación entre sujetos es no indicar nada específico de su esencia. Que por lo tanto, son de aceptarse las diferencias de la escuela clásica en cuanto al contenido de los derechos reales.

5.—*Teoría objetivista.*—Tratemos de la teoría monista que se inicia en Saleilles y desarrollan Gaudemet, Jallu y Gazin, para demostrar, en un intento fracasado por cierto, que el derecho personal es en realidad un derecho real sobre el patrimonio. Esta teoría llamada objetivista, afirma que el derecho personal tiene la misma naturaleza que el real. Se trata de una concepción monista, pero en sentido inverso a la de la tesis de Ortolan y Planiol. En Saleilles se inicia la tendencia de despersonalizar la obligación o derecho de crédito.

Explica Vásquez del Mercado (*Concesión Minera y Derechos Reales*), que la idea originaria fue de Vittorio Polacco en *La dación en pago*, 1888, pág. 148, habiéndola aceptado Gaudemet en su *Estudio sobre la cesión de las deudas a título particular*, 1898, págs. 30 y 31.

Gaudemet se encargó de desarrollar la idea de Saleilles, estudiando la evolución sufrida por el derecho personal desde los primeros tiempos de la legislación romana. Dice Gaudemet que en el derecho romano primitivo la obligación es estrictamente personal, porque no puede cambiar ni el acreedor, ni el deudor. Cuando ocurre el cambio, la obligación se extingue para dar nacimiento a una distinta. Es la figura jurídica novación como una forma de extinción de las obligaciones.



Por virtud de la novación puede cambiar el acreedor o el deudor; pero la novación se caracteriza porque extingue la relación jurídica primordial, para dar nacimiento a una obligación distinta. En concepto de Gaudemet, como los romanos no llegaron a admitir el cambio de deudor, persistiendo la misma relación jurídica, no aceptaron la cesión de deudas como un medio de transferir la obligación, ni tampoco aceptaron en todo su alcance la cesión de créditos o cambio de acreedor. Se dice que el vínculo fue estrictamente personal, de tal manera que dependía su existencia de los sujetos activo y pasivo, determinados desde su nacimiento.

Los romanos llegaron a admitir, a través de una ficción que se llamó mandato en propia causa, que el acreedor fuese substituído por su mandatario. Cuando el acreedor daba un mandato para el cobro del crédito y libraba al mandatario de la obligación de rendir cuentas y de entregarle lo cobrado, se creaba la figura llamada mandato en propia causa, porque la finalidad era en realidad ceder el crédito. Pero justamente nos demuestra esta ficción, que la estructura misma del derecho romano, en la transmisión del crédito, tenía que recurrir a una especie de mandato, para que el mandatario actuara en nombre del acreedor y siguiera representándolo. Una vez cobrado el crédito, el mandatario no entregaba el importe al acreedor, sino que disponía de él, porque el acreedor lo había facultado para retener lo cobrado.

Gaudemet advierte que la obligación fue incompleta, porque cuando el acreedor moría, el mandatario sí estaba obligado a rendir cuentas a los herederos. Respecto de la cesión de deudas en el derecho romano, de plano no se concibe que pueda cambiarse el deudor manteniéndose la misma obligación. El problema consiste en que se pueda cambiar el acreedor o el deudor persistiendo la misma obligación; es claro que el derecho romano admitía el cambio del acreedor o de deudor, pero suponía la extinción de la obligación primitiva, para dar nacimiento a una diversa.

Justamente, de aquí saca Gaudemet la segunda conclusión: La relación jurídica de crédito en el derecho romano fue estrictamente personal, de tal manera que si se cambiaba el acreedor o el deudor, se extinguía la obligación. La persistencia del sujeto activo o pasivo era un elemento de existencia para la obligación. En el derecho moderno se opera un cambio de fundamental importancia. 1º Se admite la cesión de créditos como un medio de transferir la obligación, no de extinguirla. Puede el acreedor ser substituído por otro, persistiendo la misma relación jurídica con todas sus características, modalidades y garantías. 2º Posteriormente, ya hasta el presente siglo, los códigos admiten el cam-

bio de deudor por consentimiento expreso o presunto del acreedor, sin que se extinga la obligación.

Esto nos demuestra, que en el derecho moderno se ha despersonalizado la obligación, que ya no depende de un sujeto activo determinado o de un sujeto pasivo; que pueden cambiarse los sujetos sin que la obligación se extinga, como pasaba en el derecho romano. De esta primera conclusión, Gaudemet llega a concebir que el derecho de crédito se ha despersonalizado para patrimonializarse; nos dice que en la actualidad lo que importa al acreedor es un patrimonio responsable, no la persona del deudor. Por esto el acreedor acepta que el deudor A sea substituido por el deudor B, porque lo que interesa es que el patrimonio de B sea tan solvente o más que el de A. El derecho de crédito resulta así un *ius ad rem*, o facultad sobre los bienes.

De aquí se deduce que el derecho de crédito en realidad se va transformando, para recaer sobre el patrimonio del deudor; misma idea que aceptan Gazin y Jallu. Si al acreedor lo que le importa es un patrimonio solvente; si la obligación subsiste a pesar del cambio del deudor, el derecho de crédito tiene importancia en tanto que haya un patrimonio responsable; ya que el acreedor, cuando la obligación no es cumplida, tiene un derecho de ejecución sobre el patrimonio. La obligación se transforma en el caso de incumplimiento en una ejecución forzada sobre el conjunto de bienes presentes o futuros del deudor. La única diferencia que según estos autores existe entre el derecho real y el derecho personal está en la naturaleza individual o universal del objeto, porque ambos son facultades sobre los bienes. En el derecho real el objeto es determinado, por consiguiente, individual. La propiedad recae sobre una cosa determinada, lo mismo el usufructo, la hipoteca o la prenda. En cambio, en el derecho personal el objeto es universal, se trata de un patrimonio, de una universalidad jurídica. El acreedor tiene como garantía todo el patrimonio de su deudor, presente o futuro. Y los códigos establecen que el deudor responde con todos sus bienes, presentes o futuros. Se trata simplemente de una diferencia secundaria en cuanto al objeto del derecho real y del personal.

Las ideas de Gaudemet son aún extremadas por Jallu y Gazin; este último, en una crítica que hace de la teoría clásica del patrimonio personalidad, llega a decir que puede concebirse el derecho personal sin sujeto pasivo, bastando el patrimonio responsable. Y Gaudemet afirma que es el patrimonio el que debe al patrimonio; que el derecho de crédito pierde su valor cuando el deudor es insolvente; cuando el patrimonio tiene un valor negativo; que, por consiguiente, toda la eficacia del derecho de crédito descansa en la existencia de un patrimonio. No se atre-

ven estos autores a llevar la analogía al grado de decir que el derecho de crédito se extingue en los casos de insolvencia del deudor; pero simplemente afirman que pierde todo valor económico, aunque virtualmente exista una facultad como simple expectativa del acreedor por si el deudor llega a adquirir bienes en el futuro.

“En su tesis de doctorado: *Le droit réel, histoire et théories, son origine institutionnelle*, Toulouse, 1912, p. 467 y s. Rigaud escribe: “La distinción científica entre los derechos reales y los derechos de obligación no sólo está amenazada por los autores que reducen a una obligación el concepto de derecho real. También lo está por las variaciones, de los tratadistas modernos, relativas al concepto mismo de obligación, aunque de una manera más indirecta; en tanto que los primeros pretenden reducir el derecho real a una obligación de cierto género, los segundos, en sentido inverso tratan de reducir la obligación a un derecho sobre los bienes, a una especie de derecho real”. En su tesis sobre la transmisión de deudas, Gaudemet, oponiendo a la noción antigua de la obligación su concepto moderno, se expresa así: “El derecho personal no es ya un derecho sobre la persona, sino un derecho sobre los bienes: *jus ad rem*. Su única diferencia con el derecho real estriba en que no afecta privativamente a una cosa determinada, sino colectivamente a todo un patrimonio”. En este pasaje donde, además de que el término *jus ad rem* no está tomado en su verdadero sentido histórico, sólo se encuentra la expresión de una brillante analogía con la que el autor quiere hacernos comprender que la obligación ha llegado a ser un valor patrimonial activo cuando es un crédito, pasivo cuando es una deuda, y que este valor es susceptible de transmitirse a título particular, activa (cesión de crédito) o pasivamente (cesión de deuda), sin que por esta sustitución del antiguo acreedor o deudor por un tercero se destruya o cambie la obligación. La intención de Gaudemet en este pasaje, no es negar aparentemente la distinción entre los derechos reales y los derechos de obligación; únicamente protesta contra el concepto romano puramente personal de la obligación, según el cual el crédito o la deuda no puede transmitirse directamente, a título particular, de un patrimonio a otro, porque la relación obligatoria, de la cual el crédito o deuda no son sino aspectos particulares, se destruye tan pronto como cambia uno de sus sujetos, el acreedor o el deudor, al desaparecer para ceder su lugar a otra persona.

También Jallu, criticando en su tesis la idea de continuación de la persona como principio de las transmisiones a título universal advierte que la obligación, al mismo título que la propiedad, “ha llegado a ser otra forma de apropiación de la riqueza, un bien entre los demás bienes, en las fortunas individuales y en la forma pública; un derecho, no ya sobre la persona, sino sobre la cosa, y más bien, si se prefiere, sobre las cosas, puesto que no se trata de suprimir los caracteres del derecho real, y porque, cuando menos subsidiariamente, la obligación siempre recae sobre el conjunto de los bienes del deudor. Tal régimen ha desplazado el centro de gravedad de la obligación, haciéndolo pasar del sujeto al objeto”. El autor precisa su pensamiento. “Si se quiere —dice— se seguirá dando a la obligación el nombre de derecho personal (las palabras se refieren únicamente a la definición, y no es lícito tomar de su sentido únicamente lo que queremos), pero, en lo futuro, se sabrá el significado del epíteto y cómo debe vaciarse de su contenido literal, para llenarlo más positivamente con las condiciones especiales a que debe sujetarse el cumplimiento forzoso sobre el objeto de

jurídica de origen, para dar así vida a nuevos derechos y obligaciones de naturaleza específica, dada la fuente especial de que proceden. Por último, el proceso de complicación —o más bien dicho de transformación absoluta— culmina con la ejecución forzosa o embargo de bienes, para dar origen así —en nuestro concepto, según tesis que después desarrollaremos—, a un derecho real nuevo, o sea al derecho del embargante, que bien puede hacérsele ingresar en la familia de los derechos reales de garantía, por tener su titular las acciones de venta, preferencia en el pago y persecución sobre los bienes asegurados.

Refiriéndose Bonnacase a la crítica que Planiol hace a las ideas de Gaudemet, se expresa así:

"Puedo concebir —dice Planiol— el cambio de personas en una relación jurídica, sin necesidad de afirmar que la persona representa a sus bienes y el deudor es su patrimonio; para ello no hace falta dejar de ver en la obligación un vínculo jurídico entre dos personas; basta con admitir la sustitución de un sujeto por otro, y declarar, como Salpius, que la personalidad del deudor es indiferente, lo que hace de la deuda algo impersonal".

"El reproche hecho a Gaudemet por Planiol se aplica con mayor razón a Gazin, quien exagerando las ideas de Gaudemet, llega al punto de escribir que "la necesidad de un sujeto pasivo no es parte integrante del derecho personal". Una obligación sin deudor: he aquí el resultado a que conducen semejantes exageraciones de lenguaje. Se parte de la idea, correcta por lo demás, de que la obligación da un derecho sobre los bienes, sobre el patrimonio del deudor, e insensiblemente se llega a afirmar que la obligación es "derecho real indeterminado en lo que respecta al objeto material en que recae", o un derecho real sobre una cosa en género o futura, lo que equivale a falsear al propio tiempo el concepto de obligación y el de derecho real".

"Por otra parte: ¿cómo explicar con esta concepción (ya que Gazin rechaza la teoría de Aubry y Rau de que un individuo que carece de bienes sólo posee, como escribe elegantemente Demogue, un "patrimonio potencial", es decir, la capacidad o posibilidad de adquirir un patrimonio); cómo explicar que una persona semejante, cuya bolsa está vacía, pueda obligarse, si la obligación recae sobre los bienes?..." (Précis de Droit Civil, II, pág. 41).

7.—*Teoría ecléctica entre la clásica y la personalista.*—Planiol y Ripert en su "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" sostienen una posición ecléctica, conforme a la cual podría definirse el derecho real diciendo que es un poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado, para aprovecharlo total o parcialmente, siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado, que tiene la obligación de abstenerse de perturbar al primero en el ejercicio de su derecho.

Planiol ha rectificado su primitiva postura personalista, por considerar que en su tesis del sujeto pasivo universal y de la obligación ge-

neral de respeto, no se dan las características positivas del derecho real, sino más bien de los derechos subjetivos absolutos, que son valederos *erga omnes*. Ahora bien, como el propio autor reconoce que no todos los derechos absolutos son derechos reales, por existir facultades de ese tipo que no tienen contenido patrimonial; su doctrina resulta insuficiente y no da una verdadera idea del contenido de los derechos reales. Es por virtud de estas razones y de acuerdo con las ideas de Ripert, como nació la tesis ecléctica, llamada así porque admite las conclusiones de la escuela personalista y de los exégetas al definir a los derechos reales como poderes jurídicos que en forma directa e inmediata ejerce una persona sobre bienes determinados, para su aprovechamiento económico total o parcial. Este aspecto ha sido llamado interno, por cuanto que revela la verdadera naturaleza intrínseca de los derechos reales, caracterizándolos en sentido positivo, o sea, atendiendo a la clase de poder jurídico que ejerce el titular, a efecto de diferenciar dicho poder de aquellos otros que se ejercen en los demás derechos subjetivos, públicos o privados, patrimoniales o no patrimoniales.

En cuanto al "aspecto externo" de los derechos reales, la tesis ecléctica considera que la caracterización clásica resulta insuficiente, dado que omite determinar la naturaleza de la relación jurídica que necesariamente existe en todos los derechos reales, entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Por este motivo considera que, además del aspecto interno, existe el aspecto externo de tales derechos, reconociendo la existencia de un sujeto pasivo indeterminado, al cual es oponible el derecho real por virtud de una relación jurídica que se crea entre el titular y todo el mundo, como sujeto pasivo universal.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, págs. 46 y 47.

De la tesis expuesta se desprende que el derecho real tiene dos manifestaciones principales: a) la relativa al poder jurídico que ejerce el titular sobre un bien determinado, y que se traduce en el conjunto de posibilidades normativas que el derecho objetivo le reconoce, para poder realizar válidamente todos los actos jurídicos inherentes al aprovechamiento total o parcial del objeto sometido a su poder y b) la referente a la relación jurídica que se origina entre el titular y los terceros en general, a efecto de que éstos se abstengan de perturbarlo en el ejercicio o goce de su derecho.

8.—*Crítica a la teoría ecléctica.*—No obstante que en esta doctrina se evita el error en que incurre la escuela de la exégesis, al omitir precisar la naturaleza de la relación jurídica que se crea entre el titular de

un derecho real y todos los terceros, como sujetos pasivos indeterminados, pensamos que a pesar de ese adelanto, se continúa cometiendo el error de considerar que el aspecto interno o contenido de los derechos reales, es un poder económico de aprovechamiento o en funciones de garantía. Ya con posterioridad haremos la crítica entre la verdadera facultad jurídica inherente a todo derecho real, y ese resultado económico que no siempre existe, sin desvirtuar por ello la naturaleza de esa facultad.

Toda facultad jurídica en su manifestación normativa pura, es decir, despojándola de todo contenido, presenta dos manifestaciones fundamentales: a) como facultad de interferir en la conducta o esfera jurídica ajenas, por virtud de una expresa autorización normativa y b) como facultad para impedir que otro interfiera en la conducta o esfera jurídica propias, si no existe dicha autorización.

Ahora bien, la escuela ecléctica pretende que la verdadera esencia del derecho real consiste —según acepta también la posición clásica— en el poder económico de aprovechamiento, total o parcial, sin aludir para nada a lo que en rigor constituye la esencia de la facultad jurídica en esa clase de derechos subjetivos. El dato económico constituye el contenido posible o contingente de los derechos reales, pero no puede caracterizarlo, dado que aun cuando no exista el resultado relativo al aprovechamiento, la facultad jurídica se mantiene incólume. Podría objetarse que si es cierto que el derecho real existe, aun cuando no haya un aprovechamiento económico realizado, basta la posibilidad de que el mismo pueda realizarse. Desplazada así la cuestión, en verdad no sería la posibilidad económica de carácter contingente, la que constituiría la esencia del derecho real, sino la posibilidad jurídica que se presenta como consecuencia del conjunto de facultades que integran la estructura positiva de esos derechos y a que ya nos referiremos al exponer nuestro punto de vista.

Siendo los derechos reales, facultades jurídicas de carácter absoluto, o sea, oponibles *erga omnes*, lógicamente se manifiestan en forma positiva y negativa, es decir, como facultades de interferir en la esfera del sujeto pasivo universal, a efecto de que restrinja su conducta y se abstenga de ejecutar actos que impidan el ejercicio pacífico, eficaz e íntegro del derecho, y, como posibilidad normativa de impedir a los terceros indeterminados que forman ese sujeto universal, que interfieran en la esfera jurídica que constituye el derecho real.

Partiendo del postulado fundamental de que el aspecto positivo de los derechos reales no debe ser de carácter económico, sino de naturaleza puramente jurídica, es procedente ahora tratar sólo del aspecto

negativo en el que coinciden la escuela ecléctica y la teoría personalista. No es exacto que el deber general de respeto o abstención sea el que corresponda como deber correlativo de la facultad que en este aspecto caracteriza a los derechos reales. En efecto, todo deber, ha de ser correlativo en su contenido y aspecto, a la facultad jurídica a la cual está vinculado por virtud de la estructura bilateral del derecho. De esta suerte, no es correcto asignar a una cierta facultad, un deber jurídico que no corresponda exactamente en el contenido y naturaleza a aquella facultad. Por lo tanto, si la teoría ecléctica considera que la facultad jurídica en los derechos reales se traduce en un poder de aprovechamiento total o parcial, debió haber buscado una obligación que constituya el correlato específico de esa facultad, y no un deber general de respeto que se presenta en todos los derechos absolutos y que no es privativo o peculiar de los derechos reales. A este respecto el propio Ortolan, que en unión con Planiol ha sido considerado como uno de los sostenedores de la teoría personalista, se expresa así:

"Todo derecho, en definitiva, si se quiere llegar hasta el fondo de las cosas, se resume en la facultad que tiene el sujeto activo de exigir del pasivo alguna cosa; pues lo único que es posible exigir inmediatamente de una persona, es que haga o se abstenga de hacer, es decir, una acción o una omisión. A esto se reduce todo el derecho. La necesidad que tiene el sujeto pasivo de hacer o de abstenerse, es lo que se llama en el lenguaje jurídico obligación. Todo derecho en definitiva y sin excepción, si se quiere llegar al fondo de las cosas, estriba en obligaciones".

"Estas son de dos aspectos: la una general, propia de todas las personas, consiste en la necesidad que todas tienen, sin distinción, de dejar hacer al sujeto activo del derecho, de dejarle obtener el provecho y la utilidad que su derecho le atribuye, y no oponer a ello ningún obstáculo. Es una obligación general de abstenerse. Esta obligación existe en todo derecho, pues en todo derecho hay siempre, por una parte, el sujeto activo, a quien el derecho se atribuye; y por otra, la masa de todos los hombres, de todas las personas obligadas a abstenerse, a dejar obrar a aquel a quien pertenece el derecho, y dejarle en libertad de obtener el provecho y las ventajas que le corresponden".

"Pero si esta obligación general y colectiva existe en todo derecho, hay casos en que se halla sola, sin que exista otra, en que el derecho confiere al sujeto activo la facultad de sacar directamente de una cosa una utilidad, una ventaja mayor o menor, sin otra obligación que la impuesta a todos de dejarle que haga, y la de que se abstengan de poner obstáculo y de turbar a los demás en su derecho". (Ortolan, *Generalización del Derecho Romano*, traduc. de Pérez Anaya y Pérez Rivas, Madrid, 1887, pág. 88).

Con absoluta claridad se desprende de los párrafos que anteceden que el deber general de respeto, como obligación pasiva universal, que se traduce en la abstención de todo mundo para no perturbar el derecho

ajeno, no es ni puede ser el deber correlativo específico de los derechos reales, pues esa obligación general y negativa existe no sólo en los derechos absolutos —como hemos dicho con anterioridad—, sino también en los derechos relativos, ya que, en definitiva, no se expresa otra cosa que la necesidad indiscutible de respetar el derecho ajeno.

Por esto Hugo Rocco ha considerado que esa obligación pasiva, es el lado absoluto de todo derecho, incluso del relativo. (L'autorita della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi, pág. 302).

En atención a lo expuesto, debe desecharse ese deber jurídico que por ser tan general, no logra caracterizar la relación específica que existe en los derechos reales, aun cuando se admita su existencia, conforme a las explicaciones de Ortolan y Rocco. *Nuestra tarea debe concretarse a definir el verdadero deber jurídico correlativo de los derechos reales.* Ahora bien, si el derecho real se caracteriza como la facultad jurídica de un sujeto activo para interferir en la esfera jurídica de un sujeto pasivo determinado o de un sujeto indeterminado, lógicamente el deber correlativo consistirá en sufrir la interferencia específica y en grado determinado que se dirija contra el sujeto individualizado, o la interferencia general de abstención y tolerancia que se enderece contra el sujeto indeterminado.

Ya hemos indicado que los derechos reales distintos de la propiedad y de los derechos de autor, se caracterizan como absoluto-relativos, en tanto que los últimos como absolutos en forma integral. En tal virtud, en los absoluto-relativos existe un sujeto pasivo determinado con obligaciones positivas y negativas de carácter patrimonial, en tanto que en los derechos simplemente absolutos existe sólo el sujeto pasivo indeterminado. Por esta razón consideramos que en los absoluto-relativos el sujeto activo interfiere en la esfera jurídica del sujeto pasivo, para restringir ésta en cierto grado y exigirle tanto abstenciones como prestaciones. Tal cosa ocurre en todos los casos en que el propietario de una cosa constituye un gravamen o derecho real sobre la misma. El titular de éste, evidentemente que está jurídicamente facultado para interferir en la esfera de propiedad, restringiendo o limitando este derecho en mayor o menor grado, según sea la naturaleza del gravamen. La forma de interferencia es indiscutible, pues llega al grado de mermar la esfera del propietario, privándolo del uso o del goce o bien, sujetando la cosa gravada a una garantía real, para responder del cumplimiento de una obligación.

En los derechos simplemente absolutos, la interferencia del sujeto activo en las esferas de los sujetos pasivos indeterminados, consiste sólo en la facultad normativa de exigirles que se abstengan de perturbarlo



en el ejercicio de su derecho. Aunque propiamente aquí se configura un deber de abstención, también existe el de tolerancia para que estos terceros indeterminados sufran en su caso el ejercicio pleno y sin trabas del derecho real.

9.—*Punto de vista de Luis Rigaud.*—Este autor en la monografía que ha publicado con el nombre de: "El Derecho Real, Historia y Teorías. Su Origen Institucional" (Traducción de J. R. Xirau, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1928), ha sostenido un punto de vista ecléctico en la definición de los derechos reales, por cuanto considera que una buena definición debe comprender tanto el aspecto interno como el externo de esos derechos. Sin embargo, no se reproduce la tesis ecléctica de Planiol y Ripert a que ya nos hemos referido, sino que con un gran acopio de datos históricos tomados tanto del derecho romano, de los glosadores y del derecho canónico, así como de las observaciones que se desprenden de las legislaciones contemporáneas, ha logrado estructurar una tesis que implica, además, como novedad, la afirmación de que existen derechos reales "in faciendo". Al efecto divide su estudio en tres partes, la primera tiene por objeto investigar los orígenes de la distinción entre los derechos reales y las obligaciones, en el derecho romano primitivo y clásico, y en el antiguo derecho, comprendiendo aquí el estudio tanto de la concepción de los glosadores respecto al "jus in re", como la de los canonistas del "jus ad rem" y la teoría feudal de los derechos reales "in faciendo" (tributos y rentas sobre tierras, diezmos). En la segunda parte, Rigaud hace el estudio de la teoría clásica francesa y del valor de la distinción que propone entre derecho real y obligación, analizando las críticas dirigidas contra la misma y valorizándolas para determinar lo que tienen de verdadero. En seguida trata de las teorías personalistas de Planiol, Windscheid, Ripert, Roguin, Michas y Demogue, formulando un juicio crítico respecto a las mismas. Además, estudia también la teoría institucional de Hauriou. Por último, en la tercera parte sostiene que debe ampliarse el círculo de los derechos reales mediante una teoría general de las cargas reales y de los derechos reales "in faciendo". Demuestra al efecto la posibilidad teórica de tales derechos y critica el concepto de la obligación "propter rem". En seguida trata de los derechos reales "in faciendo" en la legislación y jurisprudencia francesas, refiriéndose especialmente a las servidumbres y a las cargas reales "in faciendo" del derecho privado y público.

Del interesante estudio de Rigaud sólo expondremos su punto de vista personal sin relacionarlo con la teoría institucional de Hauriou. Al efecto sostiene en las páginas 219 a 246 que una buena definición del

derecho real debe comprender tanto el aspecto interno como el externo. Acepta de la escuela clásica la caracterización que hace del citado aspecto interno como un poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre un bien, demostrando que los exégetas franceses sí conocieron el concepto de obligación pasiva universal que después desarrolla ampliamente Planiol, pero no le dieron la importancia de ser un dato definitivo para la caracterización de los derechos reales. Explica Rigaud cómo Aubry y Rau afirmaron expresamente la existencia de una obligación correlativa en los derechos reales, transcribiendo de los citados autores clásicos el siguiente pasaje de gran valor:

“A todo derecho corresponde una obligación. Esto ocurre incluso con los derechos reales, que imponen virtualmente a las personas a quienes no pertenecen, la obligación de no intervenir en el mismo. No obstante, esta obligación general y negativa que corresponde a los derechos reales, no es el objeto inmediato de estos derechos, cuya existencia es independiente del cumplimiento de toda obligación”.

“Los derechos personales, por lo contrario, tienen por objeto una prestación, es decir, el cumplimiento de una obligación sin la cual no podrían existir”.

“Los ilustres autores añaden en una nota: “En derecho romano la palabra “obligatio” no se aplica más que a las obligaciones que corresponden a los derechos personales. En el lenguaje jurídico francés se usa indiferentemente la palabra “obligation”, lo mismo si el derecho correspondiente es personal que si es real”.

“La relación existente entre un derecho personal y la obligación a él correspondiente, puede ser comparada a la que une el efecto con la causa. Una relación inversa existe entre un derecho real y la obligación que le es correlativa”.

“Se ve en el pasaje citado que Aubry y Rau distinguen dos clases de obligaciones: 1a. una obligación general negativa que pesa sobre todos los hombres ajenos al titular y que priva de intervenir en un derecho, cualquiera que éste sea. Solamente se encuentra en los derechos reales, pero la abstención o actitud pasiva que impone no es el objeto inmediato de estos derechos que recaen directamente sobre la cosa”. (Ob. cit., pág. 109).

Por lo tanto, no está de acuerdo Rigaud en que, según afirma la teoría personalista, se haya desconocido por los clásicos franceses el concepto de obligación pasiva universal.

Refiriéndose al aspecto externo de los derechos reales, acepta que existe esa obligación pasiva contra todo el mundo, manifestada a través de los derechos de persecución o preferencia que tiene el titular de un derecho real. Al efecto se expresa así:

“Nosotros no rechazamos la idea de la obligación pasiva universal. Por el contrario, hemos hecho resaltar el lado obligatorio del derecho real, observando que esta obligación no es aislada, y que el aspecto externo del derecho real es mucho más complejo cuando se le considera en su plena manifestación jurídica.

Si hemos criticado las ventajas falsamente atribuidas a esta noción de la obligación pasiva universal —en tanto que quiere sustituirse con ella la del derecho sobre la cosa— reconocemos, no obstante, siguiendo a César-Bru, que es susceptible de proporcionar una explicación satisfactoria de las relaciones entre propietarios vecinos en el ejercicio de su derecho sin que sea necesario recurrir a la idea arbitraria de un cuasi-contrato, en virtud del cual los vecinos están obligados a usar cada uno de su finca sin dañarse recíprocamente". (Ob. cit., pág. 221).

Sin embargo, reconoce que la obligación pasiva universal no es una característica derivada de la estructura misma de los derechos reales, sino una obligación legal impuesta en virtud de la convivencia humana. Además, hace notar que también en los derechos de crédito se encuentran aspectos de oponibilidad y acciones de preferencia.

En cuanto a las acciones de persecución y de preferencia en los derechos reales, estima Rigaud que son características normales de los mismos, pero no elementos de esencia. Afirma al respecto que se trata de una protección jurídica eficaz frente a los terceros, tomando en cuenta que el derecho se manifiesta en una serie de actos permanentes y sucesivos sobre la cosa, en tanto que el derecho de obligación se extingue y destruye por el cumplimiento de la prestación debida. Concluye su estudio de esta primera parte relativa a la definición en los siguientes términos:

"Y como ya hemos dicho, la forma misma y la intensidad de la protección jurídica contra los terceros depende en gran parte de la estructura misma de este lado interno; éste determina a aquélla. Esta constatación nos lleva directamente a esta doble observación:

"1o.—Una buena definición del derecho real, si bien no debe descuidar su lado externo, debe atender preferentemente a mostrar su lado interno. Nadie duda de que bajo este aspecto sea el derecho real muy diferente del derecho de crédito, siendo el objeto del primero una cosa y su contenido la utilidad jurídica que es susceptible de procurar, mientras que el objeto del segundo no puede ser más que la acción o la abstención de una persona, o, como dice Dante Mejorana, el primero es un derecho de dominación sobre la cosa, y el segundo, un derecho de dominación sobre el acto de la persona obligada".

"2o.—Es legítimo retraer las diferencias prácticas que se acostumbran anotar del lado externo entre los derechos reales y las obligaciones desde el punto de vista de la oponibilidad a los terceros, atribuyéndolas a las diferencias de estructura interna que existen entre los dos derechos. Pero precisa no exagerarlas, ni ver en ellas necesidades lógicas ineludibles, puesto que las diferencias en la protección jurídica de los derechos contra los terceros, o en su transmisibilidad están también en estrecha dependencia respecto de las nuevas necesidades de la práctica; y conviene hacerlo resaltar haciendo observar que a menudo los derechos de crédito son oponibles a los terceros en general y a ciertos terceros considerados en particular".

"Hay, pues, un justo medio entre las afirmaciones demasiado dogmáticas de la doctrina clásica y las negaciones atrevidas de las teorías personalistas en lo

que atañe a las diferencias de eficacia externa que separan el derecho real y el derecho de crédito. Es incontestable que desde este punto puede haber semejanzas entre los dos derechos (y si bien no conviene exagerar en interés de una teoría como hace Demogue), precisa reconocerlas cuando existen y especialmente no considerarlas como imposible, cuando están postuladas por las necesidades de la práctica. Pero, por otra parte, no es menos incontestable que el derecho real desde el punto de vista de su noción y de su definición es profundamente diferente del derecho de crédito; esto es lo que las teorías personalistas equivocadamente niegan". (Ob. cit., págs. 241 y 242).

En la segunda fase de su estudio se refiere especialmente a la necesidad de ampliar el campo de los derechos reales mediante la existencia de derechos reales "in faciendo". Al efecto estima que la máxima que ha sido clásica en esta materia relacionada con las servidumbres, según la cual "Servitus in faciendo consistere non potest", no es exacta, pues la ley misma nos plantea ejemplos de servidumbres que tienen por objeto prestaciones positivas sin perder su carácter de obligaciones reales. Plantea la cuestión en los siguientes términos:

"Hablar de un derecho real in faciendo hace nacer inmediatamente la siguiente cuestión: Si el derecho real consiste en una atribución directa e inmediata de todo o parte de la utilidad jurídica de una cosa a su titular, atribución a la cual los terceros deben abstenerse de perjudicar, ¿es posible que imponga a veces indirectamente a la persona que se encuentra en relación de derecho o de hecho con la cosa, una prestación positiva?" (Ob. cit., pág. 298).

Afirma que en el propio derecho romano existieron servidumbres que imponían al dueño del predio sirviente ejecutar ciertos actos, y dice así:

"Fadda y Bensa citan aún el caso de responsabilidad real que se traduce en las viejas instituciones de actio de pauperie, de la actio noxalis y de la cautio damni infecti. Encontramos en este caso prestaciones positivas aisladas impuestas al propietario de la resdamnosa o del edificio ruinoso". (Ob. cit., pág. 299).

En seguida trata de la posibilidad teórica de los derechos reales in faciendo y crítica el concepto de obligación propter rem. Hace notar que la mayoría de los juristas repudia la existencia de derechos reales in faciendo por el temor que experimentan de que renazcan las viejas formas feudales, y al efecto se acogen a la máxima relativa a las servidumbres. Observa Rigaud que en los derechos reales distintos de la propiedad, independientemente de los terceros que tienen la obligación general de respeto, existe el propietario de la cosa gravada, quien tiene una obligación más intensa, tanto negativa como positiva.

"Tal como ya hemos observado anteriormente en los derechos reales llamados desmembrados, o, mejor, limitados (*begrenzten*), es preciso distinguir, en lo que concierne a los terceros, entre la simple obligación de abstención que obliga al público, frente al titular, a respetar su derecho y la obligación más intensa que incumbe al propietario o al detentador de la cosa; éste no debe sólo abstenerse: debe sufrir (*pati*) el ejercicio del derecho sobre su cosa. Mientras que no se puede decir que el propietario goce de su derecho por intermedio del público obligado a respetarle, ya que la mayor parte de este público ni sospecha su existencia, se concibe, por el contrario, que pueda decirse que el titular del derecho real desmembrado de la propiedad, y precisamente el titular de una servidumbre, goza de ella gracias a la observancia del *pati* por parte del nudo-propietario (o por el propietario o el poseedor del fondo sirviente), ya que aquí no se encuentra en presencia de un público, sino de un individuo determinado y que se puede nombrar. Por otra parte, no se puede decir, para afirmarlo en absoluto, que la servidumbre se ejerza sin intermediarios, pues éste es el fondo sirviente que sufre la carga, ya que es evidente que una cosa inanimada está desprovista de sensibilidad. A propósito de esto, Vangerow, refutando una opinión de Zachariae, dice, muy bien, que para construir el concepto de una servitud in *patiendo*, es necesario forzosamente recurrir al propietario del fondo sirviente, ya que evidentemente, el fondo, tomado en sí mismo, no puede, *pati*, y tampoco, en el sentido jurídico de la palabra, *non facere*. Y añade: "Si respecto a esto, debemos decir que el propietario, como representante del fondo, endosa sus obligaciones, se puede concebir que hubiera sido posible constituir una servidumbre predial, *quae in faciendo consistit*". (Ob. cit., págs. 300 y 301).

Rechaza Rigaud el concepto de obligación *propter rem*, calificándolo de una forma indirecta que trata de ocultar los derechos reales in *faciendo*:

"Es preciso, ante todo, deshacernos del concepto de la *obligatio propter rem*, concepto desmañado, destinado sólo a enmascarar la existencia de los derechos reales in *faciendo*. Tal como hemos indicado precedentemente en nuestra historia, el concepto de la *obligatio propter rem* concuerda con la idea misma de la obligación en sentido técnico, ya que esta pretendida obligación se transmite *ipso jure*, no a los herederos o sucesores universales a su titular, sino a sus causahabientes a título particular; es decir, a los propietarios sucesivos de la cosa gravada, a sus detentadores. M. Planiol, autor personalista, que no es sospechoso en la materia, hace él mismo esta confesión, en estos términos explícitos, en su Tratado, tomo II, núm. 190: "Bastante a menudo, para indicar la situación de estos deudores, de obligación restringida, se dice que son considerados *propter rem*, queriendo decir con esto que no son considerados más que en razón de la detentación de una cosa sobre la cual el acreedor posee un derecho real. Sería mejor decir que no son deudores del todo: su persona no cuenta, y la acción que se da contra ellos es de la misma naturaleza que la vindicatoria que se da contra todo detentador de la cosa, abstracción hecha de toda deuda personal. En realidad, estas pretendidas deudas localizadas no son más que cargas reales". (Ob. cit., pág. 305).

Por último, concluye considerando que es posible aceptar en la doc-

trina la categoría de los derechos reales *in faciendo*, y al efecto se expresa categóricamente así:

“Así, hemos demostrado que, en pura teoría, nada se opone a la admisión de un derecho real *in faciendo*. Y esta demostración nos ha permitido constatar: 1o. Que la idea, según la cual el derecho real no necesita, para ejercerse, ningún intermediario, es falsa para la mayor parte de los derechos reales, y que se debe reemplazar esta fórmula corriente por esta otra: “No es necesario, para ejercer el derecho real, ningún intermediario personalmente obligado”. 2o. Que la regla *Servitus in faciendo consistere nequit*, no tiene el carácter general que se le atribuye ordinariamente. Esta regla, que debe restringirse a las servidumbres, y que no está escrita claramente en ninguna parte del código civil, no se funda en una necesidad racional que derive de la noción de derecho real”. (Ob. cit., pág. 307).

10.—*Confusión entre el aspecto económico y la naturaleza jurídica de los derechos reales.*—Las diferentes doctrinas que hemos expuesto confunden el aspecto económico de los derechos reales y su naturaleza jurídica. Principalmente este error se advierte en la tesis de Bonnecase. Además, se afirma que el objeto de tales derechos es el bien o la cosa, siendo así que tiene que ser conducta humana, pues teniendo el derecho objetivo o conjunto de normas, por objeto directo la regulación de la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, necesariamente los derechos subjetivos y los deberes jurídicos deberán también tener por objeto directo dicha conducta. Por lo tanto, en los derechos reales el objeto directo de los mismos debe ser conducta humana, tanto por lo que se refiere al sujeto activo, como por lo que atañe al sujeto pasivo, determinado o indeterminado. Además, en dichos derechos existe un objeto indirecto que es el bien o la cosa sobre la cual se ejerce el poder jurídico.

Tanto la escuela de la exégesis como Bonnecase, toman en cuenta al caracterizar el derecho real, la existencia de un poder económico de aprovechamiento, total en la propiedad y parcial en los demás derechos reales. Este punto de vista es inexacto, debido a que el derecho real se caracteriza no por un poder económico sobre el bien, sino por un poder jurídico que se integra por un conjunto de posibilidades normativas para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, pero sin necesidad de que tales facultades se ejerzan, bastando la posibilidad reconocida en el derecho objetivo para que se hagan valer, aun cuando jamás lleguen a tener ejecución. Por lo tanto, existirá el derecho real como simple facultad jurídica a través de un conjunto de posibilidades para realizar actos de dominio o de administración sobre la cosa, sin que sea necesario que exista el poder económico que se traduce en el aprovechamiento total o parcial del bien. La propiedad existe, por el solo

hecho de reconocerse al dueño un conjunto de facultades jurídicas para usar o disponer de la cosa aun cuando jamás se ejerzan esas facultades. Es decir, a pesar de que no se lleve a cabo un poder económico de aprovechamiento efectivo.

En los derechos reales debemos estudiar el aspecto activo que está constituido por un conjunto de facultades jurídicas que tiene el titular para usar, gozar, disponer o afectar un bien en garantía, según se trate de derechos de uso, de disfrute, de disposición o de simple garantía. En la propiedad concurren las diversas facultades de uso, goce y disposición. En los demás derechos principales existe la facultad de uso o la de uso y goce. Por último, en los derechos de garantía el titular sólo goza de una facultad para vender el bien objeto de la misma y hacerse pago preferentemente con el producto que se obtenga. En todos los derechos reales se reconoce al pretensor la acción persecutoria del bien o cosa y un derecho de preferencia. Debe distinguirse el derecho real como simple posibilidad normativa de ejercicio, del derecho real ya ejercitado, es decir, cabe siempre diferenciar el derecho de su ejercicio.

El poder jurídico que caracteriza a los derechos reales se manifiesta en la posibilidad normativa de crear diferentes tipos de relaciones jurídicas, toda vez que se faculta al pretensor para ejecutar válidamente actos jurídicos de dominio o administración, ligando así a otros sujetos mediante la constitución de relaciones jurídicas especiales. Este aspecto no lo encontramos en los derechos personales o de crédito, pues en ellos el acreedor no puede disponer de la conducta del deudor (prestación o abstención), aun cuando se trate de prestaciones de dar, pues en ellos siempre las facultades del acreedor se ejercen a través de la cooperación que debe realizar el deudor, mediante el cumplimiento espontáneo o forzado (ejecutivo) de sus obligaciones. Así es como el acreedor, aun cuando se trate de obligaciones de dar, no adquiere un poder jurídico directo e inmediato sobre los bienes del deudor, careciendo de facultad de realizar actos de dominio y de administración (sólo excepcionalmente, por autorización del deudor o de la ley, podrá realizar válidamente actos jurídicos de administración, como ocurre cuando se faculta al arrendatario para subarrendar).

Por virtud del carácter absoluto de los derechos reales se reconoce en el titular la posibilidad jurídica de ejecutar válidamente actos de dominio o administración, según la naturaleza de su derecho, en relación con los bienes, siendo oponibles a todo mundo. Tal aspecto no puede existir en los derechos personales.

Además del conjunto de facultades que caracterizan al derecho real desde el punto de vista activo, existen las obligaciones reales que deter-

minan de una manera definida su especial naturaleza y permiten diferenciar a los derechos reales de los personales. En el aspecto pasivo deben estudiarse tales obligaciones reales que existen a cargo del propietario de una cosa gravada, del titular de un derecho real y de los partícipes en las relaciones de copropiedad. Además, tenemos las obligaciones reales que establece la vecindad y colindancia de los predios. En su oportunidad haremos el estudio de todas ellas en el capítulo respectivo. Por ahora sólo conviene decir que en tales obligaciones reales o propter rem el sujeto pasivo reporta prestaciones o abstenciones de carácter patrimonial que dependen de la cosa, siguen a ésta, se extinguen si la cosa desaparece o se destruye, se transmiten con la enajenación de la misma y pueden eludirse mediante el abandono. Por lo tanto, se trata también de formas de conducta que afectan a un sujeto determinado y que constituyen el lado pasivo de los derechos reales. Sólo tratándose de la obligación pasiva universal a que se refiere Planiol, a cargo de todo el mundo, en el derecho de propiedad, no existen las características mencionadas.

11.—*Confusión relativa al objeto de los derechos reales.*—Ya hemos indicado que un segundo error en esta materia consiste en afirmar que el objeto directo e inmediato de tales derechos es la cosa o el bien sobre los cuales se ejerce el poder jurídico. En este aspecto consideramos que hay un grave error, pues sería tanto como afirmar que los derechos reales son los únicos dentro de todo el gran conjunto de los derechos subjetivos, que tienen por objeto cosas o bienes, en tanto que los demás se refieren siempre a una conducta especial del pretensor y del obligado o sujeto pasivo. Evidentemente que los derechos reales no pueden constituir una nota discordante que rompa con la armonía del sistema. Por ser derechos deben tener como objeto directo conducta y sólo como objeto indirecto el bien o la cosa, tal como lo hemos precisado al determinar respectivamente el aspecto activo y pasivo de esas facultades jurídicas. Además, sería desconocer el postulado esencial de que tanto el derecho objetivo, como los derechos subjetivos, los deberes jurídicos y las relaciones de derecho, sólo pueden tener como objeto directo la conducta humana en su interferencia intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes o sanciones, es decir, siempre en actos de conducta, tanto desde el punto de vista del sujeto activo o pretensor como del sujeto pasivo u obligado. Por otra parte, como toda facultad jurídica implica una obligación a cargo de otro, necesariamente en los derechos reales existe la conducta específica del sujeto pasivo determinado o indeterminado, que constituye su objeto directo y da materia a las obligaciones



reales. Además, existe la conducta jurídica del sujeto activo que se manifiesta en el conjunto de facultades jurídicas para realizar actos de dominio o de administración sobre bienes determinados. El hecho de que las facultades y obligaciones reales tengan relación estrecha con una cosa o bien incorporal, no quiere decir que deje de ser la conducta humana su objeto directo. Simplemente tendremos que admitir, que en tales derechos hay un objeto indirecto consistente en el bien corporal o incorporal al cual habrán de referirse los actos jurídicos que constituyen el objeto de las facultades en el sujeto activo y de las obligaciones reales en el sujeto pasivo.

### C A P I T U L O I I I

#### TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES REALES

1.—*Desorientación respecto a la materia de las obligaciones reales.* Es Julián Bonnecase quien se encarga de ponernos en guardia relativamente a la desorientación a que aludimos. En primer término apunta la escasa literatura jurídica que existe en cuanto al tema.

"Hasta donde sabemos —nos asegura Bonnecase—, sólo un autor ha tratado de elaborar en la doctrina francesa, una teoría de conjunto sobre la obligación real: el decano Michon en su tesis de doctorado de derecho francés, sostenida en 1891, ante la Facultad de Derecho de Nancy, titulada: *Des obligations propter rem dans le Code civil*. Después de él, consagramos amplias aplicaciones a la obligación real en nuestro suplemento al tratado de Baudry-Lacantinerie, tomo V, págs. 314-436. Indicamos también, dos trabajos que se refieren a esta materia: Breton, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en Droit civil français* (Rev. trim. Dr. civ. 1928, págs. 261-364). Silvio Lessona, *Essai d'une théorie générale de la renonciation civile* (Rev. trim. Dr. civ. 1912, págs. 361-387). En el tomo I, Nos. 612 y 653 esbozamos la teoría de la obligación real". (Elementos de Derecho Civil, Bonnecase, traduc. del Lic. José M. Cajica Jr., Biblioteca Jurídico Sociológica de Puebla, Pue., volumen XIV, México, 1945).

Después de haber indicado Bonnecase la pobreza doctrinaria que existe sobre el tema de las obligaciones reales, *queremos hacer hincapié en la desorientación que priva respecto a esta materia.* En efecto, según veremos de la exposición que sigue, Michon tiene un concepto de obligaciones *propter rem* distinto del que formula Bonnecase. Ahora bien, si estos dos autores no logran ponerse de acuerdo en un tema esencial

casi exclusivamente tratado por ellos, se comprenderá que la *Teoría general de las obligaciones reales* no tiene un halagador futuro y perspectiva de realización firme. Por nuestra parte, creemos que ni el concepto restringido de Bonnacase, ni el menos limitado de Michon comprenden todos los casos de obligaciones reales. Alentamos la esperanza de que en el futuro de la ciencia jurídica llegue a elaborarse toda una doctrina sistemática y coherente, dotada de autonomía, para agotar este campo inexplorado de la especulación jurídica. Estimamos que al lado de las obligaciones reales como accesorias de los derechos reales principales (tesis de Bonnacase) o de esos derechos y de los reales de garantía (tesis de Michon), existen también las obligaciones reales como correlativas de los derechos de esa naturaleza, es decir, impuestas al sujeto pasivo de los mismos, que siempre es el propietario de la cosa gravada por un derecho real de aprovechamiento o de garantía. Asimismo existen las obligaciones reales como correlativas del derecho de propiedad o del de copropiedad, impuestas por lo tanto al titular de esas facultades por virtud de las relaciones de vecindad, colindancia o condominio.

Según lo expuesto, y a fin de que se pueda ir graduando el alcance de las diferentes tesis que en seguida vamos a exponer, juzgamos conveniente por vía precautoria enumerar tan sólo las diferentes obligaciones reales:

a) *Obligaciones reales como correlativas de los derechos de aprovechamiento o de garantía de igual naturaleza.*—Se trata de deberes impuestos al propietario o poseedor en concepto de dueño de las cosas afectadas por esos derechos reales, frente al titular de los mismos: usufructuario, usuario, habituario, dueño del predio dominante, o titular de la hipoteca, prenda, anticresis o censos.

b) *Obligaciones reales impuestas al propietario por virtud de la vecindad o colindancia.*

c) *Obligaciones reales impuestas al propietario por virtud del condominio en diferentes casos:* muro medianero, zanja o seto común y caso en el cual los diferentes pisos de una casa pertenecen a distintas personas, en lo que se refiere a las cosas comunes: entrada, patios, corredores, escalera, sótanos, azoteas, paredes maestras, servicios de agua y drenaje, etc., etc.

d) *Obligaciones reales impuestas al titular de los derechos de aprovechamiento o de garantía* y en beneficio del propietario de la cosa objeto del gravamen. Estas últimas son las que estudian respectivamente Bonnacase y Michon, así como las indicadas en los incisos b) y c).

A fin de estar en condiciones de poder desarrollar nuestra propia

opinión, expondremos respectivamente las ideas de los dos autores a que nos venimos refiriendo.

Lafaille, ob. cit., t. III, v. I, págs. 26 y 27.

2.—*Doctrina de Michon*.—Tomamos de la obra de Bonnecase antes citada, las ideas que desarrolló el autor francés Michon en sus tesis de doctorado denominada: "Des obligations propter rem dans le Code civil". Para el citado jurista las obligaciones reales tienen el carácter de accesorias tanto de los derechos reales de aprovechamiento o de primer grado, cuanto de los de garantía: hipoteca, prenda y anticresis. El titular de los derechos reales, a pesar del poder jurídico que en forma directa e inmediata ejerce sobre bienes determinados, con finalidades de aprovechamiento o de garantía, reporta deberes jurídicos que tienen el carácter de accesorios de la facultad fundante. En esa virtud, el titular de tales derechos reales puede renunciar a los mismos, liberándose de esa manera de las obligaciones que le son accesorias.

"Esta renuncia implica la pérdida del derecho, y como contrapartida, la desaparición de las obligaciones reales que en virtud de ese derecho pesan sobre su titular. Igualmente, la transmisión del derecho a un tercero, es decir, a un sucesor particular, transmite de pleno derecho a este último las obligaciones reales. Por tanto, si al igual que las obligaciones personales, las reales recaen, en definitiva, sobre la persona del deudor, esto acontece sólo indirecta, temporal, material e impersonalmente, por indeterminación y en razón de la cosa que detenta, y también en tanto cuanto dure su posesión. De aquí la expresión *obligatio propter rem*.

En estas condiciones es natural que la cosa origen, soporte y medida de la obligación real, debe ser, por definición, una cosa individualizada" (Bonnecase, ob. cit., pág. 177).

La transcripción anterior, referente a la interpretación que hace Bonnecase respecto a la tesis de Michon, merece ser desenvuelta:

a) *Las obligaciones reales son deberes jurídicos fundados*, si es que deseamos emplear la terminología de los juristas alemanes y austríacos, partidarios de la fenomenología jurídica. En cambio, los derechos reales de que dependen, son facultades jurídicas fundantes. Lógicamente, la obligación fundada desaparece si se extingue o renuncia a la facultad fundante: depende de ella, la sigue y la acompaña en todos los momentos de su existencia. Por esto también el titular de la facultad fundante puede liberarse de la obligación fundada, si renuncia a su derecho o lo transmite; pero en este último caso, necesariamente la transferencia a un nuevo titular irá seguida de los deberes fundados.

b) *Las obligaciones reales implican deberes de prestación y excepcionalmente de abstención, que gravitan sobre un sujeto pasivo deter-*

*minado*. Hasta aquí existe identidad con las obligaciones personales; pero se distinguen de ellas en que, en tanto que estas últimas son a cargo de un sujeto en su individualidad misma (como Pedro o como Juan, o bien, como una persona moral determinada), las obligaciones reales pesan sobre un sujeto intercambiable, es decir sobre alguien que desempeña un papel o categoría jurídica, y en tanto que tenga ese carácter. Por esto, en el momento en que deja de ser ese sujeto funcionario, pasando esa calidad a otro sujeto, las obligaciones reales se transmiten de uno a otro.

c) *Entre los sujetos que reportan obligaciones reales, considera Michon a los poseedores de una finca hipotecada, o bien, a aquellos que para garantizar una deuda ajena, constituyen esa garantía real sobre un bien propio. Dice así:*

"Los verdaderos poseedores en el sentido de los artículos 2166 y sigs., son principalmente aquellos que siendo originariamente extraños a la deuda personal, han adquirido el inmueble a título particular; cualquiera que sea por lo demás la naturaleza de sus títulos: venta, remate, donación, legado, etc., ninguna otra relación tienen con la deuda, salvo la que consiste en poseer el bien que constituye la garantía de aquélla. Por tanto, pueden llegar a ser absolutamente extraños a la obligación hipotecaria, abdicando su derecho hasta donde sea necesario para que el acreedor realice su garantía". (Citado por Bonnecase, págs. 178 y 179).

d) *Refiriéndose Bonnecase nuevamente a la tesis de Michon, dice que las obligaciones reales "son el complemento indispensable, el aparato externo del goce de los derechos reales principales". Estima suficiente tal caracterización y rechaza la categoría de obligaciones reales, diciéndonos:*

"que se pretende agrupar alrededor de los derechos reales de garantía, porque estas pretendidas obligaciones reales no se distinguen del derecho mismo, cuyo reverso constituyen; no son sino el derecho considerado desde el punto de vista del tercero poseedor, por ejemplo". (Ob. cit., pág. 182).

Bonnecase ha criticado a Michon afirmando que sólo hay obligaciones reales como accesorias de los derechos reales principales o de primer grado; que, en consecuencia, es inadmisibles la división de tales deberes en dos categorías, para considerar que también existen las obligaciones accesorias de los derechos reales de segundo grado o de garantía. Estima que el concepto de deberes *propter rem* es unitario, atacándose su naturaleza si se les divide en dos grupos, pues considera que siempre tales obligaciones se encuentran indisolublemente ligadas a los derechos reales principales.

3.—*Tesis de Bonnecase*.—Este autor formula tres proposiciones principales en las que comprende toda la teoría de las obligaciones reales. Respectivamente se pueden expresar así:

a) *La obligación real es una noción única*. Por consiguiente, es inadmisibles la división de tales deberes en las dos categorías señaladas por Michon.

b) *La obligación propter rem es esencialmente distinta de la personal o deber jurídico de crédito*. Asimismo se distingue de la obligación *scripta in rem*. La institución del abandono caracteriza privativamente a los deberes reales.

c) *Las obligaciones reales se distinguen de las servidumbres*.

Cada una de las tres proposiciones que anteceden, contienen, en la teoría de Bonnecase, otras afirmaciones interesantes que iremos analizando.

Conviene en primer término transcribir la definición que propone el jurista francés, pues en ella se comprenden características generales de gran valor:

“Estamos de acuerdo con Michon —dice Bonnecase— sobre los caracteres específicos que atribuye así a la obligación real o propter rem. Absorbiéndolos en una fórmula, decimos que la obligación real puede definirse como una *obligación dotada, a pesar de ser accesoria de un derecho real principal, de una autonomía que la separa en el mismo grado; del derecho real y del crédito u obligación personal*; impone a su deudor, como también posteriormente a los poseedores de la cosa, pero exclusivamente en razón y en la medida de la posesión de ésta, un acto positivo, sin que por ello la obligación real se transforme, en ningún caso, en derecho real o de crédito”. (Pág. 177).

En esta definición encontramos las siguientes características: 1. Las obligaciones reales son autónomas, a pesar de ser accesorias de los derechos reales principales. 2. Su autonomía constituye un grado intermedio entre las obligaciones personales o derechos de crédito y los derechos reales. 3. Recaen siempre sobre un sujeto pasivo determinado que es el poseedor de una cosa. 4. Tales obligaciones existen en la medida en que se tenga el carácter de poseedor. Por consiguiente, acompañan a la posesión, desapareciendo con ella o pasando al nuevo poseedor. 5. Tienen como contenido actos positivos, es decir, prestaciones de carácter patrimonial, pero sin que lleguen a identificarse con las obligaciones de hacer que se imponen al deudor en los derechos de crédito.

*Análisis de la primera proposición*.—Recurrer Bonnecase a los derechos de propiedad, usufructo y servidumbres, para demostrar que en ellos existen obligaciones accesorias dotadas de autonomía, que no se pueden presentar en los derechos reales de garantía. En el tomo I de la

obra que venimos citando (Elementos de Derecho Civil), trata tales obligaciones en los números 612, 639 y 653, que respectivamente se refieren a los derechos reales de primer grado a que hemos aludido.

En el estudio de la propiedad analiza los siguientes casos: medianería, cercas comunes, copropiedades forzosas cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a distintas personas, setos vivos, cuando son divisorios entre dos o más fincas, y siembra de árboles o arbustos a determinada distancia de la línea divisoria entre las heredades.

Como conclusión de esta primera premisa, expresa así su pensamiento el profesor de la Universidad de Burdeos:

"Resulta, en definitiva, que las obligaciones *propter rem* sólo se encuentran con los derechos reales principales; por la sencilla razón de que como sólo pueden ser uno de los aspectos del objeto directo de un derecho, deben a la vez basarse en éste y distinguirse de él". (Pág. 181).

*Análisis de la segunda proposición.* Bonnecase nos dice:

"La obligación real o *propter rem*, se distingue esencialmente de la obligación personal o de derecho común, en todas sus variedades. Diferencia que separa la obligación *propter rem* y la obligación "*scripta in rem*" — Institución del abandono, que caracteriza la obligación real; en tanto que la obligación personal se basa directamente en la persona del deudor y es ejecutiva sobre todos los bienes de su patrimonio, la obligación *propter rem*, recae sobre una cosa a la que se limita tanto en su existencia como en su ejecución, si el deudor, ante la acción del acreedor, pone en movimiento la institución del abandono". (Ob. cit., pág. 182).

Conforme a esta segunda premisa, deduce el jurista francés que las obligaciones reales son verdaderas obligaciones en el sentido técnico jurídico, toda vez que el sujeto pasivo debe de realizar prestaciones, es decir, actos positivos de conducta. Esta circunstancia establece una similitud importante con las obligaciones personales, pues en ambas el obligado se ve constreñido en un cierto sentido y debe orientar su actividad para dar satisfacción plena a las exigencias o pretensiones legítimas del sujeto activo.

"Esta similitud, empero, no sólo es parcial, sino también meramente superficial. En realidad, la obligación real y la personal difieren radicalmente y se excluyen una a otra en el terreno práctico, es decir, en cuanto a las prerrogativas del acreedor, lo que en el fondo constituye el todo de la obligación". (Pág. 183).

La diferencia fundamental que encuentra Bonnecase entre los dos tipos de deberes jurídicos, la concreta así:

a) En tanto que en las obligaciones personales el deudor permanece ligado hasta que no se realice el cumplimiento integral, respondiendo con todo su patrimonio presente y futuro, lo opuesto ocurre con las obligaciones reales.

b) En estas últimas, el sujeto pasivo puede liberarse mediante la institución del abandono.

*Análisis de la tercera proposición.*—Conforme a este último principio que sienta Bonnecase, las obligaciones reales se distinguen radicalmente de las servidumbres con las cuales se les ha pretendido asimilar. Desarrolla así su idea el jurista francés: desde el punto de vista lógico no cabe la identificación si se toma en cuenta que las servidumbres son derechos reales principales que se bastan por sí mismos, en tanto que las obligaciones *propter rem* dependen de un derecho real principal. Es decir son deberes jurídicos fundados. *En cambio, las servidumbres son derechos fundantes de esos deberes.*

Además, las obligaciones reales dependen rigurosamente de la ley en su número, alcance y sujetos afectados. Por el contrario, las servidumbres dependen en gran parte de la voluntad del dueño del predio sirviente que puede lícitamente constituir esa clase de gravámenes en la forma que juzgue conveniente, sin violar la ley o los derechos de tercero.

4.—*Punto de vista personal en relación con los textos del Código Civil.*—Creemos posible fundar una Teoría General de las obligaciones reales de mayor alcance a la propuesta respectivamente por Michon y Bonnecase en el derecho francés.

En la tesis de Michon se da mayor amplitud al concepto de obligaciones reales, que en la doctrina de Bonnecase. Sin embargo, no estimamos fundada la restricción que en mayor o menor grado se desprende de ambas teorías. En efecto, el jurista citado en primer lugar estima que las obligaciones reales se presentan como accesorias de todos los derechos reales tanto de primero como de segundo grado. Enunciada así la tesis, en la parte que comprende es cierta; pero por el desarrollo de la misma no se abarcan las obligaciones reales del nudo propietario o del dueño de una cosa gravada, frente al titular del gravamen. Si se comprenden las obligaciones reales inherentes a la propiedad, analizándola sin que exista un gravamen o limitación en cuanto a la misma. Ahora bien, además de los deberes reales inherentes al dominio por virtud de la colindancia o de la vecindad, y de las obligaciones accesorias de todos los demás derechos reales, existe un tipo de gran interés jurídico, que comprende justamente las obligaciones concretas (positivas o negativas) y de orden patrimonial, que se establecen a cargo del dueño de una cosa

gravada y en favor del titular del gravamen. Aludimos aquí a esa nueva categoría de relación jurídico-patrimonial que nace con motivo de los derechos reales absoluto-relativos y que presenta dos fases: una, entre el titular del derecho y los terceros en general, siendo valedera *erga omnes*; y la segunda, de carácter relativo, oponible sólo a un sujeto pasivo determinado, que en el caso es el propietario o poseedor de la cosa gravada. El desconocimiento de este tipo de relaciones absoluto-relativas y de la existencia de ese sujeto pasivo determinado en los derechos reales distintos de la propiedad, explica la causa o motivo por virtud del cual la tesis de Michon se concreta sólo a estudiar las obligaciones reales accesorias de los derechos de aprovechamiento o garantía, pero siempre imputadas o referidas al mismo titular. En otras palabras: Michon sólo considera que las obligaciones reales existen a cargo del titular de los derechos de igual naturaleza; pero omite decir que existan respecto a un sujeto distinto. Por nuestra parte consideramos que al lado de esas obligaciones reales que tiene el titular de un derecho de aprovechamiento o de garantía, existen los deberes también reales a cargo del sujeto pasivo determinado en ese tipo de facultades, o sea, del propietario o poseedor de la cosa objeto del gravamen.

5.—*En las obligaciones reales se cumple la estructura bilateral del derecho.*—Es conveniente plantear el problema en relación con la estructura bilateral del derecho, para poder hacer un análisis del mismo tomando en cuenta todos los conceptos jurídicos fundamentales. Somos de la opinión que en esta materia —como en otras muchas del Derecho Civil— se han dejado de aplicar las conclusiones a que se llega en la Filosofía del Derecho o en la Teoría del mismo.

Si partimos de la base de que a toda facultad o derecho subjetivo corresponde correlativamente un deber jurídico a cargo de otro; o bien, que a todo deber jurídico impuesto a un sujeto determinado o indeterminado, asiste un derecho subjetivo en favor de otro sujeto, tendremos que concluir que en el problema, necesariamente habrá obligaciones correlativas, es decir, de la misma naturaleza y alcance de aquellos derechos.

Esta primera y sencilla conclusión nos enseña que sobre las otras variedades de obligaciones reales, se destaca como fundamental aquella que es correlativa de los diversos tipos de derechos reales. Las llamadas obligaciones accesorias en la terminología de Michon y Bonnetcase, sólo se imponen al análisis jurídico, como ideas vinculadas a la estructura bilateral del derecho.

En nuestro problema concreto decimos que las verdaderas obligaciones reales son las que deben imponerse como correlativas de los dere-



chos reales (no como accesorias de un derecho real del mismo titular o sujeto activo). Ahora bien, para que puedan existir tales deberes jurídicos, es necesario que se trate de derechos reales en los cuales exista un sujeto pasivo determinado. Al efecto hemos explicado que exceptuando la propiedad y los derechos de autor, todas las demás formas o variantes de los derechos reales suponen la existencia de ese sujeto pasivo determinado, porque se parte de la base de que el propietario o poseedor *animus domini* constituyen un gravamen o poder jurídico en favor de un sujeto determinado, quien por este solo hecho se caracteriza como sujeto activo, ejerciendo así un señorío parcial sobre el mismo bien objeto de propiedad o de posesión. Cualquiera que sea el tipo de gravamen o la naturaleza del beneficio o poder jurídico que se confieran a un sujeto sobre la posesión o pertenencia de otro, por necesidad lógica habrán nacido *ipso jure* relaciones jurídicas concretas entre el propietario o poseedor y el titular del gravamen. Por el momento no nos importan las causas o supuestos que puedan dar lugar a esa coexistencia de dos o más poderes jurídicos, ejercidos por distintas personas, sobre un mismo bien. Partimos de la situación ya consolidada o existente. Además, suponemos que legítimamente alguien ejerce sobre cosa ajena un poder jurídico parcial que se traduce en un gravamen y, necesariamente, en una carga real. Se puede admitir incluso el silencio absoluto de los códigos civiles, sobre la existencia, estructura, efectos y modalidades de ese tipo de relaciones jurídicas, pero no por ello la doctrina va a desconocer su existencia, así como la necesidad lógica de que nazcan derechos y obligaciones, que en este caso serán de naturaleza real o *propter rem*. Por esta razón, basta pensar que una cosa se encuentra afectada en alguna forma al poder de un sujeto que no es el propietario o poseedor originario de la misma. Si esta afectación es legítima, por cuanto que el derecho objetivo la reconozca y ampare, la lógica jurídica nos indica que es ineludible la existencia de una relación entre el propietario o poseedor y el titular de aquel poder jurídico parcial. No importa que se trate de un poder de aprovechamiento en cuanto al uso o goce, o en funciones de garantía, para afectar al pago de una obligación el valor mismo de un bien. En todos los casos posibles y aun en los que simplemente puedan imaginarse, independientemente de las formas reguladas por un cierto derecho positivo (usufructo, uso, habitación, servidumbre, censos, hipotecas, prenda, anticresis, superficie, copropiedad, etc., etc.) siempre encontraremos esa estructura bilateral o imperativo-atributiva que es esencial del derecho. Además, al ampararse la legitimidad del poder jurídico parcial sobre cosa ajena, aun cuando exista una laguna de la ley, la relación no podrá ser de hecho entre los sujetos cuyos poderes coexisten so-

bre el mismo bien, sino necesaria y estrictamente jurídica. De lo contrario habría que admitir el carácter ilegítimo de algunos de esos poderes. Basta su reconocimiento y tutela por el derecho objetivo, para que por vía de limitación podamos definir hasta dónde llega el poder jurídico de cada quien, y lógicamente hasta dónde termina o no puede llegar ese señorío. Por la misma razón, tendremos delimitadas las obligaciones correlativas, pues éstas constituyen siempre el aspecto pasivo de aquellos poderes jurídicos. Su existencia también se presenta como necesaria, ya que siendo los poderes jurídicos que coexisten sobre el mismo bien, de carácter limitado, ello quiere decir que existen obligaciones para determinar el alcance de aquellas facultades. *Lógicamente todo derecho limitado supone también un deber jurídico en sentido negativo.* Es decir, el límite positivo o esfera de acción de un derecho, supone por necesidad lógica un límite negativo o esfera de inacción de ese mismo derecho. En nuestro problema existe, además, la circunstancia de que la esfera de inacción de un derecho, es la que justamente da contenido o positividad a la esfera de acción del derecho concurrente, supuesto que el espacio o campo libre no abarcado por uno es ocupado por el otro. Desde luego los deberes negativos de esta correlatividad de derechos limitados se expresa bajo una fórmula general: cada titular no puede invadir el radio de acción que incumbe al derecho que limita su actividad. De aquí que la relación se presenta también como doblemente bilateral en cuanto a las obligaciones. Asimismo la relación jurídica como lazo o vínculo que articula esa pluralidad de facultades y deberes adquiere por ese solo hecho una estructura que también es imperativo-atributiva por partida doble.

Pero no sólo existen los deberes negativos, sino que también, para la debida efectividad de los derechos parciales que en forma concurrente se ejercen por dos o más personas sobre un bien, se imponen obligaciones positivas de carácter patrimonial, cuya naturaleza fundamentalmente consiste en permitir el máximo de eficiencia en el goce y disfrute de esos poderes jurídicos parciales. Asimismo, ~~tienen por objeto garantizar la existencia e inviolabilidad del derecho correlativo.~~ De esta suerte, el nudo propietario o dueño de la cosa gravada, tendrá el deber de mantener ésta en estado de que rinda el máximo provecho al titular del gravamen. Por ejemplo, en el usufructo a título oneroso ese deber jurídico llega al grado más alto, dado que el nudo propietario debe ejecutar todas las reparaciones necesarias a la conservación y goce de la cosa usufructuada. En las servidumbres, generalmente el deber consiste en no hacer o tolerar el ejercicio de las mismas, pero sí cabe imponer al propietario del fundo sirviente —por contrato, testamento, acto jurídico

unilateral o sentencia— el deber de realizar ciertos actos necesarios para la conservación de ese predio o para el debido ejercicio de la servidumbre. En la prenda y en la hipoteca, el propietario de la cosa dada en garantía, tiene la obligación de mantener siempre esta última en condiciones de responder al pago de la obligación-principal, es decir, existe el deber jurídico de mantener la suficiencia de la garantía.

Los deberes negativos son evidentes, ya que de otra manera, se perturbaría al titular del otro poder jurídico parcial, en el ejercicio de éste. La manifestación más clara de tales deberes la encontramos en las servidumbres, según el principio del artículo 1058 del Código Civil: "La servidumbre consiste en no hacer o en tolerar. Para que al dueño del predio sirviente pueda exigirse la ejecución de un hecho es necesario que esté expresamente determinado por la ley, o en el acto en que se constituyó la servidumbre". En el usufructo, el nudo propietario no puede alterar la forma o sustancia de la cosa, ni en manera alguna embarazar o perturbar al usufructuario en el ejercicio de su derecho. Justamente el radio de acción o contenido positivo de esta facultad, supone por necesidad lógica la inacción del propietario en cuanto al uso o goce de la cosa materia del gravamen. En los derechos reales de garantía existe una peculiaridad: se trata de facultades que están en disponibilidad o reserva para el caso de incumplimiento de la obligación. Por este motivo no entran en funciones sino hasta que se realiza ese supuesto jurídico. A partir de entonces entran en juego a su vez los principales deberes jurídicos del constituyente de la garantía: no impedir el aseguramiento y la venta de esos bienes, ni ejecutar actos que de manera directa o indirecta impidan la efectividad del derecho ajeno. Además, durante el lapso que corre de la constitución del gravamen al momento en que se hace efectiva la garantía, el constituyente de la misma tiene el deber de mantenerla en el mismo estado, o en otras palabras, abstenerse de ejecutar actos que disminuyan su valor.

6.—*Naturaleza de las obligaciones accesorias de los derechos reales.*—También en esta clase de deberes jurídicos se cumple como es natural y como no podría ser de otra manera, la estructura bilateral del derecho, sólo que reviste una modalidad importante: tales obligaciones se presentan como accesorias de ciertas facultades, porque al propio tiempo son correlativas de determinados derechos de otro sujeto. Por ejemplo, en el usufructo tenemos a cargo del titular de ese derecho, la obligación accesorias de formular un inventario y dar una fianza, a efecto de poder entrar en posesión de la cosa usufructuada. Evidentemente que este deber jurídico supone la facultad en el nudo propietario de exigir la garantía

en cuanto a su derecho mismo, para que permanezca inalterable y pueda, a la extinción del usufructo, obtener íntegramente la restitución de la cosa en debido estado, o reclamar daños y perjuicios en caso contrario.

De acuerdo con los principios de la lógica jurídica, esta clase de deberes jurídicos no pueden explicarse si recurrimos únicamente a la esfera de acción del titular de los derechos reales, pues no basta decir que se trata de obligaciones accesorias como opina Bonnacase. *En otras palabras, nunca un deber jurídico podrá explicarse íntegramente en su naturaleza y alcance, si sólo se le considera como obligación accesoria de un derecho.* En efecto, la explicación satisfactoria de cualquier deber sólo puede lograrse relacionándolo con una facultad en otro sujeto, pero nunca con una facultad inherente al mismo sujeto del deber. *Puede afirmarse que las facultades jurídicas no prohíben deberes en su mismo titular, sino que el proceso genético es inverso: tales facultades crean deberes en un sujeto distinto,* dada la estructura bilateral de la norma jurídica, de la relación de derecho y de la naturaleza imperativo-atributiva de las diversas situaciones jurídicas concretas. Atendiendo a estas razones no podemos decir que las obligaciones reales del usufructuario o del titular de una servidumbre, son accesorias de sus respectivos derechos, sino que son correlativas de los derechos del nudo propietario.

7.—*Naturaleza de las obligaciones reales en la copropiedad.*—Esta especial forma de dominio presenta fases de gran interés jurídico, en virtud de que en la misma concurren los dos tipos principales de obligaciones *propter rem*:

- a) *Las relacionadas con la propiedad en general, y*
- b) *Las inherentes a la indivisión del dominio entre dos o más titulares.*

En la copropiedad existen desde luego las obligaciones reales relacionadas con la colindancia; pero, además, tomando en cuenta la coexistencia de poderes jurídicos de igual naturaleza —aunque de diferente grado en ocasiones— se crea un estado de derecho que tiene aspectos en parte semejantes a los que se originan por virtud de la constitución de los derechos reales de aprovechamiento o de garantía.

Las obligaciones reales inherentes a la colindancia, sólo se presentan en materia de inmuebles para la copropiedad, en el caso de los muros, zanjas, setos o cercas medianeros. Aquí se da un doble supuesto: en primer término, la copropiedad sobre esa clase de bienes y, en segundo lugar, la especial naturaleza y ubicación de las cosas objeto del condominio, principalmente la circunstancia de que tales bienes son divisorios

entre dos o más propiedades que por entero y en forma exclusiva pertenecen a los copropietarios de aquellas cosas comunes.

Atendiendo a esa doble situación que existe en esta forma de condominio, se generan a su vez dos tipos de relaciones jurídicas:

- a) *Las inherentes a la copropiedad en sí misma considerada, y*
- b) *Las que atañen a la colindancia.*

A tal grado existe una vinculación íntima entre esas dos formas jurídicas, que la ley llega a presumir la copropiedad mientras no haya signo exterior que demuestre lo contrario, en los casos que menciona el artículo 953.

Una vez que se ha determinado la copropiedad de la cosa divisoria, en forma expresa o por presunción legal, la ley regula distintas obligaciones de carácter real entre los condueños. El artículo 959 les impone el deber de cuidar o conservar la cosa divisoria, con la obligación de pagar los daños y perjuicios que se causaren por su culpa. Los gastos de reparación y de reconstrucción del mismo bien se costearán proporcionalmente por todos los dueños que tengan a su favor la copropiedad (art. 960). El artículo 961 reconoce la institución del abandono, a efecto de que el condueño que quiera librarse de las obligaciones mencionadas, pueda hacerlo renunciando a la copropiedad, salvo que en la pared común se encuentre apoyado un edificio suyo. El artículo 962 estatuye en relación con este caso que: "El propietario de un edificio que se apoya en una pared común, puede al derribarlo renunciar o no a la copropiedad. En el primer caso serán de su cuenta todos los gastos necesarios para evitar o reparar los daños que cause la demolición. En el segundo, además de esta obligación queda sujeta a las que imponen los artículos 959 y 960". En los preceptos mencionados 959 y 960— se contienen las obligaciones de cuidar, reparar y reconstruir las cosas divisorias.

8.—*Especial naturaleza de las obligaciones reales en la copropiedad ordinaria.*—Hasta ahora hemos analizado las relaciones jurídicas que origina la copropiedad en las "cosas divisorias", atendiendo tanto a la coexistencia de poderes jurídicos en esa forma de condominio, cuanto a los especiales vínculos que impone la colindancia en materia de inmuebles. Trataremos ahora del caso más importante, o sea, el de la copropiedad ordinaria de que se refiere tanto a muebles como inmuebles y que sólo comprende el conjunto de relaciones jurídicas inherentes a la simultaneidad de dos o más poderes jurídicos de igual naturaleza —pero de diferente grado en ocasiones— que distintos sujetos ejercen sobre un mismo bien. Estos poderes originan iguales obligaciones reales para la administración, conservación y reparación de los bienes comunes, suje-

tándolos al principio de la proporcionalidad que rige en el aspecto activo.

En este tipo de relaciones jurídicas existe analogía con las que originan los derechos reales de aprovechamiento o de garantía, toda vez que aquí también coexisten dos poderes jurídicos sobre un mismo bien y en favor de distintos titulares. Sin embargo, la diferencia es importante; *en la copropiedad se trata de poderes de igual naturaleza, aun cuando de diferente grado o alcance, si así se pacta*. A falta de convenio la ley presume que las partes alícuotas son iguales. *En cambio, en los derechos reales constituidos sobre cosa ajena, la naturaleza de los poderes jurídicos concurrentes es esencialmente distinta*: el propietario conserva su dominio, pero limitado en mayor o menor grado según sea el uso, el goce o la garantía que otorgue a aquel que disfruta de esos derechos.

9.—*Características generales de las obligaciones reales.*—Las características que hemos establecido para las obligaciones reales que son a cargo del propietario que constituye un gravamen de aprovechamiento o de garantía sobre el bien que le pertenece, nos han aproximado en varios puntos a las obligaciones personales. En efecto, hemos dicho que esa clase de deberes jurídicos a cargo del propietario implican prestaciones o abstenciones de carácter patrimonial y afectan a un sujeto pasivo determinado. De esta suerte la analogía que encontró Planiol a través de la obligación general de respeto a cargo del sujeto pasivo universal, adquiere mayores proporciones, al grado de que un análisis superficial podría concluir postulando la identidad entre las obligaciones reales del nudo propietario y las personales. Sin embargo, como veremos a continuación, aún es posible establecer diferencias importantes. Desde luego no es aplicable a esta clase de deberes jurídicos la distinción que hace el propio Planiol, cuando indica que en tanto que el deudor en una obligación personal reporta un deber jurídico concreto de tipo patrimonial, aun cuando sea de carácter negativo por consistir en una abstención, el sujeto pasivo universal en los derechos reales sólo tiene a su cargo ~~una obligación general y no-patrimonial, de carácter negativo.~~ Decimos que ya esta diferenciación no es bastante, en virtud de que los deberes jurídicos a cargo del nudo propietario en los distintos gravámenes sobre cosa ajena implican verdaderas prestaciones o abstenciones de carácter patrimonial y respecto de un sujeto pasivo determinado, equiparándose, por lo tanto, en esos diversos aspectos a las obligaciones del deudor en los derechos personales.

Según lo expuesto, en ambos tipos de deberes jurídicos existe como objeto de los mismos un acto concreto de conducta, positivo o negativo

y, además, valorizable en dinero. Ahora bien, si Planiol con menores datos y analogías llegó a establecer que esencialmente se identifican los derechos reales con los personales, qué no podríamos decir ahora que contamos con mayores elementos de similitud. Desde el punto de vista de los sujetos existe identidad, dada la determinación de ambos tanto en las obligaciones reales como en las personales. Por lo que se refiere a la relación jurídica, ésta también se establece a través de una idéntica estructura, pues vincula a personas individualmente determinadas y recae sobre un mismo objeto, es decir, actos positivos o negativos de conducta, susceptibles de valorización pecuniaria.

*No obstante que hasta este momento parecen agotadas todas las posibilidades de diferenciación, consideramos que los deberes jurídicos reales se distinguen en un punto esencial de las obligaciones personales.* Nos referimos al hecho de que aun cuando el sujeto pasivo de las obligaciones reales realice actos de conducta, estos actos están íntimamente ligados con la cosa gravada por su propietario y dependen de la naturaleza de esa carga real. Es decir, no se trata de obligaciones personales de un sujeto, directamente vinculados con su individualidad, de tal manera que puedan subsistir independientemente de bienes o cosas determinados, tal como ocurre con los deberes del deudor en los derechos de crédito. En estos últimos, el obligado no lo está en razón de una cosa, sino directa y personalmente. Por este motivo, sus obligaciones tienen como garantía general todo su patrimonio presente y futuro y aun en los casos de insolvencia no se extinguen, pues siempre existirá la posibilidad de que el deudor adquiera bienes en el futuro.

Por el contrario, en las obligaciones reales, dada la dependencia absoluta que guardan con una cosa determinada, el sujeto pasivo de las mismas permanece obligado entretanto exista la cosa. Asimismo, si ésta se transmite a un tercero, será éste quien reporte esos deberes jurídicos quedando liberado el anterior propietario o poseedor que sólo lo estaba en su categoría de propietario o poseedor y no en su individualidad misma. Por esta razón ya hemos dicho que se trata de una especial categoría de deberes jurídicos que gravitan sobre un sujeto que podríamos llamar fungible, es decir, intercambiable o sustituible en todos aquellos casos en que se opere una transmisión del dominio o de la posesión de los bienes o cosas relacionados con esos deberes. *Esta especial naturaleza ha dado origen a la característica más gráfica de todas las que hemos enunciado y que se expresa diciendo que las obligaciones reales siguen a la cosa.* En realidad, se recurre a una metáfora en virtud de que todo deber jurídico se refiere a las personas y no a las cosas. Por consiguiente, no podemos decir con propiedad que tales obligaciones siguen a las cosas,

sino más bien que acompañan al propietario o poseedor de las mismas. Ahora bien, es evidente que si éste cambia, tendrán también que cambiar de sujeto pasivo esos deberes jurídicos. El proceso, por lo tanto, se realiza sin violar los postulados que hemos considerado como axiomas indiscutibles del derecho. De otra manera tendría que pensarse en la situación absurda de que hay obligaciones que pesan sobre los bienes y no sobre las personas, así como que dichos deberes siguen a esos bienes por vía directa, lo cual es inexacto de acuerdo con las explicaciones que anteceden.

En relación con la diferencia apuntada, se presenta la *institución del abandono* que es privativa y peculiar de las obligaciones reales. En efecto, ninguna obligación personal puede extinguirse o eludirse por abandono de la cosa. Sobre el particular analizaremos los textos del Código Civil que permiten la liberación de obligaciones reales merced al abandono de la cosa, citando casos concretos de la copropiedad, (especialmente en la medianería), en el usufructo y en las servidumbres.

Respecto al sujeto pasivo de ambos tipos de deberes jurídicos es posible precisar diferencias de interés: en las obligaciones personales, el vínculo está directamente establecido sobre la individualidad misma del deudor, de tal manera que no puede ser substituido por un nuevo obligado sino por virtud del consentimiento expreso o tácito del acreedor. A este respecto, nuestro Código Civil vigente, siguiendo al alemán, reglamenta ya la cesión de deudas que no se encontraba regulada en nuestros códigos anteriores ni en el de Napoleón. Conforme al artículo 2051 del actual ordenamiento: "Para que haya sustitución de deudor, es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente". "Se presume que el acreedor consiente en la sustitución del deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo". (Art. 2052).

En las obligaciones reales o *propter rem*, la vinculación jurídica se establece no sobre la individualidad misma del obligado, sino en relación con una categoría jurídica: su calidad de propietario o poseedor de la cosa. Por este motivo, el cambio de sujeto pasivo sigue normas jurídicas fundamentales diversas. El efecto dependerá de que cambie esa categoría jurídica, a fin de que sea el nuevo propietario o poseedor quien reporte las cargas reales consiguientes. Es por esta razón que en el Código Civil del Estado de Morelos, se establecen las reglas siguientes:

**"REQUISITOS PARA EFECTUAR LA SUSTITUCION DE DEUDOR.**  
Para que haya sustitución del deudor es necesario que el acreedor consienta expresa o tácitamente. En las obligaciones reales, para que exista cambio en el



sujeto pasivo o responsable de las mismas, es necesario que el que lo sustituya adquiriera la propiedad o posesión de las cosas o bienes objeto de esos gravámenes. El poseedor derivado, en las obligaciones reales impuestas al propietario o poseedor originario, no podrá ser sustituto de éstos. Todo cambio en la propiedad o posesión originaria, por lo que se refiere el sujeto titular del dominio o posesión, motivará un cambio en el sujeto pasivo de las obligaciones reales, que pasarán al nuevo propietario o poseedor". (Art. 1464) "CONDICION DEL NUEVO ADQUIRENTE O POSEEDOR DE BIENES GRABADOS. El nuevo adquirente o poseedor de los bienes gravados por un derecho real, será responsable frente al titular del mismo, quedando liberado el que fue dueño o poseedor de la cosa, siempre y cuando no se haya ocultado el gravamen. Si se ocultó, el adquirente o poseedor tendrá pretensión en contra del enajenante, en los términos previstos para el caso de evicción." (Art. 1469).

10.—*Autonomía de las obligaciones personales y correlatividad de las reales.*—Decimos que las obligaciones personales son autónomas por que no dependen de una cosa, teniendo por objeto un acto de conducta puro y simple, como se ve con meridiana claridad en las obligaciones de hacer y de no hacer. Para las obligaciones de dar existe una referencia indirecta a las cosas por virtud de que el acto de conducta no podría ejecutarse o cumplirse si no en tanto que implique la transmisión del dominio, uso o goce de un bien determinado o determinable, o bien, el pago de cosa ajena o la restitución de cosa debida. El artículo 2011 del Código Civil vigente reconoce las distintas clases de obligaciones de dar al estatuir: "La prestación de cosa puede consistir:

- I. En la translación del dominio de cosa cierta;
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida".

En estos diferentes tipos de obligaciones de dar se mantiene la autonomía de esos deberes jurídicos, en virtud de que existen con independencia de las cosas mismas, a diferencia de las obligaciones reales que están íntimamente vinculadas con aquéllas. En las obligaciones personales, el deudor no puede liberarse por abandono de las cosas objeto de las prestaciones de dar, ya que continúa respondiendo con todo su patrimonio presente o futuro aun cuando el bien perezca, se destruya, quede fuera del comercio o se convierta en un objeto imposible para la prestación, desde el punto de vista físico o jurídico.

Una vez que ha quedado mostrada la autonomía de las obligaciones personales, conviene ahora referirnos a la dependencia o correlatividad de las obligaciones reales. Por estos términos queremos significar que esa clase de deberes jurídicos dependen estrictamente de la existencia de una cosa, ya que se presentan como cargas reales de la misma. *En realidad, tales obligaciones no son otra cosa que los distintos medios jurídicos indispensables para que el sujeto activo pueda obtener todos los beneficios inherentes a su derecho.*

11.—*Diferencia en la responsabilidad patrimonial, entre las obligaciones reales y las personales.*—Desde el punto de vista de la responsabilidad patrimonial consideramos que existe una diferencia de importancia: en tanto que en las obligaciones personales el deudor responde con todo su patrimonio presente y futuro, exceptuando los bienes inembargables, *en las obligaciones reales la responsabilidad se concreta hasta el monto o valor de las cosas afectadas por esos deberes jurídicos.*

Para las obligaciones personales dice así el artículo 2964 del Código Civil vigente: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables". Queda, por consiguiente, consagrada de manera expresa por la ley aquella regla que en la doctrina se expresa diciendo que el patrimonio del deudor es la prenda tácita de sus acreedores. Es decir, se confirma el principio de responsabilidad ilimitada del deudor, quien sin limitación de tiempo continúa vinculado por las obligaciones contraídas. Por esto el artículo 2964 indica que el deudor responde con todos sus bienes y aun cuando no dice que sean los presentes y futuros, debe así interpretarse, toda vez que entretanto no se cumpla la prescripción liberatoria o extintiva, el acreedor tiene en todo tiempo el derecho de ejecutar sobre el patrimonio del deudor.

En las obligaciones reales, la responsabilidad debe concretarse al monto o valor de las cosas afectadas por esos deberes jurídicos. Es verdad que la ley no consagra este principio, pero debe entenderse como consecuencia necesaria de aquellos otros dos que ya hemos analizado: a) *Las obligaciones reales se extinguen si las cosas perecen*, y b) *Las obligaciones reales se extinguen abandonando la cosa en manos del titular del derecho correlativo*. Lógicamente está limitada la responsabilidad al valor de la cosa misma. De otra manera podría el sujeto pasivo eludir dicha responsabilidad abandonando la cosa. En efecto, supongamos que el monto de la obligación real de reparar una cosa fuese superior al valor del mismo objeto. Si el obligado faltare al cumplimiento de ese deber, el sujeto activo no podría ejecutar sobre su patrimonio, debiendo limitarse la responsabilidad hasta el valor de la cosa relacionada con la obligación real. Esta solución está de acuerdo con la posibilidad que tiene el responsable de eludir o liberarse de ese deber jurídico abandonando la cosa. Si se llegara a la conclusión contraria, de tal manera que la responsabilidad pudiera legítimamente exceder del valor de la cosa, tal consecuencia o sanción jamás tendría aplicación en la práctica, pues el obligado recurriría a la institución del abandono para evitar una ejecución en sus bienes.

En las servidumbres dice el artículo 1121: "Si el dueño del predio

serviente se hubiere obligado en el título constitutivo de la servidumbre a hacer alguna cosa o a costear alguna obra, se librá de esta obligación abandonando su predio al dueño del dominante". Evidentemente que si por el cumplimiento de ese deber se exigiera responsabilidad por el dueño del predio dominante, ésta no podría exceder del valor del inmueble, dada la posibilidad de liberación por el abandono a que alude el precepto transcrito.

Estos y otros casos nos permiten extender la regla que hemos referido al nudo propietario o al dueño del predio serviente, a efecto de que rija en todos los casos en que el dueño de cualquier bien constituye un derecho real sobre su propiedad. De esta suerte la regla quedaría consagrada en los siguientes términos: *el propietario de una cosa gravada que falte al cumplimiento de sus obligaciones reales, sólo responderá hasta el límite del valor de la cosa afectada.*

Cuando se trate de obligaciones reales impuestas por virtud de la copropiedad, también de manera expresa la ley se refiere a la institución del abandono, y por lo tanto, aplicando la misma regla podemos decir que la responsabilidad del copropietario por incumplimiento de sus deberes reales no puede exceder del monto de su parte alícuota. Dice al efecto el artículo 944: "Todo copropietario tiene derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común. Sólo puede eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio". Lógicamente, su responsabilidad debe estar limitada también al valor de esa parte. En el mismo sentido el artículo 961 permite, en la medianería, eludir la responsabilidad inherente a las obligaciones de reparación y reconstrucción de las "cosas divisorias", renunciando a la copropiedad, salvo el caso en que la pared común se apoye en un edificio del copropietario que haga la renuncia.

12.—*Diversas formas de transmisión de las obligaciones reales y de las personales.*—Ya hemos indicado que en las obligaciones personales sólo puede existir un cambio del sujeto pasivo por consentimiento expreso o tácito del acreedor. En las obligaciones reales, por el contrario, ese cambio se produce por la transmisión del dominio o de la posesión originaria en lo que se refiere a los deberes jurídicos del propietario de una cosa gravada. Por lo tanto, no se requiere el consentimiento del sujeto activo para que se opere esa transferencia. Respecto a las obligaciones reales que existen a cargo de los diversos titulares de los derechos reales de aprovechamiento, su transferencia dependerá de la transmisión legalmente posible de tales derechos. V. g.: el uso y la habitación son intrans-

feribles, por consiguiente, las obligaciones reales inherentes al titular de los mismos no podrán cambiar de sujeto pasivo, dado que el derecho real al cual siguen deberá continuar siempre en la persona de su titular. En el usufructo admite el artículo 1002 del Código Civil vigente que el usufructuario pueda enajenar su derecho, de donde se desprende la posibilidad legal de un cambio en el sujeto activo, y por lo tanto, de una transferencia también en sus obligaciones reales que pasarán al nuevo titular del usufructo. Para esta transmisión no se requiere el consentimiento expreso o tácito del sujeto activo de tales deberes jurídicos, pues bastará la simple enajenación del derecho de usufructo para que se opere la sustitución del obligado.

En las servidumbres, la transmisión de esos derechos no puede efectuarse separándola de la enajenación del predio dominante; pero cumplido este requisito, la transferencia de las obligaciones reales relacionadas con ese derecho se opera como una consecuencia jurídica necesaria, independientemente de la voluntad o consentimiento del dueño del predio sirviente, que respecto a esos deberes jurídicos desempeña el papel de sujeto activo.

13.—*Diversidad en cuanto a las fuentes de las obligaciones reales y personales.*—Comparando el proceso genético de las obligaciones reales y personales, encontramos diferencias de gran importancia jurídica.

De acuerdo con la clasificación de las fuentes de las obligaciones reconocida en nuestro Código Civil vigente, se mencionan y regulan como formas constitutivas de las mismas, las siguientes: contrato, declaración unilateral de voluntad, enriquecimiento ilegítimo, gestión de negocios, hechos ilícitos, responsabilidad objetiva y riesgo profesional. Aun cuando no estamos de acuerdo con esa enumeración, pues consideramos que se omiten ciertos hechos y actos jurídicos que son verdaderas fuentes de obligaciones personales, aceptaremos esa base para hacer la comparación con las fuentes de las obligaciones reales.

Desde luego, por lo que se refiere a los deberes *propter rem*, debemos excluir dentro del grupo de las fuentes al enriquecimiento ilegítimo, a la gestión de negocios, a los hechos ilícitos, a la responsabilidad objetiva y al riesgo profesional. Es decir, nos quedarían sólo el contrato y la declaración unilateral como fuentes comunes a las obligaciones reales y personales. A su vez, las obligaciones reales tienen como fuentes ciertos hechos y estados jurídicos, que no originan obligaciones personales.

# TITULO II

## LOS BIENES Y SU CLASIFICACION

### CAPITULO I

#### CONCEPTO JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LOS BIENES Y CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN

1.—*Nociones generales.*—Trataremos sucesivamente del concepto jurídico y económico de los bienes y de los distintos criterios propuestos para su clasificación:

a) *Bien en sentido jurídico y en sentido económico.* Desde un punto de vista jurídico, la ley entiende por bien todo aquello que pueda ser objeto de apropiación. Este significado es distinto del económico, pues en este sentido, bien es todo aquello que pueda ser útil al hombre. Por tanto, aquellos bienes que no puedan ser objeto de apropiación, aun cuando sean útiles al hombre, no lo serán desde el punto de vista jurídico. En la naturaleza existen gran cantidad de bienes que no pueden ser objeto de apropiación, tales como el aire, el mar, los astros, etc., etc.

Planiol y Ripert, t. III, pág. 57.

Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo relativo a "Los Bienes", Traduc. del Lic. José M. Cajica, Jr., Puebla, página 30.

En derecho se dice que son objeto de apropiación todos los bienes que no están excluidos del comercio, y conforme al artículo 747 del Código Civil este criterio ha sido adoptado expresamente por nuestra legislación. Según el artículo 748 "las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley", y de acuerdo con el artículo 749 "están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

b) *Criterios de clasificación de los bienes.* En el derecho se hacen distintas clasificaciones de los bienes. En realidad le importan al derecho, desde el punto de vista de su clasificación, sólo para fijar ciertas reglas que, tomando en consideración la naturaleza de los mismos, organiza a éstos con modalidades jurídicas distintas.

Las clasificaciones que tanto en la doctrina como en la legislación se han hecho de los bienes, son de dos clases fundamentales:

A) Las relativas a las cosas o bienes corporales, y

B) Las relativas a los bienes en general, abarcando tanto las cosas o bienes corporales, como los incorporales o derechos.

Los bienes corporales se clasifican desde tres puntos de vista:

I. Fungibles y no fungibles.

II. Consumibles por el primer uso y no consumibles; y

III. Bienes con dueño cierto y conocido y bienes sin dueño, abandonados o de dueño ignorado.

La clasificación que abarca tanto a los bienes corporales como a los incorporales, comprende:

a) Bienes muebles e inmuebles; b) Bienes corpóreos e incorpóreos; c) Bienes de dominio público y de propiedad de los particulares.

2.—*Bienes fungibles y no fungibles.*—Esta clasificación interesa tanto a la materia relativa a los bienes, como a la referente a las obligaciones y contratos.

Son bienes fungibles aquellos que tienen un mismo poder liberatorio, es decir, que sirven como instrumento de pago con un mismo valor y que, por lo tanto, pueden ser reemplazados en el cumplimiento de las obligaciones.

En la doctrina no es necesario que los bienes fungibles sean muebles; generalmente se trata de muebles, pero es posible encontrar fungibles entre los inmuebles, cuando por su naturaleza tienen un mismo poder liberatorio. Planiol y Ripert citan el ejemplo de una compañía fraccionadora que presenta lotes exactamente iguales por su calidad y extensión y que, por lo tanto, tienen valor equivalente.

Planiol y Ripert, tomo III, pág. 62.

3.—*Cosas consumibles por el primer uso y cosas no consumibles.*—Cosas consumibles por el primer uso son aquellas que se agotan en la primera ocasión en que son usadas. No permiten un uso reiterado o constante, sólo pueden, por su naturaleza, cumplir un primer uso; por ejemplo: los comestibles. Cosas no consumibles son aquellas que permiten un uso reiterado y constante.

Se ha confundido en la doctrina y en la legislación la consumibilidad con la fungibilidad. Generalmente toda cosa fungible es consumible, pero encontramos cosas fungibles que no son consumibles, e inversamente cosas consumibles que no son fungibles. Esto depende de que la consumibilidad se establece como cualidad inherente a la cosa misma, y la fungibilidad como relación de comparación. De esta suerte, cuando sólo exista una cosa consumible sin que haya otra con respecto a la cual se pueda comparar, se dirá que no es fungible; por ejemplo, la última barrica de vino de una cosecha.

La industria moderna en la actualidad produce gran cantidad de cosas fungibles que no son consumibles, por ejemplo, las piezas de las maquinarias exactamente iguales que se producen al por mayor, que son fungibles y tienen el mismo poder liberatorio.

4.—*Bienes de dueño cierto y conocido y bienes abandonados o cuyo dueño se ignora, y bienes sin dueño.*—La última clasificación de las cosas distingue los bienes de dueño cierto y conocido de los bienes sin dueño, abandonados o cuyo dueño se ignora. En nuestro código vigente se establecen subdivisiones según que se trate de bienes muebles o inmuebles. Los muebles abandonados o perdidos, se llaman "mostrencos", los inmuebles cuyo dueño se ignora, se denominan "vacantes".

Tratándose de inmuebles que no tengan dueño conocido y cierto, como no es posible la apropiación (Arts. 785 a 789), o la ocupación de los mismos, el descubridor debe denunciar al Ministerio Público su existencia, quien ejercitará la acción correspondiente para que sean adjudicados al Fisco Federal cuando estén dentro del Distrito Federal. Al descubridor se le otorga una cuarta parte del valor en que se estime dicho inmueble. Se sanciona por el código la ocupación de los bienes vacantes sin denuncia al Ministerio Público.

"Sólo son susceptibles de apropiación libre las cosas nullius, o sean las cosas cuya propiedad no es de nadie".

"Por regla general, las cosas nullius no tienen tampoco poseedor. Sin embargo, igual que existen cosas con propietario y sin poseedor (las cosas perdidas), también existen cosas sin propietario y con poseedor, por ejemplo si alguien recoge una cosa nullius, creyéndola perdida y quiere poseerla sólo a título de cosa ajena 'hallada'".

"Las que nunca han sido propiedad de nadie, como las conchas en la playa o los animales fieros en libertad, son también res nullius".

"Una cosa mueble se convierte en nullius":

"Por abandono o de relicción, esto es, el desposeerse de la cosa el propietario con la intención de abandonar la propiedad". (Enneccerus, ob. cit t. II, V. I, págs. 463 a 465).

## CAPITULO II

## DISTINTAS CLASIFICACIONES DE LOS BIENES EN SENTIDO LATO

1.—*Bienes muebles e inmuebles*.—Trataremos primero de los inmuebles.

a) Una primera clasificación dentro de esta categoría de los bienes en sentido lato, es la que los divide en muebles e inmuebles. Esta es, de todas las divisiones, la que tiene mayor importancia en el derecho y a la que, por consiguiente, dedicaremos mayor extensión.

b) Definición. La distinción en muebles e inmuebles debería partir de la naturaleza de las cosas, de tal suerte que serían muebles aquellos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos, como los animales, semovientes, o por efecto de una fuerza exterior. En cambio, los inmuebles serían aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro; la fijeza es lo que les daría dicho carácter. Este es el concepto que se deriva de su constitución física o corporal, pero no ha sido el fundamental, ni lo fue en el antiguo derecho, ni se presenta en la actualidad como base exclusiva para la clasificación. En el antiguo derecho, en realidad, no fue la fijeza o movilidad la que permitía esta clasificación. En el derecho moderno se comprueba que, además de la distinción que se deriva de la naturaleza inherente a los bienes, se admiten categorías de cosas inmuebles por consideraciones ajenas y aun contrarias a la misma naturaleza de ellas, bien sea por disposición de la ley, o tomando en cuenta el destino o afectación de las cosas.

En la actualidad, dado el gran desarrollo de la industria, por la importancia que ha adquirido la riqueza mueble, ha cambiado el criterio del antiguo derecho. El adagio de que las cosas muebles son viles, ha perdido toda su importancia. Sin embargo, veremos que aún se preocupa el legislador de proteger para los incapaces la riqueza inmueble con ciertas formas que sólo existen en la protección de los bienes muebles preciosos.

Planiol y Ripert, tomo III, pág. 67.

c) Importancia de la clasificación.—De todas las clasificaciones que se hacen en el derecho, ésta es la que tiene mayor importancia, porque se manifiesta en los siguientes puntos de vista:

I.—El régimen de los inmuebles es un régimen jurídico especial



que toma en cuenta las ventajas de la inmovilización o fijeza para crear un registro, un sistema de publicidad, de requisitos y de garantías que no es factible tratándose de muebles. Para los inmuebles se establece el Registro Público de la Propiedad, que en la actualidad tiene aceptación para ciertos muebles, aquellos que se identifican en forma indubitable por marca y número.

II.—La naturaleza inmueble establece reglas para fijar la competencia de acuerdo con el fuero de ubicación de la cosa. Permite considerar como juez competente para ejercitar acciones reales al del lugar en donde el inmueble se encuentra.

III.—También facilita la aplicación de la ley, en los conflictos internacionales o de una confederación de Estados; se aplica el principio de que la ley del lugar del inmueble es la que rige la situación del mismo.

IV.—En lo referente a la capacidad, el legislador ha establecido una especial para la enajenación de los inmuebles distinta de la que se requiere para los muebles: por ejemplo, los menores emancipados tienen capacidad para enajenar muebles, pero no para enajenar inmuebles ni para constituir derechos reales sobre los mismos.

V.—En cuanto a la forma se hacen constantes distinciones tratándose de muebles y de inmuebles; la principal es de que toda enajenación de inmuebles requiere mayores formalidades que la de muebles.

d) Bienes inmuebles.—Una vez vista la importancia y las consecuencias que se derivan en el derecho de esta gran clasificación, pasaremos a analizar qué se entiende por bienes inmuebles y cuántas clases existen.

En el derecho moderno los bienes son inmuebles no sólo por su naturaleza, sino también por su destino o por el objeto al cual se aplican; esto quiere decir que no se toma exclusivamente como criterio, la fijeza o imposibilidad de translación de la cosa de un lugar a otro, para derivar de ahí el carácter inmueble de un bien. Ese carácter se fija, bien sea por la naturaleza de las cosas, por el destino de las mismas o por el objeto al cual se apliquen. De esta suerte se distinguen tres categorías de inmuebles:

I. Inmuebles por naturaleza.

II. Inmuebles por destino, y

III. Inmuebles por el objeto al cual se aplican.

e) Inmuebles por naturaleza.—Inmuebles por naturaleza son aquellos que por su fijeza imposibilitan la translación de un lugar a otro. Esta primera subdivisión se aplica exclusivamente a los bienes corpo-

rales, es decir, a las cosas; se incluyen la tierra, los edificios, toda clase de construcciones, o de obras tanto en el suelo como en el subsuelo, que implican la fijeza de materiales con permanencia, y que imposibilitan su translación; los árboles que están adheridos a la tierra y las cosechas o frutos pendientes que no se han separado por cortes regulares; se comprenden también las diferentes partes que vienen a completar un inmueble, por ejemplo, los balcones, las ventanas, las canales, los elevadores de un edificio; todo ese conjunto de partes integrantes del inmueble que, como un todo, quedan adheridas en forma permanente, de tal suerte que no pueden separarse sin destrucción o daño del mismo.

En el artículo 750 se enumeran los inmuebles y en sus dos primeras fracciones se enuncian los que son por naturaleza.

f) Inmuebles por destino.—Son inmuebles por destino aquellos muebles por su naturaleza pertenecientes al dueño de un inmueble, que por ser accesorios del mismo y necesarios para su uso y explotación, la ley los ha reputado inmuebles. Este es uno de los grupos más importantes, que no obedece ya a la naturaleza de las cosas, pues la ley toma en cuenta sólo su carácter accesorio y necesario para la explotación.

“Se llaman ‘inmuebles por destino’ los objetos que son muebles por su naturaleza, pero que están considerados como inmuebles, a título de accesorios de un inmueble, al cual están unidos. En efecto, conservan su naturaleza mueble; difieren, pues, de los inmuebles, por su naturaleza, en que su inmovilización es meramente jurídica y ficticia, y no material y real”. (Planiol, ob. cit., pág. 55).

Los inmuebles por destino se subdividen en cuatro clases, tomando en cuenta la naturaleza de explotación del inmueble y la sujeción material del mueble. Existen cuatro principales formas de explotación de los inmuebles: Agrícola, industrial, comercial y civil; de aquí que haya cuatro clases de inmuebles por destino, según que sean accesorios para una explotación agrícola, industrial, comercial o civil. La ley distingue en realidad las dos primeras formas de explotación agrícola e industrial, y con relación a ellas enumera los principales inmuebles por su destino, pero además, en los términos tan amplios del artículo 750, también caben las dos últimas formas que citamos: explotación comercial y civil, para derivar de ahí la existencia de un conjunto de inmuebles.

En los inmuebles por destino simplemente se trata de una ficción, es decir, por disposición de la ley se les da fijeza a cierta clase de muebles que real y positivamente no la tienen; por esta razón los in-

muebles por su naturaleza y por incorporación, presentan una constitución de carácter distinto de los inmuebles por destino; en éstos encontramos muebles que sólo por una ficción, tomando en cuenta funciones de utilidad para la explotación del inmueble, se han reputado como tales.

El citado artículo 750, en sus fracciones V a XIII, se comprenden los distintos inmuebles por destino en las cuatro formas de explotación ya mencionadas.

g) Condiciones requeridas para la inmovilidad en los bienes por destino.—Tomando en cuenta el criterio que ha seguido el legislador al hacer la enumeración de inmuebles por destino, se fijan en la doctrina, como dicen Planiol y Ripert, dos condiciones necesarias: Primera, que pertenezcan al mismo dueño del inmueble; y segunda, que sean necesarios para los fines de la explotación.

En el artículo 750 de nuestro Código vigente, lo mismo en el correspondiente del anterior (684), como en los relativos al proyecto del Código Civil español de García Goyena (334) y de los códigos español y francés, constantemente se indica que estos muebles deben ser destinados por el dueño de la finca; si no, no adquieren la categoría de inmuebles.

Planiol y Ripert, tomo III, págs. 80 y sigts.

El segundo requisito consiste en la afectación de esta clase de bienes al servicio de la explotación de que se trate; deben ser necesarios para la misma, de tal suerte que si se trata de bienes del mismo dueño, pero que son necesarios sólo para el uso personal de éste, no adquieren el carácter de inmuebles.

h) Inmuebles por el objeto al cual se aplican.—El tercer grupo que hemos establecido en la clasificación de los inmuebles, se refiere a los derechos reales constituidos sobre inmuebles. En nuestra legislación esta categoría de inmuebles por el objeto al cual se aplican, sólo se refiere a los derechos reales y no a los personales.

Los derechos reales pueden recaer a la vez sobre muebles o inmuebles, o sólo sobre unos u otros. En estos casos, cuando el derecho real se constituye sobre un inmueble, se reputa inmueble y cuando se constituye sobre un mueble, se considera mueble. El usufructo puede recaer sobre muebles o inmuebles; por tanto, puede reputarse, según el caso, mueble o inmueble. El uso recae sobre inmuebles y sobre muebles; la habitación sólo se constituye sobre inmuebles; en tal virtud, siempre será derecho inmueble; lo mismo las servidumbres; la hipo-

teca es un derecho real accesorio que generalmente recae sobre inmuebles, derecho en que, sobre todo a partir del código vigente, aumentan los casos en que se constituye sobre muebles; la prenda sólo recae en bienes muebles, en tal virtud, siempre tendrá la categoría de mueble.

Al lado de los derechos reales, en la doctrina francesa se hace el análisis de los derechos personales y se distingue según que el objeto de la obligación sea dar, hacer o no hacer. En nuestra legislación los derechos personales siempre son bienes muebles; en el derecho francés, cuando tienen por objeto una obligación de dar, se hace la distinción según que recaigan sobre un mueble o un inmueble; cuando tienen por objeto la transmisión o concesión del uso de un inmueble, se consideran inmuebles; en cambio, cuando tienen por objeto un mueble, se les reputa muebles.

Planiol y Ripert, t. III, págs. 93 y sigts.

En nuestro derecho tres artículos nos autorizan a concluir que no podemos aceptar esta clasificación. Sólo los derechos reales sobre inmuebles pueden considerarse como inmuebles, y todos los derechos personales, incluso los que tienen por objeto obligaciones de dar sobre inmuebles, se reputan muebles. Esto queda asentado en el artículo 750 frac. XII, que dice: Son bienes inmuebles: XII.—“Los derechos reales sobre inmuebles”. Artículo 754: “Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal”. Estos artículos deben relacionarse con el 759, que dice: “En general, son bienes muebles, todos los demás no considerados por la ley como inmuebles”.

Finalmente, dentro del grupo de inmuebles por el objeto al que se aplican, se estudian las acciones judiciales para determinar su naturaleza mueble o inmueble.

Conforme a los artículos 754 y 759 todas las acciones que tengan por objeto bienes muebles, se reputan muebles y que todos los bienes que no estén incluidos en la enumeración de los inmuebles, serán muebles. Así pues, debemos reputar siempre que esta clase de acciones aunque tengan por objeto un mueble o un bien inmueble, serán muebles.

2.—*Bienes muebles*.—Los muebles se clasifican en el código en dos categorías; la doctrina distingue tres:

- I. Muebles por su naturaleza;
- II. Muebles por determinación de la ley, y
- III. Muebles por anticipación.

En el artículo 753, se definen los muebles por su naturaleza y se dice que "son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior". En el mismo Código se consideran muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos y acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles por acción personal (Art. 754).

Aunque nuestro Código distingue dos clases de muebles: por naturaleza y por disposición de la ley, es posible hacer una tercera categoría como se admite en la doctrina: muebles por anticipación, es decir, todos aquellos bienes que están destinados a ser separados de un inmueble, que necesariamente habrán de adquirir en el futuro categoría de muebles, aunque en el presente sean inmuebles; por ejemplo, los frutos, que son considerados como inmuebles por el artículo 750 en su fracción segunda. Gracias a esta distinción, es posible constituir prenda sobre los frutos; en virtud de una ficción se les anticipa el carácter de muebles.

Planiol, ob. cit., pág. 76.

"Tratándose de los derechos, el carácter mobiliario es la regla general; el derecho considerado como inmueble es la excepción. Así, pues, se deben considerar como muebles todos los derechos cuya naturaleza inmueble no aparezca claramente". (Planiol, ob. cit., pág. 82).

3.—*Bienes corporales e incorporales*.—Dentro de la división que hemos hecho estableciendo dos categorías, primera, la relativa a las cosas y segunda a los bienes en sentido lato, se distinguen los bienes corporales y los incorporales, es decir, cosas por una parte, y derechos por la otra.

Esta clasificación que distingue entre bienes corporales e incorporales, viene desde el derecho romano. Los romanos consideraron bienes incorporales tanto a los derechos reales como a los personales; pero la propiedad, la confundieron con la cosa, y sólo se nota la diferencia al tener que expresar la naturaleza de cada derecho indicando la distinción entre el derecho y la cosa.

Esta distinción del derecho romano ha pasado a nuestro derecho, que la recoge tanto en la clasificación de los inmuebles como en la de los muebles. En el artículo 750 del Código Civil vigente se men-

cionan las cosas inmuebles y en el penúltimo inciso se habla de los derechos reales sobre inmuebles; tratándose de los muebles, primero se citan las cosas y después los muebles incorpóreos o derechos en los artículos 753 y 754.

4.—*Bienes de dominio público y bienes propiedad de los particulares.*—Pasaremos a la última clasificación que hemos hecho de los bienes, es decir, la que se distingue según la persona del propietario: en bienes de dominio público y propiedad de los particulares. Esta clasificación está reglamentada en el Código bajo el rubro de “De los bienes considerados según las personas a quienes pertenecen”.

Los bienes de dominio público se subdividen en tres grupos:

- I. Bienes de uso común;
- II. Bienes destinados a un servicio público, y
- III. Bienes propios del Estado.

En el Código anterior se distinguían sólo dos clases de bienes del poder público: los destinados a un uso común y los propios del Estado; no se hablaba de los bienes destinados a un servicio público, pues se les clasificaba como de uso común o como propios del Estado. Esta distinción es importante en virtud de que se establece un régimen jurídico especial para los bienes de dominio público. El derecho de propiedad que ejercen los particulares sufre verdaderas modificaciones cuando el titular es el Estado, al grado de que se llega a discutir si en realidad existe un derecho de propiedad sobre los bienes de dominio público.

A este respecto ha habido dos teorías (G. Fraga, Derecho Administrativo, págs. 307 y 308), una primera que dice que el Estado sí ejercita un derecho de propiedad sobre los bienes del poder público, pero sufriendo modificaciones importantes, principalmente al declarar cierta clase de bienes como inalienables e imprescriptibles. Hay una segunda doctrina, que dice que el Estado no ejerce un derecho de propiedad, sino simplemente de vigilancia sobre los bienes del poder público. Por último, también se ha llegado a afirmar que el Estado no puede considerarse como el titular, pues simplemente se trata de un conjunto de bienes que no pertenecen a propietario determinado, cuyo régimen jurídico se determina por una afectación que hace la ley para el uso común o para un servicio público.

En nuestro derecho, desde el Código de 1870, en la Ley de Inmuebles Federales de 1902, en el Código Civil vigente, y en la Ley General de Bienes Nacionales de 1982, podemos sostener la tesis de

que, en primer lugar se reputa al Estado como propietario, y en segundo término, que se trata de un verdadero derecho de propiedad y no de un derecho de vigilancia. Por el lenguaje empleado en nuestro Código Civil y el que usaba la ley de Inmuebles Federales de 1902, no hay lugar a duda respecto a la naturaleza del derecho de propiedad. Expresamente se dice que "son bienes de dominio del poder público los que pertenecen a la Federación, a los Estados o a los Municipios" (Art. 765 tanto del Código Civil Federal como del Código Civil para el Distrito Federal). Se indica que son inalienables, pero desde el momento en que se prohíbe la enajenación se está reconociendo que el Estado es el titular de un derecho de propiedad.

En el Código se distinguen tres categorías de bienes del poder público que ya las hemos enumerado; los bienes de uso común y los destinados a un servicio público, siguen un régimen jurídico semejante, distinto del de los bienes propios del Estado. Son inalienables e imprescriptibles, pero por lo que se refiere a los bienes de uso común, este carácter es permanente; en cambio, los destinados a un servicio público lo son mientras no se desafecten.

## TITULO III

### DERECHOS REALES EN PARTICULAR

#### CAPITULO I

#### LA PROPIEDAD

1.—*Definición y evolución histórica.*—Hasta ahora hemos hecho un examen preliminar del patrimonio, de los derechos reales y personales, y una clasificación de los bienes. Todo esto tuvo por objeto preparar el análisis de los derechos reales en particular.

Laurent, Cours Élémentaire de Droit Civil. t. I., París, 1887.

Aubry et Rau, Cours de Droit Civil, t. II.

Baudry-Lacantinerie, Précis de Droit Civil, t. I.

Bonnecase, Précis de Droit Civil, t. I.

Colin et Capitan, Cours Élémentaire de Droit Civil Français, t. II, v. II.

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. III.

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, t. III de la traduc. del Lic.

José M. Cajica, Puebla.

Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, t. I.

Diego, Curso Elemental de Derecho Civil Español, t. I.

De Buen, Derecho Civil Español Común, Madrid, 1922.

Manresa, Comentarios al Código Civil Español, t. III.

~~Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil, t. III.~~

Valverde, Derecho Civil Español, t. II.

José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, t. II.

Luis Claro Solar, Derecho Civil Chileno, t. VI.

Enneccerus, Kipp y Wolff, Derecho de Cosas. Tratado de Derecho Civil, t. III, v. I

Oscar Morineau. Los Derechos Reales y el subsuelo en México, 1948.

Vázquez del Mercado, Concesión Minera y Derechos Reales. México, 1946.

Nicolás Coviello, Doctrina General del Derecho Civil, traduc. del Lic. Felipe de J. Tena, págs. 303 a 332.

Rigaud Luis, El Derecho Real, traduc. de J. R. Xirau, Madrid, 1928.

a) Definición.—Aplicando la definición del derecho real a la propiedad, diremos que ésta se manifiesta en el poder jurídico que



una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.

“Según el artículo 544 del Código Civil, la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta. Esta definición tiene el mal de no señalar más que un solo carácter de la propiedad, cuya exactitud misma, puede ponerse en duda, pues se verá que ni el derecho de goce ni el de disposición de los propietarios son, realmente, absolutos; al contrario, implican numerosas restricciones. Pero la propiedad posee otro carácter esencial: es exclusiva, es decir, consiste en la atribución del goce de una cosa a una persona determinada, con exclusión de las demás. Debemos, pues, preferir la definición siguiente: “El derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la acción y voluntad de una persona” (Aubry et Rau, t. II, 190 pág. 245, Comp. Boistel, *Philosophic du Droit*, Nos. 206 y sigts.). A diferencia del Código Civil francés, el alemán hace resaltar el carácter exclusivo de la propiedad”. (Planiol, ob. cit., págs. 138 y 139).

En los casos de vecindad y colindancia el Código Civil impone obligaciones y concede derechos correlativos, entre los vecinos y colindantes, determinándose así sujetos pasivos especiales.

Comparemos el derecho real con la propiedad:

1o. La propiedad es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata; todo derecho real también es un poder jurídico que se ejerce en forma directa e inmediata.

2o. En la propiedad este poder jurídico se ejerce sobre una cosa, es decir, sobre un bien corporal. No hay propiedad sobre bienes incorporeales.

3o. El derecho de propiedad implica un poder jurídico directo sobre la cosa para aprovecharla totalmente. En cambio, los otros derechos reales sólo comprenden formas de aprovechamiento parcial.

El poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute o disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar todos los actos de dominio o de administración, aun cuando jamás se ejecuten. Es decir, se trata de un aprovechamiento jurídico y no económico.

(Lafaille, ob. cit., t. III, v. I, págs. 372 y 373).

En los derechos reales distintos de la propiedad no encontramos esta característica de disposición total, excepto en el caso de los derechos de autor, en los que sí hay aprovechamiento jurídico total, aunque sólo temporal.

4o. El derecho de propiedad implica una relación jurídica entre el propietario o sujeto, y un sujeto pasivo universal. Propiamente, el sujeto pasivo universal queda constituido por el conjunto de personas que de manera permanente o transitoria integran una comunidad jurídica, pues se requiere siempre un dato especial (proximidad material) para que exista la oponibilidad del derecho de propiedad a los terceros y la posibilidad física de su violación. No todos los habitantes del globo son, en realidad, los sujetos pasivos. Se requiere que formen parte de una comunidad determinada, aun instantáneamente (como el viajero), para que lo sean.

En cambio, en los derechos reales distintos de la propiedad, existe un sujeto pasivo determinado que reporta obligaciones patrimoniales, tanto de hacer como de no hacer, y un sujeto pasivo universal, en las mismas condiciones que en la propiedad, así que esta relación jurídica es más compleja.

Lafaille, ob. cit., t. III, v. I, págs. 382 y 383.  
Ennecerus, ob. cit., pág. 298.

b) Evolución histórica.—Partiremos del derecho romano primitivo, sin preocuparnos de otros más antiguos, porque ya no tienen propiamente importancia desde el punto de vista civil. Corresponde principalmente a la sociología estudiar la historia de estas instituciones fundamentales.

Planiol, ob. cit., pág. 132.

A nosotros nos interesa por ahora la trascendencia histórica que tuvo y sigue teniendo el concepto romano de la propiedad. Haremos el estudio de los siguientes períodos o etapas:

1°—La propiedad en el derecho romano, desde el primitivo hasta Justiniano. 2°—A partir de Justiniano hasta el Código Civil francés o Código Napoleón (1804). 3°—La evolución sufrida por el derecho de propiedad en los códigos de 1870 y 1884, relacionados con el Código Napoleón y con los preceptos contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789. 4°—El derecho de propiedad en la actualidad.

Primera etapa: El derecho de propiedad al través de la evolución sufrida en el derecho romano.—Este estudio sólo tiene por objeto precisar qué modificaciones substanciales sufre la propiedad en el derecho romano. Este la consideró como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo para usar, disfrutar y disponer de una cosa. Esta era la

característica del dominio *ex jure quiritum*. Después vino el concepto de propiedad que se elaboró en el derecho pretoriano.

Héctor Lafaille, *Derecho Civil*, t. III, *Tratado de los Derechos Reales*, v. I, Buenos Aires, 1943, págs. 357 y 358.

En el derecho romano, además de estas tres características de derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, se fijaron los tres elementos clásicos *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi* que ya hemos explicado.

Segunda etapa: Desde Justiniano hasta el Código Napoleón.— No obstante que en el derecho de Justiniano se logra suprimir las diferencias de carácter político en la propiedad, y que se llegó a un concepto único del dominio, comienzan, a partir de la época feudal, por la organización especialísima del Estado, a marcarse nuevas diferencias, pero en sentido inverso y con una trascendencia de mayor alcance.

Lafaille, *ob. cit.*, t. III, v. I, págs. 359 y 360.

En el Estado feudal la propiedad o dominio otorgó el imperio. Todo el Estado descansaba en este principio: los señores feudales, por razón del dominio que tenían sobre ciertas tierras, no sólo gozaban del derecho de propiedad en el sentido civil, para usar, disfrutar y disponer de los bienes, sino que también tenían un imperio para mandar sobre los vasallos que se establecieran en aquellos feudos. El señor feudal se convirtió así en un órgano del Estado.

En este concepto de propiedad de la época feudal llegó hasta la revolución francesa, con todo un conjunto de privilegios. A partir de entonces se dio al derecho de propiedad el significado y el aspecto civil que le corresponden, desvinculándolo de toda influencia política. De esta manera viene nuevamente a establecerse que la propiedad no otorga imperio, soberanía o poder; que no concede privilegios, sino que simplemente es un derecho real de carácter privado para usar y disponer de una cosa; que es, además, un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, como lo caracterizó el derecho romano.

Se reconoce en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que la propiedad es un derecho natural que el hombre trae consigo al nacer, derecho que el Estado sólo puede reconocer, pero no crear, porque es anterior al Estado y al derecho objetivo; que toda sociedad tiene por objeto amparar y reconocer los derechos naturales del hombre, que son principalmente la libertad y la propiedad; que el derecho de propiedad es absoluto e inviolable y con

estos fundamentos de carácter filosófico que se expresan en la Declaración de los Derechos del Hombre, el Código Napoleón elabora un nuevo concepto de propiedad muy semejante al romano en cuanto a su aspecto jurídico, en cuanto a su organización legal; pero con un fundamento filosófico que no le dio aquél.

Tanto en el derecho romano como a partir de la revolución francesa, priva un concepto individualista: proteger el derecho de propiedad en favor del individuo, para sus intereses personales. Este concepto individualista tiene como base la tesis de que la propiedad es un derecho natural, innato, subjetivo, anterior al derecho objetivo, que el Estado y la ley sólo pueden reconocer y amparar, pero no crear y, por consiguiente, desconocer o restringir.

En el Código Napoleón, tomando en cuenta este fundamento filosófico, se declara que el derecho de propiedad es absoluto para usar y disponer de una cosa. En otro artículo se dice que es inviolable. Se reconocen así los tres elementos clásicos: *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi* y, principalmente, se hace hincapié en que la propiedad es un derecho absoluto.

Lafaille, ob. cit., t. III, v. I, págs. 360 y 361.

El Código Napoleón y la Declaración de los Derechos del Hombre tuvieron una marcada influencia en las legislaciones europeas, y después en las latinoamericanas, de manera que los códigos que se promulgaron en el siglo XIX tomaron como tipo este concepto napoleónico de la propiedad, que en el fondo es romano, si se prescinde de su fundamentación filosófica.

Tercera etapa: Nuestros códigos de 1870 y 1844 en relación con el Código Napoleón y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:—En nuestro derecho siempre se nota una característica especial digna de llamar la atención: no obstante la influencia enorme del Código Napoleón y su fama mundial; y de que se vino reconociendo en éste como verdad casi axiomática, el carácter absoluto del derecho de propiedad, nuestro Código de 1870 consagra una definición por la cual se dice que "la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que fijan las leyes" (Art. 827).

Por esto creemos que puede caracterizarse para nosotros un tercer período que se inicia con los códigos de 1870 y 1884, pues ya no son una reproducción del concepto napoleónico, sino que introducen una modificación esencial a la propiedad, adelantándose en cierta for-

ma a las legislaciones del siglo pasado, más si se considera que es en el año de 1870 cuando se limita el concepto legal que dio carácter absoluto al dominio. Esta definición de la propiedad pasó a nuestro Código de 1884 en su artículo 729.

En artículos posteriores se recuerda el concepto napoleónico, al declarar en el 730 que la propiedad es inviolable y que no puede ser atacada sino por utilidad pública y previa indemnización.

Aquí ya encontramos la posibilidad de restringir la propiedad, cuando existe una razón de orden público que pueda llevar no sólo a la modificación, sino incluso a la extinción total del derecho mediante expropiación.

En el artículo 731 se contiene un concepto de propiedad de gran interés, sobre todo para nuestro derecho, relacionándolo con sus antecedentes desde la época colonial, con la legislación minera, con la Constitución de 1857 y con el art. 27 de la vigente. Tiene gran importancia este precepto, porque declara que el propietario es dueño del suelo y del subsuelo.

La Constitución vigente declara que la nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como que las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. En lugar de la palabra "previa", usa la palabra "mediante" al hablar de indemnización en las expropiaciones. Esto implica que tal indemnización puede ser anterior, concomitante o posterior a la expropiación.

Cuarta etapa: El derecho de propiedad en la actualidad.—El derecho moderno tiene su antecedente doctrinal en las ideas de Duguit, y su expresión legislativa, entre nosotros, en el art. 27 Constitucional y en el Código Civil de 1928. Uno de los autores que en nuestro concepto ha expuesto mejor la crítica a la doctrina individualista, y al propio tiempo ha formulado un concepto de propiedad que está de acuerdo con las nuevas orientaciones del derecho, es León Duguit, quien estudió las transformaciones sufridas por diferentes instituciones jurídicas del derecho privado a partir del Código Napoleón, y sustentó unas conferencias en 1911 en la Universidad de Buenos Aires, tratando de tales transformaciones y relacionándolas con el Código Napoleón.

Duguit considera que el derecho de propiedad no puede ser innato en el hombre y anterior a la sociedad. El hombre jamás ha vivido fuera de la sociedad y, por tanto, es inadmisibles imaginario como ocurre sólo en hipótesis en el contrato social de Rousseau, en estado de naturaleza, aislado, con sus derechos absolutos, innatos, y poste-

riormente celebrando un pacto social para unirse a los demás hombres y limitar, en la medida necesaria para la convivencia social, aquellos derechos absolutos.

Como el hombre siempre ha vivido en sociedad, tendrá que estudiársele como miembro de un grupo, y sus derechos, por tanto, tendrán que referirse a este estado social indiscutible. Si el hombre al nacer y al reconocérsele derechos, es miembro de esa colectividad, en concepto de Duguit, es en ocasión de estos deberes como se le confieren derechos. En otras palabras: los derechos no pueden ser anteriores a la sociedad, ni sociológica ni jurídicamente, porque el derecho no se concibe sino implicando una relación social, y no puede haber, por consiguiente, ese derecho absoluto antes de formar parte del grupo, ni esa limitación voluntaria para lograr la convivencia social.

Tampoco —dice Duguit— puede considerarse que el Estado o la sociedad, por medio de la ley estén impedidos para limitar, organizar o restringir la propiedad, porque el hombre la tenga antes de formar parte de la sociedad y se le reconozca en atención a su calidad de ser humano.

Según Duguit, como no es fundada la tesis de que el hombre tenga derechos innatos anteriores a la sociedad, debe desecharse este fundamento que se invoca en la Declaración de los Derechos del Hombre y en las primeras constituciones francesas para hacer inviolable la propiedad.

Tampoco la propiedad es un derecho subjetivo, anterior al objetivo. En la doctrina francesa se consideró que como el hombre tenía derechos innatos, eran anteriores a la norma jurídica, y que ésta sólo podía reconocerlos y armonizarlos para evitar los distintos choques en las esferas jurídicas individuales.

Para Duguit, ~~el derecho objetivo es anterior al-subjetivo; y especialmente al de propiedad.~~ Si el hombre, al formar parte de un grupo tiene principalmente un conjunto de deberes impuestos por la norma jurídica, para lograr la solidaridad social, es la ley la que vendrá en cada caso a reconocer y otorgar ciertos poderes, para que el hombre pueda cumplir con el deber social fundamental que tiene de realizar la interdependencia humana.

La tesis de Duguit se funda en el concepto de solidaridad social. Para él, el derecho objetivo tiene como finalidad realizar esa solidaridad, y todas las normas jurídicas, directa o indirectamente, tienden a ese fin. Todas ellas imponen ciertos deberes fundamentales, tanto a los gobernantes como a los gobernados. Estos deberes fundamentales son: 1°—Realizar aquellos actos que impliquen un perfeccionamiento

de la solidaridad social. 2º—Abstenerse de ejecutar actos que lesionen la solidaridad social. Son estas normas, pues, de contenido positivo en tanto que imponen obligaciones de hacer para lograr en forma cada vez más perfecta la solidaridad social; y de contenido negativo en cuanto que imponen obligaciones de no hacer para impedir los actos que puedan lesionar o destruir la solidaridad social. Dentro de estos dos órdenes de normas, Duguit elabora tanto su doctrina del derecho público como del derecho privado. En una forma lógica siempre deduce de esta finalidad del derecho, y de esta doble naturaleza de las normas jurídicas, las consecuencias que estima pertinentes a propósito de cada institución.

En la propiedad hace una distinción lógica: considera que si el hombre tiene el deber de realizar la solidaridad social al ser poseedor de una riqueza, su deber aumenta en la forma en que aquella riqueza tenga influencia en la economía de una colectividad: a medida que tiene mayor riqueza, tiene mayor responsabilidad social. A mayor posesión de bienes se impone una tarea social más directa, más trascendente, que el hombre no puede eludir manteniendo improductiva esa riqueza.

Piensa Duguit que al hombre se le imponen deberes de emplear la riqueza de que dispone, no sólo en beneficio individual, sino colectivo, y es en ocasión de estos deberes como se le reconoce el derecho subjetivo de usar, disfrutar y disponer de una cosa: pero no se le reconoce el derecho de no usar, no disfrutar y no disponer, cuando esta inacción perjudica intereses individuales o colectivos.

Queda, pues, explicado cómo el derecho de propiedad, en la tesis de Duguit, es una función social y no un derecho subjetivo, absoluto, inviolable, anterior a la sociedad y al Estado y que la norma jurídica no pueda tocar. Es, por el contrario, consecuencia de un deber social que todo hombre tiene para intensificar la interdependencia humana.

Desde el punto de vista negativo, Duguit también sostiene una tesis que ya se esboza en el derecho romano, y que después se desarrolla a partir del Código Napoleón para impedir el uso abusivo o ilícito de la propiedad, aun cuando se obre dentro de los límites del derecho. En derecho romano era difícil resolver esta cuestión, porque si el propietario obraba dentro de los límites de su derecho, pero al hacerlo causaba perjuicio a un tercero, se consideraba lícita su actitud.

Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. II, págs. 103 y 104.

Por otra parte, dice Duguit que dentro de la concepción romana

no fue posible que la ley impusiera obligaciones al propietario, ni tampoco la forma de usar su propiedad. Se aceptaba más bien la teoría de absoluta libertad para dejar hacer o dejar pasar —como dirían los fisiócratas—; para que el hombre con autonomía plena resolviera la forma como empleara sus bienes, o los mantuviera improductivos.

Este aspecto de imposibilidad jurídica para intervenir, queda completamente desechado en la teoría de Duguit, que es, en nuestro concepto, la que inspira el Art. 27 constitucional, y que puede servirnos para desarrollar, por lo menos en nuestro derecho, el concepto moderno de propiedad. Si la propiedad es una función social, el derecho sí podrá intervenir imponiendo obligaciones al propietario, no sólo de carácter negativo, como ya lo esbozaba el derecho romano, sino positivo también. No sólo el derecho podrá decir que el propietario no debe abusar de la propiedad causando perjuicios a tercero sin utilidad para él, sino que también podrá, según las necesidades de la interdependencia social, indicar la forma como el propietario deba usar de la cosa, y no mantenerla improductiva.

Esto permitió al legislador de 1928 disponer en el Art. 16 del Código Civil que “los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes, en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este código y en las leyes relativas”.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 104 a 106.

Aquí ya francamente el legislador ordinario impone la obligación de usar y disponer de los bienes en forma que no perjudique a la colectividad. Ya no hay un estado de libertad absoluta que pueda implicar acción o inacción; ya el propietario no es libre de abandonar su riqueza o emplearla en forma que perjudique a la colectividad.

Lafaille, ob. cit., t. III, v. I, págs. 361 y 362.

Posteriormente se regula en diversos artículos el aspecto que hemos llamado negativo, y positivo de la propiedad. Dice el Art. 830 que “el propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes”. El 840 reglamenta el aspecto negativo: “No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario”. También el 1912 consagra un principio no sólo para el derecho de propiedad, sino para el ejercicio de todo derecho, impidiendo el perjuicio a tercero,



cuando el titular no obtiene utilidad alguna al ejercitarlo. "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño sin utilidad para el titular del derecho".

Reglamenta el aspecto positivo el Art. 836, al decir que no sólo procede la expropiación, cuando se trate de evitar perjuicios a la colectividad, sino también para lograr un beneficio colectivo.

Enneccerus, ob. cit., págs. 314, 315 y 318.

Otros artículos norman distintos aspectos, como la lesión que la sociedad o determinado individuo pueda sufrir por el uso indebido de la propiedad (837 y 839). El primero no sólo protege los intereses materiales de tercero, sino también su salud y tranquilidad, evitando aquellos perjuicios que pueda ocasionar el mal uso de la propiedad.

El segundo reglamenta la vieja cuestión de los daños que pueda sufrir la propiedad del vecino por las construcciones o excavaciones que se hagan en un predio. En cambio, el Código de 1884 declaraba que el propietario era dueño del suelo y del subsuelo, y que podía ejecutar en él toda clase de obras o excavaciones, sin establecer ese límite para proteger a terceros.

2.—*Medios de adquirir la propiedad.*—Pueden clasificarse desde distintos puntos de vista, en:

- 1o.—Adquisiciones a título universal y a título particular.
- 2o.—Adquisiciones primitivas y derivadas.
- 3o.—Adquisiciones a título oneroso y a título gratuito.

a) Adquisiciones a título universal y a título particular.—Se entiende por adquisición a título universal, aquella por la cual se transfiere el patrimonio, como universalidad jurídica, o sea, como conjunto de derechos y obligaciones, constituyendo un activo y un pasivo.

La forma de adquisición a título universal reconocida en nuestro derecho es la herencia, ya sea legítima o testamentaria cuando en esta última se instituyen herederos. Cuando se instituyen legatarios, hay transmisión a título particular. En toda herencia legítima, llamada sucesión ab-intestato, hay una transmisión a título universal porque únicamente se instituyen herederos.

La forma habitual de transmisión a título particular es el contrato. También en los legados hay transmisión a título particular, porque el legatario recibe bienes determinados.

Hay ocasiones en que toda la herencia se distribuye en legados de tal suerte que aun cuando el testador simplemente transmite bienes determinados a sus legatarios, el pasivo se reparte proporcionalmente entre esos legatarios, ya que no hay herederos responsables, y en estos casos el legatario se equipara al heredero.

En el contrato se trata de una transmisión a título particular, pues no se puede, en nuestro derecho, enajenar por contrato un patrimonio.

b) Adquisiciones primitivas derivadas.—Por forma primitiva se entiende aquella en la cual la cosa no ha estado en el patrimonio de determinada persona, de suerte que el adquirente de la misma no la recibe de un titular anterior, sino que ha permanecido sin dueño, siendo el primer ocupante de la misma.

Las formas primitivas de adquisición se presentan en la ocupación, que constituye históricamente el medio principal de adquirir la propiedad; y en la accesión, en algunas de sus formas.

La ocupación supone que el adquirente entra en posesión de bienes que no tienen dueño, y que ejercita esa posesión con el ánimo de adquirir el dominio, por lo cual no hay transmisión de un patrimonio a otro.

En cambio, las formas derivadas de transmisión del dominio supone una transmisión de un patrimonio a otro. La cosa ha tenido dueño y ha estado en el patrimonio de una persona, que la trasmite a otra, por lo cual se llama adquisición derivada. Estas formas derivadas de transmitir el dominio son las que tienen mayor trascendencia jurídica. El contrato, la herencia, la prescripción, la adjudicación, son formas que implican siempre que pasa un bien de un patrimonio a otro.

c) Adquisición a título oneroso y a título gratuito.—En la primera, el adquirente paga un cierto valor en dinero, bienes o servicios, a cambio del bien que recibe, y como ejemplo tenemos los contratos onerosos: la compraventa, la permuta, la sociedad, ~~en los cuales se transmite el dominio de una cosa a cambio de una contraprestación.~~

Hay contratos a título gratuito translativos del dominio, como la donación, en los cuales el adquirente recibe un bien sin tener que cubrir una contraprestación.

También las transmisiones a título gratuito pueden ser de carácter universal. La herencia, tanto testamentaria como legítima, implica una transmisión a título gratuito de un patrimonio; sólo que en la herencia, como se transmite el patrimonio integrado por el activo y el pasivo, cuando éste es igual a aquél, o superior, no hay propiamente una transferencia de valor.

En el legado existe una transmisión a título gratuito, pero de carácter particular. El legatario recibe bienes determinados.

d) Además de estas tres formas de transmisión en atención a su naturaleza, puede hacerse otra clasificación en razón de la causa, distinguiendo de transmisiones por acto entre vivos y por causa de muerte.

Las transmisiones por acto entre vivos comprenden el acto jurídico en general y, en especial el contrato. Las transmisiones por causa de muerte pueden revestir dos formas: la herencia legítima y testamentaria, y la transmisión por legado.

Independientemente de estas formas de transmisión del dominio, conviene hacer también una distinción de formas especiales, que encajan en alguna o algunas de las clasificaciones ya enunciadas. Estas son el contrato, que es el medio fundamental y de mayor importancia en el derecho para transmitir el dominio; la herencia, la ley, la ocupación, la prescripción, la accesión y la adjudicación.

"I. La propiedad de cosas muebles se adquiere:

"1. Por transmisión de la propiedad existente en virtud de negocio jurídico. (De ello se trata en los arts. 66-69)".

"2. Por sucesión universal, especialmente por herencia, por comunidad de bienes".

"3. Por usucapión (infra art. 71)".

"4. Por apropiación de cosas nullius o ajenas. (Arts. 78-81)".

"5. Por unión, mezcla, especificación e incorporación a un inventario (cf. arts. 72-765)".

"6. Por separación o toma de posesión en virtud de un derecho a adquirir partes integrantes de una cosa, especialmente frutos. (cf. art. 77)".

"7. Por efecto del silencio de los propietarios de cosas encontradas. (cf. 82) o de cosas arrojadas por el mar a la playa".

"8. Por hallazgo de tesoro (infra art. 83)".

"9. En ciertos casos, por subrogación real (arts. 979 ap. 2, 1.975 ap. 1, 1.219 ap. 2, 1.247, 1.287, 1.281, 1.382, 1.646 y otros)".

"10. Por acto del Estado. A esta categoría pertenecen, además del caso citado de adjudicación de los objetos arrojados por el mar (caso que corresponde también a esta rúbrica), la expropiación y el comiso". (Enneccerus, ob. cit., págs. 378 y 379).

3.—*Contrato*.—El contrato, como forma de transmisión a título particular puede ser oneroso o gratuito, de manera que encaja en las clasificaciones anteriores. En el derecho moderno y, principalmente, en el que deriva del Código Napoleón, el contrato es un medio eficaz para la transmisión del dominio por sí solo, respecto de cosas ciertas y determinadas; es decir, la propiedad se transfiere como consecuencia directa e inmediatamente del contrato, sin necesidad de recurrir a ninguna forma o solemnemente más, como ocurría en el derecho romano. Se distinguen los contratos translativos de dominio, los cuales operan en forma

inmediata la transmisión de la propiedad, sin que sea necesaria la entrega de la cosa o traditio en el derecho romano.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 150 y 151.

Una larga evolución prepara este principio moderno que llega a formularse en el Código Napoleón en términos semejantes a la fórmula aceptada por nuestros ordenamientos que dicen así: En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la transmisión de la propiedad se opera por efecto directo e inmediato del contrato, sin necesidad de tradición, ya sea natural o simbólica. (Art. 2014).

Para llegar a este principio en el Código Napoleón, se opera una larga evolución desde los últimos tiempos del derecho romano y a través del antiguo derecho francés. En el derecho romano primitivo el contrato no era un medio de transmitir la propiedad por sí solo, sino que era menester recurrir a una forma especial que en los primeros tiempos fue la mancipatio y la in jure cessio y, posteriormente, la traditio, o sea la entrega de la cosa. De manera que en el contrato de compraventa, bajo la legislación romana, únicamente se transmitía por el simple contrato, la posesión de la cosa; el adquirente tenía derecho a exigir la posesión, pero no que se le transmitiera el dominio.

Era menester, por lo demás, que aparte del contrato se recurriera a la mancipatio o la in jure cessio, o bien a la traditio, en los últimos tiempos, para que la transmisión se operase. Pero dentro del derecho romano, al admitirse en primer lugar, la traditio para la transmisión de cierta clase de bienes, y después, al reconocerse que ciertas formas virtuales o simbólicas de tradición equivalían a la entrega material de la cosa, se esboza ya en la época de Justiniano el principio que posteriormente se formulará en el Código Napoleón.

"Especies de tradición.—A. Doctrina.—Los romanistas y civilistas suelen clasificar las formas o especies de tradición, distinguiendo la real, la fingida (traditio ficta), la cuasi tradición y la tradición por ministerio de la ley.

a) Tradición real.—Consiste en la entrega material de la cosa, si ésta es mueble, o en ciertos actos, también materiales, realizados por el adquirente a presencia y con beneplácito del transmitente (que suelen llamarse toma de posesión), cuando es inmueble.

b) Tradición fingida.—Se da cuando la entrega de los bienes no es real o material, sino que consiste en ciertos hechos demostrativos de ella. Se le reconocen las cuatro variedades siguientes:

1º La tradición simbólica que se hace mediante la entrega de signos o cosas representativas de la que se transmite (como llaves, títulos, etc.).

2º La tradición longa manu, se efectúa por el señalamiento que se hace de la finca transmitida hallándose ésta a la vista.

3ª La tradición *brevi manu*, que tiene lugar cuando el adquirente de una cosa la tiene ya en su poder por virtud de otro título distinto, por ejemplo, el de arrendatario.

4ª La tradición *constitutum possessorium*, que se ofrece en la hipótesis contraria a la anterior, de que el dueño que enajena la cosa entre a poseerla en otro concepto, como arrendatario, depositario, etc.

c) Cuasi tradición.—Se llama así a la tradición aplicada a las cosas incorporales o derechos, como, por ejemplo, el de servidumbre.

d) Ministerio de la ley.—Designan los tratadistas con esta frase todos aquellos casos que no están comprendidos en las especies anteriores y en que la tradición se efectúa por la sola virtud de un precepto legal". (Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 151 y 152).

Posteriormente, en el derecho consuetudinario francés se acostumbró establecer en los contratos, principalmente en los que se hacían ante notario, bien la entrega simbólica o ficta, y con esto cae en desuso la tradición material de la cosa. Por esto el Código Napoleón formula el principio ya enunciado, que corresponde a nuestro Art. 2014 del Código Civil.

En el principio enunciado nuestro código habla de "enajenaciones de cosas ciertas y determinadas". Conviene, pues, limitar su alcance. No es el contrato por sí solo un medio eficaz para la transmisión del dominio para toda clase de bienes, sino únicamente para los individualmente determinados. Para los que no están individualmente determinados rige el principio romano de la tradición real, simbólica o ficta.

Por esto el Art. 2015 dice:

"En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

Para esto es necesario recurrir a la entrega material, que es el medio más perfecto para identificación de la cosa; o bien a la tradición ficta cuando el adquirente, sin recibir la cosa, manifiesta ya que la conoce, dándose por recibido; o por último, a la entrega simbólica, que también tiene los mismos efectos de la tradición real.

En el derecho alemán se sigue fundamentalmente la tradición romana, recurriéndose también al "constituto posesorio".

"I. Transmisión por constituto posesorio (*constitutum possessorium*). Este modo de transmisión tiene de común con la entrega *brevi manu* (véase art. 66 II) que la cosa no cambia de sitio, quedándose donde estaba antes de la transmisión: tratándose de entrega *brevi manu* queda en manos del adquirente; en el constituto posesorio queda en las del enajenante".

"Son dos los requisitos de la transmisión: en primer lugar, el acuerdo entre propietario y adquirente sobre el traspaso de la propiedad; en segundo lugar, un

convenio entre ellos sobre una relación jurídica en virtud de la cual el adquirente obtenga la posesión mediata. La retención de la cosa por el enajenante tiene, pues, que justificarse jurídicamente por la circunstancia de convertirse éste en mediador posesorio del adquirente".

"1. Ha de crearse una relación de mediación posesoria efectiva (constituto 'individualizado'). La mera declaración de que en lo sucesivo el enajenante quiere poseer para el adquirente, sin pactar una relación de depósito, prenda, arrendamiento, etc. (constituto 'abstracto') no proporciona al adquirente la posesión mediata y, en consecuencia —exactamente como en los derechos común y prusiano anterior— tampoco la propiedad".

"2. Sólo puede transmitir por constituto el que tenga la posesión de la cosa. No hace falta que tenga la posesión inmediata, a pesar de decir el art. 930 que el constituto substituye a "la entrega", esto es, a la transmisión de la posesión inmediata. El constituto puede aplicarse también como sucedáneo de la posesión mediata y, por tanto, hasta que el enajenante sea poseedor mediato".

"3. Es posible la transmisión por constituto, a condición o a plazo, de modo que la condición o el plazo se refiera a la vez a la transferencia de la propiedad y al contrato de arrendamiento, comodato, etc.". (Enneccerus, ob. cit., págs. 394 y 397).

4.—*Herencia*.—Haremos su estudio en la segunda parte de este tomo, dedicada al derecho hereditario.

5.—*Prescripción*.—Constituye otro medio de adquirir la propiedad. Su estudio lo haremos después; pero por ahora sólo indicaremos que es forma adquisitiva mediante la posesión en concepto de dueño, pacífica, continua, pública y por cierto tiempo.

6.—*Ley*.—Otro de los medios que indicamos es la ley. Esta es, en rigor, una causa que concurre con todas las formas de transmisión de la propiedad, de manera que es importante su fundamento si se toma en cuenta que la adquisición, la herencia, prescripción, ocupación, accesión, adjudicación, supone siempre la concurrencia de la ley, de manera que en rigor puede decirse que la propiedad se transmite por contrato y ley; por herencia y ley; por prescripción y ley, etc.

El papel que juega la ley como medio de transmitir la propiedad ha sido muy discutido. Su estudio se ha hecho a propósito del acto jurídico y de sus consecuencias; pero tiene un alcance más general. No sólo nos interesa saber hasta qué punto concurre el acto jurídico y la ley en la producción de efectos (y entre ellos el adquirir y transmitir la propiedad), sino que también, si cuando se realiza un hecho o un acto jurídicos podemos determinar el papel o función que juega la ley; y como en todas las formas de transmisión de la propiedad encontramos, o un acto

o un hecho jurídicos, concurrieron con la ley, convendrá entonces precisar el papel de la misma.

Bonnecase ha sostenido que la ley establece una situación jurídica abstracta, es decir, que la norma es un cuadro o hipótesis general que prevé un conjunto de situaciones que vendrían a realizarse cuando se verifica un acto o un hecho jurídicos. La situación jurídica abstracta establecida en la ley, no produce con relación a determinada persona ningún efecto, sino que implica simplemente una posibilidad para el caso de que, aplicada la norma, se realice con respecto a ciertas personas determinados efectos; y la norma se aplica por medio del acto o del hecho jurídicos.

El acto o el hecho jurídicos vienen a originar, entonces, situaciones jurídicas concretas que ponen en movimiento a la ley para aplicarla con respecto a determinada o determinadas personas.

7.—*Ocupación o apropiación.*—La ocupación es una forma de adquirir el dominio, de gran trascendencia en el origen de la propiedad y en el derecho primitivo. Sociológicamente es, de todas las formas, la de mayor valor y más interés para la adquisición del dominio; pero desde el punto de vista jurídico, en el derecho moderno ha perdido su importancia. Según explicaremos después, se ha reservado como una forma para adquirir bienes muebles determinados. En materia de inmuebles, que es donde tuvo importancia histórica, ya no es un medio de adquisición en la actualidad.

Desde el punto de vista jurídico, la ocupación supone los siguientes requisitos: 10.—La aprehensión o detentación de una cosa. 20.—Ejecutar esta aprehensión en forma permanente y con ánimo de adquirir el dominio. 30.—Recaer en cosas que no tengan dueño o cuya legítima procedencia se ignore.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 140 y 141.

Los dos primeros requisitos constituyen, en rigor, la posesión, porque ésta supone la detentación en forma permanente con el ánimo de adquirir la propiedad.

El tercer requisito es esencial para que haya ocupación, pues esta es una forma primitiva de adquirir la propiedad; no implica la transmisión de un patrimonio a otro, y, además, supone que los bienes objetos de ocupación no han tenido dueño. Si lo tienen, la forma de adquirir será distinta (la prescripción, por ejemplo), y entonces se tendrá una posesión también, con el ánimo de adquirir la propiedad; pero esta po-

sesión se fundará en el *animus domini* o en un justo título, es decir, en un título que se considere bastante para la transmisión del dominio, o que se reputé fundadamente suficiente. De manera que la prescripción, entonces, supone que la cosa ha tenido y tiene dueño, y que el poseedor, fundado en un título de transmisión bastante o viciado, tiene el ánimo de adquirir la propiedad mediante el transcurso de cierto tiempo y ejerciendo una posesión pacífica, continua y pública.

Sociológicamente la ocupación es el medio primordial de adquirir el dominio, principalmente en materia de bienes inmuebles. La sociología nos presenta como primeras formas de posesión de las tierras, la ocupación temporal que hacen las tribus de pastores, cazadores y pescadores; las tribus nómadas que tienen sólo la intención de apropiarse de los frutos de ciertas tierras y de disfrutar de ellas en una forma temporal.

Cuando la propia sociología nos presenta la evolución de esas tribus nómadas, para llegar a sedentarias, encontramos que sí hay una ocupación con los requisitos jurídicos, porque hay detentación permanente de un bien, con el ánimo de adquirir la propiedad del mismo.

Esta forma de adquirir la propiedad sólo tiene importancia en la actualidad respecto de bienes muebles. El Código Civil reglamenta cuatro formas de ocupación: 1a.—Adquisición de un tesoro. 2a.—adquisición de animales por la caza. 3a.—Adquisición de animales y otros productos por la pesca. 4a.—Adquisición de determinadas aguas que no sean propiedad de la nación, mediante la captación de las mismas.

En materia de inmuebles no existe en nuestro derecho posibilidad de adquirir por ocupación, porque se considera que pertenecen originariamente al Estado. Para los bienes vacantes hay un procedimiento especial de denuncia, a efecto de que sea el Ministerio Público el que ejerza la acción correspondiente y sean declarados bienes del fisco.

1.—Adquisición de un tesoro.—Se entiende por tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas o bienes preciosos cuya legítima procedencia se ignora. En este último requisito (ignorancia de la legítima procedencia) se funda la ocupación, por cuanto se considera que estos bienes no tienen dueño, aun cuando en rigor lo hayan tenido; pero por ignorarse su procedencia, por existir una imposibilidad para determinar quién fue el dueño, se reputan, para los efectos de la adquisición del dominio, como cosas sin dueño, y por eso un tesoro se adquiere por ocupación.

En los tesoros, la ocupación es una forma limitada para adquirir el dominio, por considerarse que aun cuando se ignore la procedencia, la cosa tuvo dueño. Los requisitos que enumera la ley son los siguientes: 1o.—Que se trate de un depósito oculto, de manera que cualquiera de-



pósito que no lo esté, podrá ser un bien mostrenco y estará sujeto a otra reglamentación especial que ya vimos. 2o.—Debe ser un depósito oculto en dinero, alhajas o bienes preciosos. El bien mostrenco, en cambio, puede referirse a toda clase de bienes muebles. Como depósito oculto, el tesoro generalmente se encuentra en los predios, en los inmuebles, tanto en terrenos como construcciones; pero puede existir un tesoro oculto en un bien mueble, como una embarcación abandonada. 3o.—Debe ignorarse la legítima procedencia de esos bienes. Si se conoce, aun cuando se trate de un depósito oculto de dinero, alhajas o bienes preciosos, se está en el simple caso de la propiedad de una cosa cuyo dueño la ha ocultado y puede justificar en cualquier momento su propiedad.

El tesoro nunca se reputa como fruto del bien en donde se encuentra. Esto tiene importancia desde dos puntos de vista: a).—El tesoro no puede adquirirse por accesión, como se adquieren los frutos. b).—El que tenga un derecho real o personal de uso o goce, no puede adquirir un tesoro si él no lo descubre, y si lo descubre tendrá el derecho de un simple tercero para la participación de que habla la ley.

Cuando el dueño del predio o del bien donde se encuentre el tesoro es el que lo descubre, adquiere íntegramente su propiedad. Cuando se encuentra en terrenos ajenos sean de propiedad particular o del dominio público, corresponderá la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño del terreno o al Estado.

Cuando hay convenio para la ejecución de obras y localización del tesoro, se estará a lo dispuesto en el propio contrato para repartir el producto, y a falta de estipulación, se aplicarán las normas legales, o sea la mitad al descubridor y la otra mitad al dueño.

Si se ejecutan las obras sin consentimiento del dueño, el tesoro no pierde su calidad de tal, sino que es el descubridor quien pierde su derecho.

2.—Captación de aguas.—Las aguas que pueden ser captadas para adquirir su dominio, no deben pertenecer ni a la nación ni a los particulares, porque entonces faltaría un requisito fundamental para adquirir por ocupación.

Sin embargo, la adquisición no es absoluta, pues si la corriente atraviesa dos o más predios esto es motivo suficiente para declararla de utilidad pública, imponiéndose las modalidades que dicta el interés de los distintos propietarios, y esas modalidades impiden el acaparamiento por aquel que ejecuta las obras de captación, para dejar sin agua a los demás predios.

En el Código Civil los artículos 933 al 937 reglamentan esta forma de adquisición.

3.—Adquisición de determinados animales o bienes por medio de la caza o de la pesca.—La caza y la pesca tienen una reglamentación tanto en el derecho civil como en el administrativo. En el civil, para determinar los requisitos de esta forma de ocupación, que es lo que nos interesa a nosotros; en el administrativo se establece una reglamentación para determinar las épocas y requisitos necesarios para el ejercicio del derecho de pesca y caza en terrenos de dominio público.

Desde el punto de vista del derecho civil, se aplica el principio mencionado para la ocupación de toda clase de bienes. Se necesita tener una posesión del animal o del bien para adquirir el dominio del mismo.

Para tener la posesión por la caza o por la pesca es necesario capturar al animal de tal suerte que se le tenga preso en las redes o muera en el acto venatorio.

También en cuanto a la pesca se establecen los mismos principios para la adquisición o sea capturar al animal. Como las aguas pueden ser propiedad particular o del dominio público, se requiere, en las primeras, permiso especial del dueño, contrato, o derecho que conceda su uso y goce. Tratándose de aguas del dominio público, entonces se aplica la reglamentación administrativa que existe, como ocurre con las aguas del mar territorial. En el mar libre también ese derecho de pesca es libre. El Código Civil reglamenta la adquisición por caza y pesca en los Arts. 856 al 874.

8.—*Accesión*.—Esta es un medio de adquirir la propiedad mediante una extensión del dominio. Todo lo que se una o incorpora natural o artificialmente a una cosa, pertenece al dueño de ésta por virtud del derecho de accesión. Es, por tanto, un medio de adquirir la propiedad mediante la unión o incorporación de una cosa secundaria a una principal. El dueño de la principal adquiere la accesión.

Hay dos principios fundamentales en esta materia: 1o.—Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. 2o.—Nadie puede enriquecerse sin causa, a costa de otro.

La accesión supone siempre dos cosas que llegan a unirse, mezclarse o confundirse. La adquisición de los frutos y productos supone por el contrario, una cosa que se reproduce o que se desintegra mediante un consumo parcial, para dar lugar a otras cosas.

Por este motivo en la doctrina se estudia la adquisición de frutos y productos como una consecuencia de la propiedad, como extensión natural de ese derecho, y en capítulo por separado se trata de la accesión como forma distinta.

En la accesión, el principal fundamento que nos permite determinar cómo se adquiere una cosa que se une o incorpora a otra, es, en primer término, el de que la cosa accesoria sigue la suerte de lo principal. Según los casos iremos determinando cuándo en una unión o incorporación la cosa se reputa principal o accesoria.

El dueño de la principal adquiere, por la regla general, la accesoria; pero como esta accesión no puede ser a costa de tercero, y como por otra parte no puede haber enriquecimiento sin causa en detrimento de otro, rige, por equidad, en esta materia, un segundo principio que ya enunciamos y, por tanto, en toda accesión o enriquecimiento, cuando hay buena fe en ambas partes, debe darse una compensación. El dueño de la cosa principal, al adquirir la accesoria, tiene que indemnizar el valor de ésta. Este principio no se aplica en los casos de mala fe y, por tanto, la buena o mala fe es de fundamental importancia para determinar los derechos de las partes en esta forma de adquirir el dominio.

No puede formularse un principio general para establecer la buena o mala fe, porque son muy diversos los medios de adquirir por accesión; pero sí puede establecerse que toda unión o incorporación hecha voluntariamente por una parte, con conocimiento de que una cosa es ajena, supone mala fe en aquel que une o incorpora cosa de su propiedad a costa de otro. En cambio, el desconocimiento de esta circunstancia con la creencia fundada de que las cosas que se unen o incorporan pertenecen al que hace esa unión, hace presumir la buena fe y, por tanto, para determinar su derecho se tomará en cuenta esta circunstancia para la indemnización.

Con estas reglas generales se pueden, en rigor, resolver todos los problemas que plantea el Código Civil, pues no son sino consecuencias de estos principios. En el código, sin clasificarlas, se estudian estas diversas formas de accesión. En la doctrina se hacen diversas clasificaciones: Se distingue la accesión natural y la artificial. La natural supone la unión o incorporación de cosas sin la intervención del hombre y, por tanto, no puede haber en ella buena o mala fe. En cambio, la artificial supone que la unión o incorporación se lleva a cabo por el hombre, y en ésta sí cabe determinar si hay buena o mala fe.

1.—Accesión natural.—Presenta las siguientes formas: a) Aluvión; b) Avulsión; c) Nacimiento de una isla; d) Mutación del cause de un río.

En la artificial se distingue si se trata de inmuebles o de muebles. En inmuebles se distinguen tres formas de accesión artificial: edificación, plantación y siembra. En materia de mueble, hay cuatro formas de accesión artificial: incorporación, confusión, mezcla y especificación.

A) *Aluvión*.—Es el acrecentamiento natural que sufren los predios colindantes a las riberas de los ríos, por el depósito paulatino de materiales que la corriente va formando en esas riberas. El propietario del predio adquiere por aluvión aquella fracción de tierra que va formándose por ese depósito de materiales arrastrados por el agua.

B) *Avulsión*.—Se presenta cuando la corriente logra desprender una fracción reconocible de terreno y la lleva a un predio inferior o a la ribera opuesta; o cuando arranca árboles o cosas.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 160 y 161.

Para adquirir estas fracciones de terreno así desprendidas, es necesario, primero, que transcurra cuando menos un plazo de dos años sin que el dueño las reclame y, segundo, que al vencer ese plazo el dueño del predio beneficiado ejerza actos de posesión sobre esas fracciones. Tratándose de árboles o de cosas, se establece un plazo de dos meses.

De esta suerte, en este caso de aluvión se combinan los principios de la prescripción negativa y de la posesión.

C) *Nacimiento de una isla*.—Esta puede ocurrir en tres hipótesis: 1a.—La isla se forma por aluvión, es decir, por el depósito que se hace en el cauce del río, de materiales que llegan a construir una fracción de terreno rodeada de agua. 2a.—La isla se forma por avulsión, es decir, cuando la corriente arranca una fracción de terreno de un predio y queda situada en medio del cauce. 3a.—Puede abrirse la corriente del río en dos brazos o ramales, de suerte que quede una porción de terreno rodeada de agua.

En estos tres casos es necesario determinar a quién pertenece la isla formada, y los principios que regulan la accesión no resuelven el problema, pues en verdad ~~no se trata de la unión de dos cosas pertenecientes a distintos dueños para constituir una nueva especie~~. En efecto, se distinguen los siguientes casos:

1o.—Si la isla se forma en aguas propiedad de la nación, pertenece al Estado, cualquiera que sea el procedimiento.

2o.—Si se forma en aguas de propiedad particular, es preciso distinguir según sea el procedimiento de formación de la isla: si se formó por aluvión se aplican simbólicamente los principios de esta forma y se considera que los propietarios de los predios colindantes tienen derecho a la porción de la isla que queda en medio del cauce.

Si la isla se formó por avulsión el propietario del predio que ha sufrido el desprendimiento puede, durante el plazo de dos años, ejercitar actos de posesión para recuperar la propiedad sobre aquella fracción

de terreno. Si no lo hace dentro de esos dos años y nadie ha tomado posesión de aquella isla que está en aguas que son objeto de propiedad particular, el propietario tiene en cualquier momento expedito su derecho para poder recuperar aquella fracción de terreno; pero si el propietario del predio colindante, que es el único que puede beneficiarse por la avulsión ejecuta actos de posesión sobre esas fracciones de terreno, cabrán dos soluciones que tampoco establece el Código Civil.

Una de ellas sería otorgar el dominio pleno sobre la isla al propietario del predio colindante que ha ejecutado actos de posesión después de transcurrido el término de dos años de abandonada la isla. La otra sería combinar el principio del caso anterior para trazar una línea divisoria imaginaria a la mitad del álveo, y atribuir el dominio por virtud de la posesión que ejerza el propietario del predio colindante sólo en aquella fracción que le corresponda por virtud de la división de la línea, y reservar al propietario de la fracción desprendida el derecho que tiene sobre la otra parte. En ambos casos existen razones para fundar una y otra solución.

30.—Por último, la isla puede formarse cuando la corriente del río se abre en dos brazos o ramales, rodeando una porción de tierra que originariamente no estaba ocupada por el agua.

Esta porción de tierra que constituye la isla pertenecerá al dueño del predio inundado; perderá las tierras que queden ocupadas en forma permanente por el río, si se trata de aguas nacionales, pues si son propiedad particular, el dueño de la tierra ocupada seguirá manteniendo su dominio.

*Mutuación de cauce.*—En este caso también es preciso distinguir si la corriente es nacional o de propiedad particular. Si es de la nación, el cauce abandonado sigue siendo propiedad de la nación, y el que se ocupe también lo será.

Si es propiedad particular, el cauce abandonado pertenecerá al dueño del mismo predio, que simplemente ve restringida su posesión por la inundación o cambio de corriente; pero puede ejercer sobre esas aguas que están dentro de su predio el dominio dentro de las posibilidades físicas que existan. A esto se refieren los Arts. 908 al 915 del Código Civil.

2. *Accesión artificial.*—La accesión artificial se presenta en materia de inmuebles y muebles. Respecto a inmuebles tiene tres formas: edificación, plantación y siembra. Estos tres casos de accesión artificial supone, que se edifica, siembra o planta en terreno propio con materiales, semillas o plantas ajenas, o bien que se edifica, planta o siembra con

elementos propios en terreno ajeno; o, finalmente, que un tercero lo hace en predio ajeno y con materiales de otro. En todo caso, se considera principal el terreno y accesoria la construcción, plantación o siembra.

Por tanto, como principio fundamental habrá de establecerse que el dueño del predio adquirirá la edificación, plantación o siembra; pero como puede mediar buena o mala fe, el derecho de indemnizar o no indemnizar quedará supeditado a esta circunstancia. Se entiende que hay buena fe cuando una edificación se hace en terreno propio con materiales ajenos, ignorándose que los materiales lo son, y lo mismo puede decirse para la siembra y plantación.

Por el contrario, se presume mala fe cuando lo edificado en terreno propio se hace sabiendo el dueño que los materiales son ajenos. Cuando se edifica en terreno ajeno con materiales propios, habrá buena fe si se desconoce la propiedad ajena y fundadamente se cree que el terreno es propio, y eso puede ocurrir en los casos en que hay dificultad para fijar límites; y habrá mala fe cuando se edifica con materiales propios a sabiendas de que el terreno es ajeno. El Código Civil consagra un principio (Art. 895), que se funda en una doble presunción *juris tantum*, consistente en reputar que si un tercero hace la construcción, plantación o siembra, lo hará en nombre y por cuenta del propietario, de manera que se considera que esa obra ha sido costeada por el dueño. Habrá que destruir mediante prueba expresa en contrario las dos presunciones justificando: 1a.—Que se ejecutó por un tercero en nombre propio; 2a.—Que lo hizo no por cuenta del dueño, sino costeando de su peculio la obra, plantación o siembra.

*Incorporación, mezcla, confusión y especificación.*—Existe *incorporación* cuando dos cosas muebles pertenecientes a distintos dueños se unen por voluntad de éstos, por casualidad o por voluntad de uno de ellos.

El Código Civil estudia los casos de mezcla y de confusión a la vez. La mezcla se refiere a sólidos y la confusión a líquidos.

Los artículos 926 a 928 del Código Civil vigente, regulan las formas de adquirir por incorporación, mezcla y confusión.

*La especificación* consiste en dar forma a una materia ajena, o sea, en transformar por el trabajo esa materia. La nueva especie formada por virtud de ese trabajo, ¿a quién pertenece? ¿Al dueño de la materia o a aquel que le dio la forma? El derecho nuevamente aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y dice que la materia se considera principal cuando el mérito artístico sea inferior al valor de la misma, y viceversa, que el trabajo se reputará principal cuando el mérito artístico sea superior al valor de la materia. Pero

también es necesario distinguir, según se proceda de buena o de mala fe.

Si se procede de mala fe por el especificador, no importa que el mérito artístico sea superior al valor de la materia: el dueño de ésta adquiere la nueva especie y tiene derecho de exigirle daños y perjuicios, o bien, si prefiere, puede exigir la materia empleada entregándose una equivalente, o el precio señalado por peritos.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 168 y 169.

9.—*Adjudicación*.—Esta, en rigor, no es una forma atributiva de dominio, sino simplemente declarativa. Por virtud de la adjudicación el juez simplemente declara que con anterioridad una persona ha adquirido el dominio de una cosa. Por esto la adjudicación no tiene efecto atributivo, sino sólo declarativo. Ocurre principalmente en los siguientes casos.

1º—Herencia: los herederos adquieren el dominio y posesión de los bienes desde el momento de la muerte del autor de la sucesión. Es, por lo tanto, la herencia el medio de adquirir el dominio; pero tramitado el juicio sucesorio, una vez que se llega a la partición y división de los bienes, el juez adjudica cosas determinadas o partes alícuotas, determinando la proporción que corresponda a los herederos.

2º—Venta judicial y remate.—Cuando se pide por el acreedor la adjudicación de los bienes objeto de la subasta debido a que no se presentan postores, el juez dicta una resolución adjudicando esos bienes.

También aquí la adjudicación judicial tiene efecto declarativo y no atributivo. El ejecutante ha adquirido el dominio en la subasta pública al ofrecer un precio por los bienes rematados; existe una adquisición de carácter judicial y en el momento de la almoneda se realiza con modalidades especiales, por cuanto se lleva a cabo sin o contra la voluntad del ejecutado. Fundamentalmente hay una adquisición (no un contrato de compraventa) que hace el ejecutante pagando un precio que puede ser en dinero o por el importe de su crédito, base del juicio.

En el remate es un tercero quien adquiere, pagando un precio en dinero. En ambos casos se trata de un acto jurídico mixto porque intervienen un particular y un órgano del Estado.

10.—*Extensión del derecho de propiedad*.—Estudiaremos sobre qué clase de bienes se extiende el derecho de propiedad, cuál es su alcance natural y cuál el que por vía de accesión puede originarse.

a) En lo relativo a la extensión y límites del derecho de propiedad, es necesario hacer una distinción que comprende, por una parte, lo que podríamos llamar su consecuencia natural, que es un dominio sobre los

frutos y productos, y tratándose de inmuebles sobre el subsuelo y el espacio aéreo; por otra parte, lo que es una consecuencia del dominio por vía de accesión.

b) Frutos.—El estudio de los frutos y productos es una consecuencia natural del derecho de propiedad y, por tanto, no debe referirse a la adquisición del dominio por accesión, como impropriamente dice el Código Civil. Los frutos y productos no se adquieren por accesión, pues no hay unión o incorporación de cosas para constituir una nueva especie. Se adquieren como consecuencia necesaria del dominio, que en uno de sus elementos (el *jus fruendi*) permite a su titular adueñarse de todo aquello que la cosa produce en forma natural o artificial, es decir, sin la intervención del hombre o con ella.

Los frutos son manifestaciones constantes, naturales o artificiales de una cosa, que no alteran la forma o substancia de ésta, y de tal manera que sin desintegración, sin merma, la cosa se reproduce y la adquisición de estos bienes no implica el ejercicio del *jus abutendi*, en cuanto a la alteración o consumo del bien, sino sólo una consecuencia del *jus fruendi* o goce de la cosa. Por esto el usufructuario que no tiene el dominio de la cosa, sino el goce de ella, adquiere los frutos, puede comerciar con ellos, enajenarlos, sin que esto implique actos de dominio con relación a la cosa principal.

Indiscutiblemente la apropiación de los frutos, y su disposición, constituyen un acto de goce, que no implica alteraciones o mermas del bien que los produce. Se trata de manifestaciones constantes, periódicas, regulares, bien sea en los frutos naturales que pueden ser las producciones espontáneas de la tierra o las crías de los animales; bien en los frutos industriales; que implican la intervención del hombre y que se obtienen merced al cultivo o trabajo y en donde es posible establecer una regularidad; o en los frutos civiles que son aquellos que se obtienen por contrato o acto jurídico, como rentas de inmuebles, alquileres de muebles, intereses de capitales.

Los productos, por el contrario, sí implican una alteración en la forma y substancia de la cosa. No son manifestaciones regulares, sino irregulares; e implican una desintegración que puede ser en forma paulatina; pero de tal manera que constituyen verdaderos actos de dominio en cuanto al bien mismo.

En su oportunidad, al estudiar el usufructo, hablaremos de una forma especial sobre montes, minas, canteras, que implica apropiación ya no de frutos, sino de productos, y que contraría la naturaleza ordinaria del usufructo suponiendo una alteración y merma en la cosa al constituir verdaderos actos de dominio y no de goce.



En el Código Civil se hace la clasificación de los frutos sin referirse a los productos. Esta clasificación distingue frutos civiles, naturales e industriales. Tiene importancia no sólo desde el punto de vista del derecho de propiedad, para determinar sobre qué bienes se extiende el dominio, sino en cuanto a la posesión. Ya en su oportunidad veremos que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, y que el de mala fe, por regla general, no los adquiere.

c) Subsuelo y espacio aéreo.—En materia de bienes inmuebles el derecho de propiedad se extiende no sólo sobre los frutos y productos de la cosa, sino también sobre el subsuelo y el espacio aéreo.

Independientemente de las limitaciones que en cada legislación se imponen desde un punto de vista administrativo para reconocer en favor del Estado el dominio sobre ciertos metales y metaloides y en general sobre toda clase de minerales y de los componentes que no sean los normales del terreno, el derecho civil crea restricciones que son ya consecuencia del concepto moderno de la propiedad. En el Código Civil vigente se considera que aunque se tiene la propiedad sobre el subsuelo con las limitaciones que fija el Art. 27 constitucional y las leyes mineras, no puede ejercerse este derecho en forma libre, como decía la legislación anterior, permitiendo la ejecución de toda clase de obras o excavaciones.

1. "La propiedad inmobiliaria no está limitada en su dirección vertical hacia arriba y hacia abajo, y se extiende al espacio de encima y de debajo de la superficie. Sin embargo, la falta de límite afecta únicamente al núcleo 'positivo' de la propiedad, es decir, al libre arbitrio de la propiedad. En cambio, su derecho a excluir las intromisiones de los demás ('núcleo negativo'), está limitado por su interés en la exclusión, o sea que el propietario debe tolerar las influencias de otros sobre la cosa que hayan de practicarse a tal altura o a tal profundidad, que no tenga para él interés el prohibirlas". (Enneccerus, ob. cit., pág. 306).

En el código actual el propietario del subsuelo, ya no puede hacer toda clase de excavaciones o de obras sin tomar las precauciones necesarias para evitar perjuicios al vecino, debiendo ejecutar las obras de consolidación que la técnica aconseja para no afectar la estabilidad de los predios contiguos.

Lafaille, ob. cit., t. III, v. I, pág. 386.

En el mismo título de la propiedad, además de estas limitaciones se prescribe que no es lícito ejercer el derecho de propiedad de manera que sólo cause daño a tercero sin utilidad para el propietario, limitación que también es aplicable al uso del subsuelo. En cambio, el código de 1884, así como el de 1870 reconocían un derecho ilimitado sobre el subsuelo, y sólo establecían las restricciones propias de la legislación minera y las relativas a las servidumbres.

Además de esta limitación de carácter civil por lo que se refiere al

subsuelo, el Art. 27 constitucional dispone que todos aquellos minerales o substancias que constituyan depósitos de naturaleza distinta de los componentes normales del terreno, pertenecen a la nación.

La nación tendrá un dominio directo que se considera inalienable e imprescriptible, y los particulares sólo podrán explotar esos bienes mediante concesión. Pero en aquellos lugares en que el subsuelo no esté integrado por esos componentes, el propietario del suelo es dueño del subsuelo y podrá con las limitaciones que fije el Código Civil, aprovecharse de éste, practicando obras o excavaciones y enajenando las mismas partes del subsuelo, como ocurre en la explotación de minas de arena, canteras, etc.

En cuanto al espacio aéreo, se había reconocido tradicionalmente el dominio absoluto del dueño del suelo en la zona espacial correspondiente sin que hubiera interés en limitarlo.

En la actualidad, con motivo de la navegación aérea se presentó ya el problema desde el punto de vista del derecho administrativo y del civil, para imponer limitaciones en el dominio sobre el espacio aéreo.

“Una primera teoría dice que el espacio aéreo y el subsuelo son cosas comunes, porque no son susceptibles de apropiación: no cabe respecto de ellas el *corpus*, no se puede tomar posesión del espacio ni del centro de la tierra (Valverde). Pero esta teoría no resuelve por completo la dificultad. La inapropiabilidad sólo puede predicarse de las capas superiores del espacio y de las inferiores del subsuelo. Las más próximas del suelo y del subsuelo no sólo son apropiables, sino que tienen que ser utilizadas por el propietario del suelo para la explotación de éste.

Otra teoría, iniciada por Ihering y dominante en la doctrina actual, logra con más fortuna determinar los límites del derecho de propiedad en cuanto a lo que está sobre el suelo y debajo del mismo, tomando por guía la utilidad económica que el espacio aéreo y el subsuelo pueden ofrecer al propietario. El derecho de propiedad no es en sí un señorío absoluto. Su extensión tiene por medida sus fines, y el fin es garantizar el ejercicio de la actividad económica. Los límites de la propiedad son, pues, las exigencias, el interés económico de su titular. La fórmula que se deduce de esta concepción es que el dominio del suelo se extiende por el espacio y por el subsuelo hasta donde sea requerido por el interés del propietario en relación al uso que se pueda hacer del fondo de que se trate en las condiciones actuales del arte y de la industria humana.

De aquí que no pueda prohibirse por el propietario que un aeróstato o un aeroplano atraviese la región aérea que se levanta sobre su finca o que se abra un túnel en la montaña donde radica su fundo.

Los Códigos Civiles más recientes han dado ya consagración a esta teoría.

Nuestro Código enuncia, en el Art. 850, el principio de que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas y en

los Reglamentos de policía' ". (José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, t. II, Derechos Reales, Derechos de Obligaciones, Madrid 1941, págs. 83 y 84).

En un principio se imaginó la posibilidad de fijar zonas, como ocurre con el mar, y así como se habla de mar territorial y de mar libre, se pensó en la posibilidad de señalar una zona inmediata sobre la que ejercería el propietario del suelo un derecho absoluto tomando como límite de esta zona el que teóricamente pudiera aprovecharse en las construcciones más altas; pero no había un criterio fuera de la misma arquitectura o ingeniería para fijar este límite máximo de la construcción.

Una zona siguiente, sería aquella en que se reconocería el imperio del Estado, reglamentada de acuerdo con los intereses generales de la navegación aérea. Por último, se pensó en una zona libre en la que, como en el mar libre, ya no había el imperio del Estado.

Esta clasificación se desechó por arbitraria, dada la imposibilidad de limitar esas zonas, y por otra parte, tendría el grave inconveniente de admitir una zona libre en la que el Estado no ejercería imperio, con perjuicio del territorio de cada nación, ya que entonces ese espacio podría ser aprovechado por naves extranjeras que libremente podrían cruzarlo. La necesidad de defensa del territorio, principalmente, ha hecho que se adopte un sistema diverso: se considera que todo el espacio aéreo está sujeto al imperio del Estado, el que impone todas las modalidades que dicte el interés público y principalmente las necesidades de la defensa o de la preparación militar del Estado, de manera que ya no existiría una zona libre, que pudiera aprovecharse por naves extranjeras, y el Estado tendría siempre el derecho de impedirlo o concederlo cuando lo estimara conveniente.

Tampoco podrá el particular alegar su dominio sobre el espacio aéreo para impedir el paso de las naves, considerando ilimitado su derecho de propiedad, porque esto afectaría intereses de orden general. De esta manera, conservando el Estado el imperio y el derecho de imponer restricciones al espacio aéreo, se concilia por una parte el interés del particular, por cuanto que no se le podrá impedir que eleve sus construcciones o aproveche el espacio aéreo dentro de los límites de la seguridad que aconseja la técnica; y tampoco se podrá impedir la navegación aérea, ni se expondrá la defensa y seguridad del territorio reconociendo una zona libre. Este es el sistema que establece la Ley de Vías Generales de Comunicación en México.

11.—*Acción reivindicatoria.*—El estudio de la acción reivindicatoria es de fundamental importancia respecto al derecho de propiedad, pues

constituye tanto el medio jurídico para poder obtener la restitución de una cosa que nos pertenece y que se encuentra en poder de otra persona, como la garantía misma en la efectividad del citado derecho.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 115 y 116.

El artículo 4º del Código de Procedimientos Civiles en el Distrito Federal define la acción reivindicatoria en los siguientes términos:

“La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil”.

Por consiguiente, son elementos de la mencionada acción, los siguientes: a) Tener la propiedad de una cosa; b) Haber perdido la posesión de la misma; c) Estar la cosa en poder del demandado; d) Identificar el bien de que se trate. En realidad este último elemento es una consecuencia que se encuentra implícita o sobreentendida en los demás.

De acuerdo con el mismo precepto, el efecto de la acción reivindicatoria es declarativo en cuanto que tiene por objeto que la sentencia reconozca que el actor ha justificado el dominio sobre la cosa materia de la reivindicación. Además, y por vía de consecuencia, también la sentencia tiene un efecto condenatorio, por cuanto que no basta reconocer la propiedad del actor, sino que debe condenar al demandado a restituir la cosa con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil.

“Acción reivindicatoria.—A. Su concepto y requisitos. Esta acción, que constituye la más propia y eficaz defensa de la propiedad, tiene por fin obtener el reconocimiento del derecho de dominio, y, en consecuencia, la restitución de la cosa que indebidamente retiene un tercero. Mediante ella, como dice Sohm, el propietario no poseedor, hace efectivo su derecho contra el poseedor no propietario. Dusi da un concepto muy preciso de esta acción diciendo que es aquella por la que el propietario —supuesto que la cosa, por cualquier causa, no esté en posesión, sino en la de un tercero—, ejerce el *jus possidendi*, conatural al derecho de propiedad; esto es, demanda, frente al tercero, el reconocimiento de su derecho de propiedad, y, en consecuencia, la restitución de la cosa, con todos sus aumentos”.

En nuestra patria, la define Sánchez Román como ‘una acción real, que compete al dueño de la cosa contra el poseedor de la misma, para que se le restituya con sus frutos, acciones y abono de menoscabos’.

Distinta de la propia reivindicatoria, aunque prácticamente venga confundida con ella, es la acción de mera declaración de la propiedad. ‘La tutela del derecho de propiedad —dice la sentencia de 21 de febrero de 1941— se desenvuelve y actúa especialmente a través de dos distintas acciones muy enlazadas y frecuentemente confundidas en nuestro derecho, a saber: la clásica y propia acción reivindicatoria, que sirve de medio para la protección del dominio frente a una privación o una detentación posesoria, dirigiéndose fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y la acción de mera declaración o constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor, y tiene como finalidad la

de obtener la declaración de que el actor es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo abroga". (Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 116 y 117).

Conforme al artículo 5º del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el demandado en juicio reivindicatorio, que tenga sólo el carácter de simple tenedor de la cosa, puede declinar la responsabilidad del juicio señalado al poseedor que lo sea a título de dueño. Cumplido este requisito el juicio reivindicatorio deberá enderezarse en contra del citado poseedor. Como sanción eficaz contra el poseedor que niegue la posesión misma, el artículo 6º del citado Código Procesal dispone que en esa hipótesis el demandado perderá dicha posesión en favor del actor.

Aun cuando normalmente la acción reivindicatoria se intenta contra el poseedor de una cosa cuyo dominio pertenece al actor, el Art. 7º del ordenamiento citado establece una excepción en los términos siguientes:

"Pueden ser demandados en reivindicación, aunque no posean la cosa, el poseedor que para evitar los efectos de la acción reivindicatoria dejó de poseer y el que está obligado a restituir la cosa, o su estimación si la sentencia fuere condenatoria. El demandado que paga la estimación de la cosa puede ejercitar a su vez la reivindicación".

Conforme al artículo 8º del Código procesal, se prohíbe intentar acción reivindicatoria en relación con las siguientes cosas: a) Las que estén fuera del comercio; b) Los géneros no determinados al establecerse la demanda; c) Las cosas unidas a otras por vía de accesión y d) Las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda, o de comerciante que en el mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó.

Las razones que ha tomado en cuenta el mencionado precepto para prohibir el ejercicio de la acción reivindicatoria en los distintos casos señalados, son distintas. Respecto a las cosas fuera del comercio, dada su naturaleza no podrá intentarse la acción de dominio debido a que ya no pueden ni deben regresar al patrimonio de un particular. Razones de orden público siempre justifican la salida de tales bienes del comercio jurídico. En cuanto a los géneros no determinados al establecerse la demanda, existe simplemente una razón de imposibilidad jurídica para lograr la identificación de la cosa. Además, se podrían perjudicar terceros poseedores de géneros de igual especie y calidad. Las cosas unidas a otras por vía de accesión no pueden reivindicarse conforme al principio que ya hemos estudiado, según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Es decir, el dueño de la cosa accesorio no tiene una acción real de dominio para exigir la restitución de la misma, pues ésta, por

virtud de la ley, ha sido adquirida por el propietario de la cosa principal. Sólo tendrá una acción particular para exigir el valor de la cosa accesoria y el pago de daños y perjuicios, según las reglas que ya hemos estudiado para la accesión cuando existe buena o mala fe. Por último, las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda o de comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sólo puedan ser reivindicadas pagando al adquirente el precio que desembolsó. Aquí la razón que existe es de seguridad jurídica en protección de los adquirentes de buena fe y a título oneroso.

Debe distinguirse la acción reivindicatoria de la acción publiciana o plenaria de posesión que regula el Art. 9º del mencionado ordenamiento procesal en los siguientes términos:

“Al adquirente con justo título y de buena fe, le compete la acción para que, aun cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con sus frutos y accesorios, en los términos del artículo 40., el poseedor de mala fe; o el que teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas, o el demandado tuviere su título registrado y el actor no, así como contra el legítimo dueño”.

#### JURISPRUDENCIA DEFINIDA

12.—*Acción reivindicatoria. Es imprescriptible.*— “La acción reivindicatoria no se extingue por el transcurso del tiempo. En efecto, teniendo por objeto la acción reivindicatoria la protección del derecho de propiedad, es claro que entretanto éste no se extinga, aquélla permanece viva y solamente cuando por virtud de la usucapión haya desaparecido el derecho de propiedad, también habrá desaparecido la acción reivindicatoria; de lo que se sigue que esta acción dura lo que el derecho y no fenece por el mero transcurso del tiempo, o sea, por prescripción negativa”. (Tesis 7. *Compilación de jurisprudencia editada en el año de 1965, cuarta parte, pág. 44*).

13.—*Acción reivindicatoria. Estudio de los Títulos.*— “Cuando el reivindicante tiene un título de propiedad y el demandado no tiene ninguno, aquel título basta para tener demostrado el derecho del actor, siempre que dicho título sea anterior a la posesión del demandado. Cuando la posesión es anterior al título, entonces es necesario que el reivindicante presente otro título anterior a la posesión de que disfruta el demandado. Cuando las dos partes tienen títulos, pueden distinguirse dos casos: aquel en que los títulos tengan el mismo origen, y en el que tengan orígenes diversos; si proceden de una misma persona, entonces se atenderá a la prelación en el registro, y si no está registrado ninguno

de los títulos, entonces se atenderá al primero en fecha; si los títulos proceden de distintas personas, entonces prevalecerá la posesión cuando los títulos sean de igual calidad, y salvo el caso de que en el conflicto que hubiere habido entre los causantes de ambos títulos, haya prevalecido el del actor" (Tesis 8, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 45).

14.—*Acción reivindicatoria. Identificación del inmueble cuando se hace valer como excepción o acción reconvenzional, la prescripción adquisitiva.*—"Los inmuebles objeto de la acción reivindicatoria quedan plenamente identificados cuando el demandado hace valer, como excepción o como acción reconvenzional, la prescripción adquisitiva, siempre y cuando no niegue en forma expresa la identidad de la cosa demandada y subsidiariamente reconzenga u oponga la usucapión". (Tesis 9, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 47).

15.—*Acción reivindicatoria, improcedencia de la, cuando existe acción personal.*—"En principio cuando el causante de la posesión de un poseedor derivado pretende exigir de éste o de sus causahabientes la devolución o entrega de la cosa poseída, aquél no está legitimado para ejercitar la acción real reivindicatoria, sino la acción personal correspondiente derivada del vínculo jurídico que haya dado origen a la posesión y así, el arrendador no puede reivindicar del arrendatario la cosa dada en arrendamiento, el depositante del depositario la cosa dada en depósito, el comodante del comodatario la cosa dada en comodato y en general en todos aquellos contratos o actos jurídicos en que el poseedor debe restituir la cosa que ha recibido por virtud de los mismos". (Tesis 11, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 49).

16.—*Acción reivindicatoria, procedencia de la, cuando el demandado niega tener posesión derivada.*—"La tesis jurisprudencial relativa a la improcedencia de la acción real reivindicatoria cuando existe entre el actor y demandado un vínculo jurídico que dio lugar a la posesión derivada, en cuyo caso debe ejercitarse la acción personal respectiva, no tiene aplicación cuando niega tener la posesión derivada y afirma disfrutarla en concepto de propietario, en cuyo caso el dueño de la cosa poseída pueda intentar contra el poseedor la acción reivindicatoria para que el órgano jurisdiccional decida sobre el derecho de propiedad que en su favor alega el reivindicante, frente a idéntico derecho de propiedad que para sí reclama el poseedor". (Tesis 12, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 51).

17.—*Acción reivindicatoria. Prueba de la propiedad con la adjudicación por herencia.*—"No basta que se liste y adjudique un bien en un juicio sucesorio, para demostrar en un juicio reivindicatorio la propiedad o posesión de él, si no hay prueba de que el autor de la herencia haya sido

propietario o poseedor del bien en el momento de morir o que adquirió esos derechos la sucesión". (Tesis 13, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 52).

18.—*Acción reivindicatoria. Prueba de la propiedad mediante copias del registro.*—“Las ejecutorias relativas a que la sola certificación de que el bien objeto de la acción se encuentra inscrito en el Registro Público, no es suficiente para demostrar la propiedad cuando se ejercita la acción reivindicatoria, son aplicables al caso en que se omite transcribir totalmente el título; pero si éste consta literalmente inserto en la certificación, la misma es apta porque el demandado tiene oportunidad de conocer el título y de objetarlo si así le conviniera y porque constituye un documento público, lo que no sucede cuando se presenta una certificación con los datos de la inscripción”. (Tesis 14, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 54).

19.—*Acción reivindicatoria. Prueba de la propiedad mediante certificación de su inscripción en el registro.*—“La jurisprudencia de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que la sola certificación de que el bien objeto de la acción se encuentre inscrito en el Registro Público no es suficiente para demostrar la propiedad tratándose de la reivindicatoria, a menos que conste literalmente transcrito el título en aquélla, no es de aplicación en los casos en que la parte reo contrademanda la prescripción positiva del inmueble de que se trata, pues en tal situación la certificación aludida, aunque no contenga la transcripción literal del título, basta para tener por acreditada la propiedad del reivindicante, puesto que el ejercicio de la acción deducida en la contrademanda implica el reconocimiento de ese derecho por parte del que reconviene”.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil, del Primer Circuito.

D. C. 230/71, Jacinto Iturbe y otros. 12 de julio de 1971. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Angeles Senties.

20.—*Acción reivindicatoria. Su ejercicio por un copropietario.*—“La copropiedad supone un estado de indivisión en el que cada copropietario ejerce su derecho, no sobre una parte determinada de la cosa, sino respecto de toda ella, y sobre toda la cosa el copropietario ejerce un derecho de goce; en consecuencia, teniendo por objeto la acción reivindicatoria, la protección del derecho de propiedad, es lógico reconocer en el copropietario la facultad de ejercerla por una parte proporcional, pues su derecho se extiende a toda la cosa”. (Tesis 15, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 54).

21.—*Acción reivindicatoria. Sus elementos.*—“La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa de la cual tiene la propiedad



y su efecto es declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones. Así, quien la ejercita debe acreditar: a).—La propiedad de la cosa que reclama; b).—La posesión por el demandado de la cosa perseguida y c).—La identidad de la misma, o sea que no puede dudarse cuál es la cosa que pretende reivindicar y a la que se refieren los documentos fundatorios de la acción, precisando situación, superficie y linderos, hechos que demostrará por cualquiera de los medios de prueba reconocidos por la ley". (Tesis 16, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 57).

22.—*Acción reivindicatoria y acción de nulidad de títulos. No son contradictorias.*—"Las acciones para obtener la nulidad de los títulos de la demandada y la reivindicación de los bienes que amparan, no son contradictorias, porque no se oponen ni persiguen fines que se excluyan, sino por el contrario, ambas persiguen el mismo fin: que los bienes vuelvan a la posesión del reivindicante". (Tesis 17, de la citada compilación, cuarta parte, pág. 58).

23.—*Acción reivindicatoria. Prueba diabólica.*—Si bien es verdad que la prueba diabólica consiste en que el reivindicante pruebe su propiedad mediante los títulos traslativos de dominio desde el original, no deja de ser menos exacto que la actitud asumida por la responsable al estimar que el actor debió exhibir no sólo sus escrituras, sino también las de la persona a quien compró, equivale a la exigencia de la aludida prueba diabólica, porque por la misma razón por la que se está requiriendo al reivindicante, la justificación de la propiedad de su causante, habría para exigir igual demostración del anterior dueño y de los demás atrás hasta el infinito.

Amparo directo 5545/76.—Bernardo Aguirre López.—18 de enero de 1978. 5 votos.—Ponente: J. Alfonso Abitia Arzapalo.

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volúmenes 109-114. Cuarta Parte. Enero-junio 1978. Tercera Sala. Pág. 9.

ACCIÓN REIVINDICATORIA. PARA LA PROCEDENCIA DE LA MISMA, EL ACTOR DEBE PRECISAR EN SU DEMANDA LA SITUACIÓN, MEDIDAS Y COLINDANCIAS DEL INMUEBLE QUE RECLAMA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

De lo dispuesto por los artículos 498 y 518, fracción VIII, del anterior Código de Procedimientos Civiles para el Estado, correlativos del 174 y del 229, fracción XI, del código procesal en vigor, y la jurisprudencia 17 de la Cuarta Parte del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, página 43, intitulada: "ACCIÓN REIVINDICATORIA. SUS ELEMENTOS." se desprende que para la procedencia de la acción reivindi-

catoria el actor debe determinar con claridad y exactitud en su demanda, el inmueble que reclama, precisando su situación, medidas y colindancias, por lo que si no precisa todos éstos, es evidente que su acción no puede prosperar, aun cuando el demandado acepte poseer el inmueble con la nomenclatura del que reclama el actor, ello es insuficiente para concluir que entre ambos bienes existe completa identidad, por no haber precisado el actor las características indispensables para identificar con exactitud el inmueble que reclama.

### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 177/90. Agustín Enríquez Cortés y otra. 6 de junio de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretario: José Manuel Torres Pérez.

Amparo directo 246/2002. Jesús Cerón Cruz o José de Jesús Cerón o Jesús Cerón, su sucesión. 8 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: María de la Paz Flores Berruecos.

Amparo directo 435/2002. Óscar Sánchez Moreno. 11 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: María de la Paz Flores Berruecos.

Amparo directo 405/2002. Óscar Ortega Daniels. 27 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretario: José Luis Alberto Ramos Ponce.

Amparo directo 390/2003. Carlos García Ramiro. 11 de diciembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: María de la Paz Flores Berruecos.

No. Registro: 182,265

---

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIX, Febrero de 2004

Tesis: VI.3o.C. J/56

Página: 867

## ACCIÓN REIVINDICATORIA. IMPROCEDENCIA DE SU EJERCICIO ENTRE COPROPIETARIOS.

Un nuevo estudio de las figuras jurídicas de la copropiedad y la reivindicación llevan a esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a apartarse de los criterios contenidos en las resoluciones dictadas en los amparos directos números 4419/57 y 6304/60, y que dieron lugar a las tesis emitidas por la entonces Tercera Sala, de rubros: "ACCIÓN REIVINDICATORIA EJERCITADA POR UN COPROPIETARIO, PROCEDENCIA DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)." y "ACCIÓN REIVINDICATORIA EJERCITADA POR UN COPROPIETARIO, PROCEDENCIA DE LA.", las cuales reconocían al copropietario la posibilidad de ejercitar la acción reivindicatoria en contra del también partícipe de la cosa común. Las razones a las que obedece la separación de dichos criterios consisten en que si bien en aquellas resoluciones se señaló que en el caso de que la acción reivindicatoria se ejercitara entre copropietarios se satisfacían los requisitos básicos para su procedencia, lo cierto es que del análisis sobre el objeto y finalidad de este medio ordinario de protección a la propiedad se desprende que sus efectos no pueden actualizarse cuando éste es intentado entre copropietarios; en principio, porque no podría declararse judicialmente que el actor tiene dominio sobre el bien ya que el copropietario demandado también es partícipe del bien común y, porque además, no se podría condenar al condueño demandado a la entrega de la cosa, pues su derecho de goce se extiende a toda la cosa y no a una parte materialmente determinada. En efecto, la copropiedad es el derecho de propiedad que compete a varias personas sobre una misma cosa, que no pertenece a los copropietarios sino en una parte proporcional, ideal y abstracta, además de que supone un estado de indivisión, en el que cada copropietario ejerce su derecho de goce respecto de toda la cosa. Por su parte, la acción reivindicatoria es la acción real que tiene el propietario de un bien mueble o inmueble, cuyo objeto es que se declare judicialmente su derecho de dominio y que se le devuelva el bien con sus frutos y accesiones. Atento lo anterior, resulta necesario concluir que un copropietario que ha sido desposeído por otro copropietario del bien común, no puede pretender que se le reconozca el derecho de goce desconocido a través de la acción reivindicatoria, pues implicaría desconocer el derecho que también le asiste al copropietario demandado, así como desvirtuar la naturaleza de la copropiedad y de la acción reivindicatoria tal y como se conciben en nuestro sistema jurídico. Ello no deja indefenso al copropietario que no está en posesión del bien común ya que éste puede válidamente ejercitar los llamados interdictos de recuperar la posesión que se limitan a proteger la posesión interina que

de hecho ejerce una persona, o bien, solicitar la división de la cosa común y, una vez hecho lo anterior, ejercitar cualquier medio de defensa que la ley le otorga como propietario exclusivo, de entre los cuales se encuentra, evidentemente, la acción reivindicatoria pues en este caso la acción se dirige ya no en contra del partícipe del bien, sino en contra de un tercero que posee indebidamente la cosa y que en ningún caso se le puede considerar como copropietario.

Contradicción de tesis 35/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 5 de julio de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Mariana Mureddu Gilabert.

Tesis de jurisprudencia 11/2000. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de veintisiete de septiembre de dos mil, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Nota: Esta tesis interrumpe el criterio sustentado en las tesis de rubros: "ACCIÓN REIVINDICATORIA EJERCITADA POR UN COPROPIETARIO, PROCEDENCIA DE LA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN)." y "ACCIÓN REIVINDICATORIA EJERCITADA POR UN COPROPIETARIO, PROCEDENCIA DE LA.", publicadas en el Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Cuarta Parte, Volúmenes XVII y LXIX, páginas 21 y 9, respectivamente.

No. Registro: 190,899

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Primera Sala

---

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomos: XII, Noviembre de 2000

Tesis: 1a./J. 11/2000

Página: 62

ACCION REIVINDICATORIA. IDENTIDADES FORMAL Y MATERIAL DEL BIEN PERSEGUIDO, COMO ELEMENTOS DE LA.

Para el ejercicio de la acción reivindicatoria, corresponde al actor, entre otras, la carga probatoria de la identidad del inmueble; y, a su vez, dicha identidad se subdivide en dos clases, cuya comprobación resulta indispensable para la justificación de tal acción: la primera de ellas es la identidad formal, la cual importa al elemento propiedad, y consiste en que el bien perseguido corresponda, o esté comprendido, dentro del título fundatorio de la acción; la segunda, es la identidad material, que se traduce en identificar el bien que se pretende reivindicar, con el que posee el demandado.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 132/91. Guadalupe Muñoz Franco. 14 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

Amparo directo 5/91. Leopoldo Romo Olmos. 2 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

Amparo directo 820/95. Juan Aguilera Navarro. 6 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretaria: Ana Celia Cervantes Barba.

Amparo directo 898/95. Servando Gómez Flores. 16 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

Amparo directo 1078/95. María de la Paz Hernández García. 8 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

No. Registro: 202,827

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: III.2o.C. J/3

Página: 213

## LA COPROPIEDAD

1.-*Concepto general*.—Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho patrimonial pertenecen, pro indiviso, a dos o más personas. Los copropietarios no tienen dominio sobre partes determinadas de la cosa, sino un derecho de propiedad sobre todas y cada una de las partes de la cosa en cierta proporción, es decir, sobre parte alícuota.

"Art. 88.-Si la propiedad de una cosa corresponde a varias personas en común, se tratará de una comunidad por cuotas o de una comunidad en mano común. En la duda, se presume la comunidad por cuotas. (Art. 741)".

I. La comunidad de propiedad por cuotas se llama copropiedad (Art. 1008). Se le aplican las normas de la comunidad del Art. 741, ss., a menos que le alcancen los principios jurídicos especiales de los Arts. 1009-1011". (Enneccerus, ob. cit., pág. 548).

2. *Parte alícuota*.—La parte alícuota es una parte ideal determinada desde el punto de vista mental aritmético, en función de una idea de proporción. Podría decirse que es una parte que sólo se representa mentalmente, que se expresa por un quebrado y que permite establecer sobre cada molécula de la cosa una participación de todos y cada uno de los copropietarios, cuya participación variará según los derechos de éstos.

Por ejemplo, dos personas tienen copropiedad sobre una cosa por partes iguales. La parte alícuota representa la mitad; pero no desde el punto de vista material, pues esto haría cesar la copropiedad y daría lugar a que la cosa quedase dividida perteneciendo exclusivamente, en cada una de sus mitades, a los copropietarios.

La naturaleza de la parte alícuota es fundamental para entender los derechos de los copropietarios. Cada uno tiene un dominio absoluto sobre su cuota. La porción de cada comunero es un bien que está en el comercio, que puede enajenarse, cederse, arrendarse, ser objeto de contratación, etc.

Sobre esta parte alícuota cada propietario es dueño absoluto, sufriendo sólo las restricciones o modalidades de que toda forma de propiedad puede ser objeto.

Después estudiaremos una limitación para vender la parte alícuota, que exige al copropietario notificar a los otros para darles preferencia. Es lo que se llama el derecho del tanto. Fuera de esta limitación, el copropietario puede contratar, ejecutar actos de dominio o de administración sobre su parte alícuota.

Sobre la cosa físicamente considerada como una entidad, ya no hay derecho absoluto de disposición ni de administración; pues todos los copropietarios tienen un interés, una participación y, por lo tanto, tendrán que intervenir en los actos de dominio y de administración que se ejecuten.

3.—*Principios que rigen en materia de copropiedad.*—Los fundamentales son:

1º—Todo acto de dominio, es decir, de disposición tanto jurídica como material, sólo es válido si se lleva a cabo con el consentimiento unánime de todos los copropietarios. Ningún copropietario puede enajenar la cosa común sin el consentimiento de todos. Esta prohibición no sólo se refiere a la disposición jurídica, sino también a la disposición material.

2º—Los actos de administración de la cosa objeto de copropiedad se llevarán a cabo por la mayoría de personas y de intereses, y comprenden todos aquellos actos de conservación y uso de la cosa sin alterar su forma, substancia o destino.

Existe un acto de administración que no cae bajo esta regla, y consiste en el arrendamiento de las cosas. El contrato de arrendamiento no puede ejecutarse como acto de administración por la simple mayoría, la ley exige el consentimiento de todos los copropietarios, aunque no sea acto de dominio.

De acuerdo con estos dos principios, para usar la cosa o ejecutar actos de dominio se dispone que cada copropietario pueda servirse de ella siempre y cuando no impida a los demás que usen la misma conforme a su derecho. La ley determina que cuando no se ha fijado la participación de los copropietarios, se reputa que cada uno tiene iguales derechos, salvo prueba en contrario, es decir, es una presunción *juris tantum*.

Enneccerus, ob. cit., pág. 548.

4.—*Formas de la copropiedad.*—Las formas de la copropiedad pueden clasificarse desde los siguientes puntos de vista:

1o.—Voluntarias y forzosas. 2o.—Temporales y permanentes. 3o.—Reglamentadas y no reglamentadas. 4o.—Sobre bienes determinados y sobre un patrimonio o universalidad. 5o.—Por acto entre vivos y por causa de muerte. 6o.—Por virtud de un hecho jurídico y por virtud de un acto jurídico.

1º—Copropiedades voluntarias y forzosas.—Existe un principio fundamental en esta materia: nadie está obligado a permanecer en la indivisión, y en consecuencia no es válido el pacto por el cual los condueños se obligan permanentemente a permanecer en dicho estado. Se reconoce en cada condueño el derecho de pedir la división cuando le plazca, a no ser que exista un pacto estableciendo copropiedad temporal; en este caso debe respetarse el término señalado.

Hay bienes que por su naturaleza no pueden dividirse o no admiten cómoda división en virtud de que perderían valor al dividirse. En estos casos el modo de terminar el estado de copropiedad consiste en la venta que de común acuerdo pueda llevarse a cabo y a falta de acuerdo será necesaria la intervención judicial. Artículos 939 y 940.

Las copropiedades forzosas son aquellas en que, por la naturaleza de las cosas, existe una imposibilidad para llegar a la división o a la venta, de manera que la ley se ve obligada a reconocer este estado que impone la propia naturaleza.

Esto ocurre cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a distintas personas en plena propiedad. Se crea una copropiedad con respecto a las cosas comunes: entrada, patios, escaleras, cimientos, azoteas, servicios del inmueble (agua, drenaje, etc.). Cada propietario es dueño de un piso y no hay, por consiguiente, en cuanto a cada piso, copropiedad; pero necesariamente hay ciertas cosas comunes al edificio que tienen que ser objeto de una copropiedad forzosa. Este caso es raro, pero puede darse en una herencia cuando el testador deja a cada legatario la propiedad sobre un piso determinado en un edificio.

No hay manera de terminar esta indivisión respecto de las cosas comunes, porque no podrían venderse independientemente del edificio. Tampoco puede obligarse a los distintos dueños de los pisos a que vendan a una persona determinada, pues no hay ley que lo estatuya ni razón para consolidar el dominio en una sola persona, obligando a los demás a vender, de manera que por la naturaleza de las cosas la copropiedad se impone en forma forzosa y no hay manera de salir de ella, como no sea con el consentimiento unánime de todos los dueños de los pisos, para vender a un tercero o a alguno de ellos la totalidad.

Otro caso es el de la pared medianera. Esta crea una copropiedad forzosa porque no puede ser ni objeto de división material, ni hay procedimiento alguno para obligar a uno de los dueños a vender al otro.

2º—Copropiedades temporales y permanentes.—Toda copropiedad ordinariamente es temporal, como consecuencia de que es voluntaria. Excepcionalmente puede ser permanente, cuando sea forzosa.

3º—Copropiedades reglamentadas y no reglamentadas.—Las reglamentadas son aquellas formas especiales que han merecido una organización del legislador, tomando en cuenta ciertas características y conflictos que pueden presentarse, dada su naturaleza. Tenemos, por ejemplo, la copropiedad que nace de la herencia.

Otras copropiedades reglamentadas son las forzosas, como la medianería, la copropiedad sobre los bienes comunes cuando los distintos pisos de una casa pertenecen a diferentes personas.

4º—Copropiedades sobre bienes determinados y sobre un patrimonio o universalidad.—Generalmente la copropiedad recae sobre un bien o bienes determinados; pero existe un caso de copropiedad sobre un patrimonio integrado con su activo y pasivo; es el caso de la copropiedad hereditaria. Los herederos tienen una parte alícuota, con valor positivo y negativo, porque tienen una parte proporcional en el haber hereditario.



Esta copropiedad sobre un patrimonio tiene la característica especial de comprender bienes, derechos y obligaciones.

En cuanto a la copropiedad sobre un bien o bienes determinados, que recae sobre una cosa o un derecho, la parte alícuota se refiere siempre a un valor positivo y estimable en dinero para incluirse en el activo del copropietario. En cambio, la parte alícuota del heredero puede llegar a tener un valor nulo si el pasivo es igual o superior al activo.

5°—Coproiedades por acto entre vivos y por causa de muerte.— La copropiedad que se crea por acto entre vivos puede tener como fuente un contrato, un acto jurídico unilateral, un hecho jurídico o la misma prescripción. Ordinariamente la copropiedad se origina por contrato es decir, por un acto jurídico; pero también puede establecerse por un hecho jurídico en la accesión, cuando se mezclan o confunden diferentes cosas.

Puede también nacer de la prescripción, que tiene características de hecho y de acto jurídico. De hecho, en cuanto a la detentación de la cosa, al poder físico que se ejerce sobre un bien; y de acto jurídico en cuanto a la intención de poseer con ánimo de dominio.

También la copropiedad puede originarse por causa de muerte, que es el caso que ocurre en el intestado o sucesión legítima y en el de la copropiedad nacida por testamento.

6°—Atendiendo a la fuente, también indicábamos que la copropiedad puede reconocer como causa un hecho jurídico o un acto jurídico. Las que reconocen como causa un hecho jurídico son las que se originan por ocupación, accesión o prescripción. Las que nacen de un acto jurídico son las que se crean por contrato, por testamento, o por acto unilateral.

5.—*Coproiedades forzosas.*—Ya indicamos que las copropiedades forzosas son las que por la naturaleza misma de las cosas implican un condominio permanente, del cual no puede salir por no existir procedimiento ni posibilidad física o jurídica de terminar con la indivisión.

Citábamos como formas de copropiedad forzosa la medianería y el hecho de que diferentes pisos de una casa pertenezcan a distintos dueños, lo que originaría un condominio del conjunto de cosas comunes al edificio.

a) Medianería.—Hay medianería cuando una pared, zanja o seto dividen dos predios y no puede establecerse a quién pertenecen, de tal suerte que se presume que son comunes y pertenecen proindiviso a los dueños de ambos predios.

Tres hipótesis pueden presentarse: o hay constancia de quién fabricó la pared, de quién hizo la zanja o seto, en cuyo caso no existe la medianería; o bien, hay pruebas de que ambas partes construyeron la pared o hicieron la zanja o seto en el terreno limítrofe de los predios, en cuyo caso existe la medianería; o, finalmente, no hay prueba ni en uno ni en

otro sentido, de tal manera que es necesario presumir, ante la duda, un estado de copropiedad; pero esta presunción se rige por ciertos signos exteriores que pueden establecerse y que determinan la copropiedad, según veremos después, o una situación contraria, si los signos exteriores, aun en el caso de duda, permiten inferir que la pared, zanja o seto pertenecen sólo a uno de los propietarios.

En el Código Civil vigente la medianería constituye una forma de copropiedad. Bajo el anterior la medianería se estimaba como una forma de servidumbre. La clasificación correcta es la del código actual.

No puede existir servidumbre en el caso de la medianería, porque toda servidumbre supone dos predios, uno dominante y otro sirviente; además, el predio sirviente reporta ciertas cargas o gravámenes en favor del dominante, de manera que hay utilidad exclusiva para un predio, y gravamen para el otro. En la medianería, el muro, la zanja o el seto no constituyen dos predios. Podría decirse que los propietarios de los predios colindantes establecen la servidumbre con relación a la medianería; pero no encontramos el otro aspecto, o sea el provecho de un predio y el gravamen para el otro. Justamente la medianería se caracteriza por conferir derechos iguales a los propietarios de los predios colindantes, y no hay provecho exclusivo en favor de uno y gravámenes a cargo del otro, sino obligaciones correlativas y bajo un plano de estricta reciprocidad.

Los copropietarios tienen los mismos derechos, para aprovechar el muro divisorio, la zanja o la cerca, derechos que se refieren tanto al uso para apoyar sus construcciones, o para ejecutar toda clase de obras que no impliquen una alteración en la cosa objeto de copropiedad. Así como en la copropiedad ordinaria se prohíbe a los copropietarios ejecutar actos de dominio tanto desde el punto de vista jurídico por la enajenación, como material, por la alteración o transformación de la cosa, para la medianería también se prohíbe a los copropietarios ejecutar actos materiales que puedan o afectar la estabilidad del muro medianero, o bien alterarlo violando los derechos del otro copropietario.

Por tanto, no pueden abrirse huecos o ventanas en las paredes medianeras, ni ejecutarse obras que alteren o pongan en peligro la estabilidad de la pared divisoria.

En la medianería existe otra modalidad que da un derecho especial a los copropietarios para elevar el muro medianero a efecto de adquirir la propiedad privada sobre la parte que se haya elevado.

Cada copropietario puede elevar la pared medianera, pues no hay restricción en el ejercicio de este derecho. El primero que lo ejecute tendrá el derecho preferente; pero si el ejercicio de esta facultad se hace única y exclusivamente para perjudicar al otro copropietario, ya sea res-

tándeles luz o sol, por ejemplo, y no hay utilidad que justifique la elevación del muro medianero, se considerará este uso como ilícito y estará obligado entonces el copropietario a reponer las cosas a su estado primitivo.

El copropietario perjudicado con la elevación del muro tendrá dos acciones: tanto la acción general para impedir el uso abusivo de un derecho, que se confiere a todo perjudicado, como la acción especial que le otorga la posesión, para recurrir al interdicto de obra nueva y evitar el daño que pueda causársele simplemente en su carácter de poseedor y no como propietario.

Este derecho de elevar el muro medianero queda compensado respecto al otro copropietario con la facultad que tiene en cualquier momento de adquirir la copropiedad, indemnizando al que levantó la pared la parte correspondiente.

En el caso de copropiedad establecida mediante presunción, la ley toma en cuenta signos exteriores que hacen presumir la copropiedad, o bien que puedan destruir esa presunción. (Véase los Arts. 953 y 954).

La medianería constituye una copropiedad forzosa, en virtud de que no existe procedimiento alguno para dar fin a la misma, como en la copropiedad voluntaria. Sólo un caso fortuito o de fuerza mayor que destruyera la pared medianera podría dar término a ella. No podría hacerse la venta, porque el muro divisorio, independiente de los predios colindantes, no tiene valor ni podría ser adquirido por un tercero. Podría un copropietario vender su parte alícuota al otro, para que consolidara la propiedad sobre el muro; pero no es una venta forzosa; en cambio, en la copropiedad ordinaria cualquiera de los copropietarios puede pedir, si no es posible que se haga la división, que se haga la venta, y el juez la acordará si no hay otro medio de extinguir la copropiedad. Esta venta se impone a todos los copropietarios, y es posible porque la cosa en su totalidad puede pasar a tercero.

b) Copropiedad forzosa cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a distintas personas.—Es necesario distinguir esta situación, de la copropiedad que se tenga sobre un edificio. En el primer caso, o sea cuando hay copropiedad forzosa, cada uno de los pisos pertenece en pleno dominio a los distintos interesados. Respecto de ellos no hay copropiedad; pero existen ciertos bienes comunes indispensables para el uso de los mismos, que sí engendran una copropiedad forzosa.

En cambio, cuando todo el edificio en su totalidad es materia de copropiedad, cada uno de los copropietarios tiene una parte alícuota sobre todas y cada una de las cosas que integran la construcción.

En la copropiedad forzosa, aun cuando existe el dominio exclusivo

en favor de distintas personas sobre diferentes pisos, hay un conjunto de bienes que son comunes. Desde luego, el terreno sobre el cual se ha construido el edificio. Esto se aprecia fácilmente si el edificio es demolido, o si por caso fortuito o fuerza mayor ocurre la destrucción del mismo: los copropietarios de las cosas comunes tendrán desde luego derecho a una participación sobre el terreno.

En el caso de expropiación, se tendrá que indemnizar no sólo en proporción al valor de cada piso, sino en proporción al valor del terreno: habrá que hacer dos avalúos: uno del terreno y otro de la construcción.

También ocurre en el caso de incendio, cuando la finca se encuentra asegurada: el precio o importe del seguro, tendrá que repartirse en la misma forma que el de la expropiación, a no ser que la compañía aseguradora únicamente cubra el valor del edificio y entonces se establezca una copropiedad sobre el terreno.

Además del terreno, los cimientos, las paredes maestras, los tejados, los patios, las entradas, las escaleras y todos los servicios comunes del edificio (agua, drenaje, etc.), son de propiedad común y en cuanto a los cimientos, no podrán ejecutarse obras por ninguno de los propietarios de los pisos, que afecten la estabilidad del edificio. El propietario del piso bajo, por ejemplo, no podrá construir sótanos, ni el del último piso podrá construir un piso más, porque podría afectar la estabilidad de la construcción. No podrán arrendarse los patios, las entradas, por un copropietario. Este acto de administración debe consentirse por todos. Ninguno de los copropietarios podrá usar exclusivamente estos bienes comunes, por ejemplo, posesionándose de los patios o entradas.

El Código Civil reglamenta esta forma de copropiedad refiriéndose principalmente a las obligaciones que engendra para la conservación y mantenimiento de las cosas comunes.

En esta forma de copropiedad tampoco hay manera de terminar la indivisión de las cosas comunes, como no sea por un caso fortuito que implique la demolición del edificio, o por la expropiación del mismo. Puede llegarse, mediante el acuerdo de todos, a la venta del edificio; pero éste es un procedimiento voluntario que no puede exigirse. No podrán venderse las cosas comunes, porque no tienen valor independientemente consideradas, ni hay posibilidad física de desligarse del edificio; tampoco podría obligarse a los distintos copropietarios que vendieren en favor de uno de ellos para consolidar la propiedad, pues esto sería romper con el principio de equidad.

## CAPÍTULO III

## USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

1.—*Definición del usufructo*.—El usufructo es un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar y disfrutar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia.

Baudry-Lacantinerie, Précis de Droit Civil, t. I.

Colin et Capitant, Cours Élémentaire de Droit Civil Français, t. II, vol. II.

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Traduc. Cajica, Puebla, tomo relativo a los "Bienes".

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. III.

Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, t. I.

Diego, Curso Elemental de Derecho Civil, t. I.

Manresa, Comentarios al Código Civil Español, t. IV.

Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil, t. III.

Valverde, Derecho Civil Español, t. II.

Ortolan, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, t. I.

Lafaille, Derecho Civil, t. IV.

Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, t. II.

Enneccerus, Kipp y Wolf, Derecho de Cosas, Tratado de Derecho Civil, t. III.

"El usufructo es el derecho de usar de las cosas de otro, y de percibir sus frutos sin alterar la sustancia de ellas; porque es un derecho sobre un cuerpo, y si el cuerpo se destruye, queda necesariamente destruido el derecho.

El usufructo, que es la más importante de todas las servidumbres personales, se trata con mucha extensión en el Digesto. Los comentadores de Cayo, las reglas de Ulpiano y las sentencias de Paulo, nos presentan también pasajes relativos a él; por último, los fragmentos del Derecho Romano descubiertos por M. Mañ en la biblioteca del Vaticano contienen un título relativo a esta materia.

Son notables en la definición que da nuestro texto las palabras *utendi* y *fruendi*, que indican todos los derechos que comprende el usufructo (el uso y los frutos); las palabras *rebus alienis*, porque el usufructo no puede existir sino sobre las cosas de otro (*nemini res sua servit*); y en fin, las expresiones *salva rerum substantia*, que están tomadas en dos diferentes sentidos. En efecto, algunos jurisconsultos las consideran como relativas a la duración del usufructo, y las traducen de este modo: El derecho de usar y de disfrutar mientras dura la sustancia; otros, como relativas a los derechos del usufructuario, y las traducen así: El derecho de usar y de disfrutar... sin alterar la sustancia. Esta última interpreta-

ción me parece la preferible y que debo adoptar; las palabras de texto, en mi dictamen, son casi equivalentes a éstas: Jus utendi, fruendi, sed non abutendi.

El dominio, en oposición al usufructo que ha sido separado de él, se llama con frecuencia entre los romanos *nuda proprietas*, y en francés *nue propriété*. (Ortolan. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, t. I, págs. 390 y 391).

Héctor Lafaille, Derecho Civil, t. IV, Tratado de los Derechos Reales, vol. II, Ediar, Buenos Aires, 1944, pág. 402.

En el usufructo encontramos que las relaciones jurídicas que se originan son de dos órdenes: I.—Relaciones jurídicas entre el usufructuario, titular del derecho real, y un sujeto pasivo indeterminado —todo el mundo— que tiene una obligación de no hacer, de abstenerse de ejecutar actos que perturben o que impidan el ejercicio del derecho real de usufructo; y II.—Relaciones jurídicas entre el usufructuario y el dueño de la cosa o nudo propietario, como sujeto pasivo determinado. Ya veremos al hacer el estudio de los derechos y obligaciones del usufructuario y del nudo propietario, cuáles son estas relaciones jurídicas concretas: basta por el momento indicar que en el usufructo, como derecho real, la situación se complica por cuanto que ya existen dos sujetos pasivos, uno determinado y otro indeterminado.

Por virtud de este derecho real, temporal y vitalicio, se usa y disfruta de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia. Aquí ya se determina el contenido de este derecho real, como un elemento específico de la definición, para distinguirlo de los demás, fijando como contenido del mismo, el poder de usar y disfrutar de las cosas ajenas, sin alterar su forma ni substancia.

José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, t. II, Madrid, 1941, págs. 227 y 228.

Lafaille, ob. cit., t. IV, pág. 403.

Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, t. III, vol. I, págs.

El Código vigente en su artículo 980 precisa la naturaleza real y temporal del derecho, pero olvida una parte esencial al no decir que por virtud del usufructo no puede alterarse ni la forma ni la substancia de los bienes. Dice así: "El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos".

2.—*Cosas susceptibles de usufructo*.—El usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes, tanto muebles como inmuebles, corporales e incorporales. Por consiguiente, el usufructo se constituye no sólo sobre las cosas sino sobre los derechos también, o sea, bienes incorporales.

El usufructo recae sobre derechos tanto reales como personales.

Cuando el usufructo se constituye sobre cosas materiales, se ejerce por la apropiación que hace el usufructuario de los frutos o productos de la cosa. Cuando el usufructo recae sobre derechos, se ejerce por la apropiación que hace el usufructuario de los beneficios económicos que el mismo derecho traiga consigo.

Lafaille, ob. cit., t. IV, págs. 417 y 418.

Distinción de los usufructos según la extensión de su objeto.—Los usufructos pueden ser de dos clases: A título particular y a título universal. Se llama usufructo a título particular cuando se constituye sobre cosa determinada, mueble o inmueble, corporal o incorporeal. Se llama usufructo a título universal cuando se constituye sobre una universalidad de hecho o de derecho o sobre una parte alícuota de la misma. Esto ocurre generalmente cuando se confiere por testamento el usufructo a favor de todos los bienes de la sucesión. Entonces tenemos un usufructo constituido a título universal; comprende todo el patrimonio del autor de la sucesión. La nuda propiedad, o sea el dominio en cuanto a jus abutendi, se reserva a los demás herederos. También puede suceder que se aplique a parte alícuota, cuando a dos o más personas se les deja todo el usufructo de un patrimonio por virtud de la herencia. No es necesario que comprenda la totalidad del patrimonio, basta con que sea una parte alícuota.

3.—*Modos de crear o constituir el usufructo.*—Son cinco las formas constitutivas del usufructo: I.—Por contrato; II.—Por testamento; III.—Por acto unilateral; IV.—Por ley y V.—Por prescripción. Estas formas se desprenden del artículo 981.

a) Contrato.—La forma más habitual de constituir el usufructo es por contrato; en el contrato se presentan dos aspectos: por constitución directa o por retención. Por constitución directa cuando se enajena a una persona el usufructo; por retención cuando el dueño de la cosa simplemente dispone de ésta, es decir, transmite el dominio, pero se reserva el usufructo.

Ortolan, ob. cit., t. I, pág. 396.

b) Testamento.—Por el testamento puede constituirse el usufructo, bien sea por transmisión del mismo por legado o por reserva del usufructo universal a los herederos.

c) Por acto unilateral.—Por una declaración unilateral de voluntad también se puede constituir o transmitir el usufructo, ya que el artículo 981 se refiere en general a la "voluntad del hombre".

d) Prescripción.—El usufructo puede adquirirse en la misma forma en que se adquieren los bienes muebles o los inmuebles, por prescripción; pero es necesario tener una posesión a título de usufructuario, de buena fe, pacífica, continua y pública o bien, cuando falta el requisito de la buena fe, tener una posesión por mayor tiempo; en uno y en otro caso se adquiere el derecho real de usufructo.

Parece difícil suponer la hipótesis en la cual se adquiriera por prescripción el derecho real de usufructo, toda vez que si se está en posesión de la cosa misma, es lógico que se adquiriera la propiedad sobre el bien, y no simplemente el usufructo; sería absurdo que si el poseedor está en condiciones de adquirir la totalidad de la cosa se conformara con adquirir simplemente el usufructo. Sin embargo, la hipótesis se presenta cuando aquel que entra en posesión de la cosa no lo hace a título de dueño, sino simplemente a título de usufructuario, pero su título no es suficiente, o bien se le transmitió el usufructo por persona que no tenía capacidad por no ser propietaria de la cosa, en cuyo caso interesa al poseedor de aquel derecho real de usufructo convalidar su título.

Ortolan, ob. cit., t. I, pág. 397.

e) La ley.—La última forma de constitución del usufructo la tenemos en la ley. Esta forma se reconoce para aquellos que ejercen la patria potestad a efecto de que puedan tener la administración y la mitad del usufructo sobre los bienes del que está sometido a ella y que no adquirió por su trabajo.

4.—*Formalidades de publicidad del usufructo.*—El usufructo sobre bienes raíces, como todo derecho real sobre inmuebles, debe inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que sea oponible a tercero. Si nace de testamento, los herederos son continuadores del testador y a ellos los afecta el usufructo aun cuando no esté inscrito, es decir, si el favorecido por el usufructo en el testamento no inscribe su derecho real, no surtirá efectos contra tercero, pero sí contra los herederos, que son los continuadores de la persona del autor de la sucesión. Cuando se constituye por contrato, surtirá efectos en contra del contratante, o sea del que tiene la nuda propiedad, pero no contra los demás, si no se inscribe este derecho.

El artículo 3005 del Código Civil vigente estatuye: Sólo se registrarán:

I.—Los testimonios de escrituras o actas notariales u otros documentos auténticos;

II.—Las resoluciones y providencias judiciales que consten de manera auténtica;



III.—Los documentos privados que en esta forma fueren válidos con arreglo a la ley, siempre que al calce de los mismos haya la constancia de que el notario, el registrador, el corredor público o el Juez competente, se cercioraron de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes. Dicha constancia deberá estar firmada por los mencionados funcionarios y llevar impreso el sello respectivo.

Art. 3007.—“Los documentos que conforme a este código sean registrables y no se registren, no producirán efectos en perjuicio de tercero”. De esta suerte, para que el usufructuario pueda hacer valer su acción real como acción persecutoria de la cosa en contra de un tercero, necesita tener inscrito su derecho real de usufructo, de otra manera el tercero detentador, opondrá la excepción que consagra el artículo 3005.

5.—*Modalidades de la constitución del usufructo.*—El usufructo puede constituirse pura y simplemente; es decir, sin sujetarlo a ninguna condición, carga o término.

Otra de las modalidades que puede revestir el usufructo se presenta cuando es constituido en favor de varias personas en forma sucesiva o simultánea. Cuando se constituye a favor de varias personas sucesivamente, quiere decir que a la muerte de cada uno de los usufructuarios en el orden establecido, entrará el otro en el goce del derecho.

Cuando el usufructo se constituye a favor de varias personas conjuntamente, quiere decir que todas entran a disfrutar en una parte alícuota del usufructo. La muerte de un usufructuario no acrece la porción de los demás si no se ha establecido expresamente. La parte alícuota del usufructuario muerto pasa a favor del dueño.

6.—*Límite de la duración del usufructo constituido en favor de personas morales.*—El usufructo a favor de una persona física dura el tiempo que ésta viva, es decir, es por naturaleza vitalicio, a no ser que se haya fijado en el título constitutivo, un término inferior.

Tratándose de personas morales se fija por nuestra ley un término máximo de duración de veinte años y si la persona jurídica se extingue antes de este término, el usufructo también se extinguirá.

7.—*Capacidad.*—Para que una persona moral pueda adquirir el derecho real de usufructo, necesita tener capacidad para adquirir o disfrutar bienes raíces, cuando este derecho recae sobre inmuebles. La Constitución en su artículo 27 fija diversas incapacidades tanto para la adquisición del dominio como para la adquisición de derechos reales sobre inmuebles; una incapacidad se decreta para todo género de sociedades extranjeras, que no pueden adquirir inmuebles dentro del territorio nacional; una segunda incapacidad absoluta se crea también para los extranjeros en la zona

prohibida. Esta incapacidad consiste en negarles aptitud para adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas. Esta prohibición es absoluta; en cambio, existe una prohibición relativa para los inmuebles comprendidos fuera de esta zona en el territorio nacional, que pueden ser adquiridos mediante permiso o autorización de la Secretaría de Relaciones, después de que el extranjero renuncie, por lo que toca a ese bien a su nacionalidad y a la protección de su gobierno.

Las sociedades mexicanas tienen también limitaciones, fijándose a las instituciones de crédito y a las de beneficencia el límite de que sólo adquieran en dominio o en usufructo los bienes estrictamente necesarios para su objeto. *Las sociedades por acciones no podrán adquirir fincas rústicas, y por consiguiente, tener el usufructo sobre las mismas, si van a dedicarlas a la agricultura.* Si la finca rústica se dedica a una explotación minera, petrolera o industrial, el Gobierno Federal podrá conceder o no el permiso, para la constitución del dominio o del usufructo en favor de una de estas sociedades por acciones.

IV. Las sociedades mercantiles por acciones podrán ser propietarias de terrenos rústicos pero únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto.

En ningún caso las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extensión que la respectiva equivalente a veinticinco veces los límites señalados en la fracción XV de este artículo. La ley reglamentaria regulará la estructura de capital y el número mínimo de socios de estas sociedades, a efecto de que las tierras propiedad de la sociedad no excedan en relación con cada socio los límites de la pequeña propiedad. En este caso, toda propiedad accionaria individual, correspondiente a terrenos rústicos, será acumulable para efectos de cómputo. Asimismo, la ley señalará las condiciones para la participación extranjera en dichas sociedades.

La propia ley establecerá los medios de registro y control necesarios para el cumplimiento de lo dispuesto por esta fracción.

8.—*Derechos del usufructuario.*—Estudiaremos sus acciones y derechos:

a) Acciones del usufructuario.—El usufructuario tiene tres clases de acciones: I.—Reales; II.—Personales, y III.—Posesorias.

Estas acciones del usufructuario se dan tomando en cuenta el título constitutivo y la persona contra la cual se ejerzan. El usufructuario tiene una acción personal cuando su usufructo deriva de testamento de acto jurídico unilateral o de contrato y ejercita la acción en contra del dueño, o de los herederos. En estos casos las relaciones nacen de un acto jurídico entre partes determinadas.

La acción real se confiere al usufructuario en contra de cualquier tercero detentador de la cosa. Existe no sólo en el usufructo por testamento o por contrato, sino también en el nacido por la ley y por la prescripción; tiene por objeto perseguir la cosa en manos de cualquiera persona que la detente a efecto de que se ponga en posesión al usufructuario.

Finalmente, las acciones posesorias comprenden los interdictos para bienes raíces que pueden usar el usufructuario, como cualquier poseedor: interdictos de retener, de recuperar, de obra nueva y de obra peligrosa.

Las acciones posesorias definitivas, es decir, en las que discute la calidad de la posesión, quedan comprendidas en las acciones reales, supuesto que por la acción confesoria el usufructuario exige la posesión definitiva de la cosa y logra que se la entregue el que la está detentando, inclusive el dueño que por virtud del contrato está obligado a entregar la cosa. En el Código de Procedimientos Civiles vigente se reconoce esta acción confesoria al hablar de las acciones confesorias en general, que se refieren a las servidumbres y al usufructo.

b) El usufructuario tiene un derecho de uso sobre la cosa.—El uso significa el aprovechamiento de la cosa sin alterar su forma ni substancia; no implica, por lo tanto, el acto de disposición material mediante el consumo, ni el acto de disposición jurídica mediante la venta. La misma definición del usufructo precisa que al gozarse de las cosas ajenas no se podrá alterar su forma ni substancia.

El uso se extiende a todas las cosas que se adquieran por accesión.

Ortolan, ob. cit., t. I, págs. 391 y 392.

c) El usufructuario tiene derecho a percibir los frutos naturales, civiles e industriales.—En esto radica principalmente la naturaleza específica del usufructo y lo distingue del derecho real de uso, en el cual el usuario no tiene el goce o sea la facultad de percibir los frutos; el usuario sólo puede percibir los frutos necesarios para él y para su familia, pero no puede comerciar con dichos frutos.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 232 y 233.

9.—*Facultades del usufructuario respecto a la cosa o a su derecho.*—El artículo 1002 dispone: “El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo; pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo”. Analizaremos las distintas facultades que confiere este artículo.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, pág. 253.

El primer caso a que se refiere el precepto: “el usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada”, implica el ejercicio normal del usufructo en forma directa por su titular.

*Arrendamiento.*—El segundo caso se refiere a la facultad que tiene el usufructuario para arrendar su derecho y la cosa usufructuada; tanto en lo relativo a muebles como a inmuebles, el usufructuario tiene este derecho; nuestro legislador no lo limita, como acontece en el derecho francés, para el arrendamiento de inmuebles, únicamente. Habla en general de las facultades de arrendar. Los arrendamientos que lleve a cabo el usufructuario terminarán al extinguirse el usufructo. El arrendatario deberá, por consiguiente, entregar la cosa al extinguirse el usufructo al nudo propietario. No podrá el arrendatario oponerle su derecho derivado del arrendamiento, sólo tendrá una acción por daños y perjuicios en contra del usufructuario si ocultó éste el término del usufructo o su carácter de usufructuario. (Artículo 2493).

Lafaille, ob. cit., t. IV, pág. 426.

Cuando se constituye el usufructo, el usufructuario sí debe respetar los arrendamientos existentes. Esto es evidente, supuesto que el usufructuario recibe la cosa en el mismo estado en que la tenía el dueño, y por consiguiente, debe respetar no sólo el arrendamiento concertado anteriormente, sino cualquier gravamen real, servidumbre, hipoteca, que anteriormente existiere sobre la cosa; más aún, si en los casos de venta el comprador debe respetar los arrendamientos anteriores, cuando se constituye un usufructo, por mayoría de razón deben respetarse esos arrendamientos.

*Enajenación.*—Además de esta facultad de arrendar, el usufructuario puede enajenar su mismo derecho de usufructo. Esta es una enajenación naturalmente condicionada a la existencia del derecho que se enajena. Si el usufructo por definición es temporal y generalmente vitalicio, cuando no se fija un plazo, lógicamente el enajenarse se adquiere un derecho también temporal, que se habrá de extinguir cuando termine la vida del usufructuario.

Lafaille, ob. cit., t. IV, págs. 427 y 428.

*Gravamen.*—Puede también el usufructuario gravar su derecho de usufructo: las formas jurídicas para gravar el derecho de usufructo consisten en la hipoteca, en la constitución de un nuevo usufructo, en la prenda, etc. La hipoteca del usufructo se refiere exclusivamente a los frutos. Es un gravamen que termina al extinguirse el usufructo.

Dentro de las facultades jurídicas que tiene el usufructuario, no se encuentra, como es natural, la de enajenar la cosa usufructuada. Simplemente la de gozarla directamente, es decir, por sí, o por medio de otro, substituyéndolo en el uso. Como el usufructo sólo da el jus utendi y el jus fruendi, lógicamente el usufructuario no tiene el derecho de enajenar; sin embargo, esta regla general tiene las excepciones que hemos visto para el cuasi-usufructo, o sea el que constituye sobre cosas consumibles.

Este cuasi-usufructo otorga al usufructuario la facultad de consumir y, por consiguiente, de enajenar. También cuando el usufructo se constituye sobre un fundo mercantil, el usufructuario tiene, para cumplir con el fin del usufructo, que es la explotación del fundo, la facultad de vender las mercancías.

10.—*Obligaciones del usufructuario.*—Las obligaciones del usufructuario deben dividirse en tres momentos importantes:

I.—Obligaciones anteriores a la entrega de la cosa materia del usufructo.

II.—Obligaciones durante el disfrute.

III.—Obligaciones a la extinción del usufructo.

Las obligaciones del primer grupo son dos fundamentales: a).—Formular un inventario, haciendo tasar los muebles y el estado de los inmuebles; y b).—Otorgar fianza para responder de que disfrutará de la cosa con moderación, dice el Código vigente, o como buen padre de familia, como decía el Código anterior, indemnizando por los daños o deterioros que sufra la cosa. Estas obligaciones son anteriores a la entrega; si no se cumplen, el nudo propietario no tendrá obligación de entregar la cosa mientras no se haga el inventario y se otorgue la fianza.

Las obligaciones durante el usufructo son consecuencia de la forma como debe el usufructuario usar de la cosa; como buen padre de familia o, como dice el Código vigente, con moderación.

De este principio se derivan las siguientes obligaciones durante el usufructo.

1o.—Conservar la cosa.—En la conservación existen obligaciones de reparar a cargo del usufructuario si es el usufructo gratuito, o a cargo del propietario si es a título oneroso.

2o.—Obligación de destinar la cosa al uso convenido, o a falta de convenio, a aquel que por su naturaleza sea propio destinarla.

3o.—Dar noticia al propietario de toda perturbación (sin perjuicio de que el usufructuario pueda como poseedor entablar los interdictos de retener o de recuperar), apercibido de responder de los daños y perjuicios si no da dicho aviso.

4o.—Responder de las cargas usufructuarias.

El tercer grupo comprende dos obligaciones principales: I.—Restituir la cosa; II.—Responder de los deterioros, daños o perjuicios que se le hayan causado por culpa del usufructuario.

11.—*Obligaciones del nudo propietario.*—Precisaremos la situación jurídica que guarda el nudo propietario y las obligaciones que por virtud del usufructo se le imponen.

El jus abutendi, que corresponde al propietario, no se afecta por virtud del usufructo. Por consiguiente, el dueño puede ejecutar los actos de dominio, tales como vender, hipotecar, constituir servidumbres; pero todos estos actos de dominio no pueden perjudicar los derechos del usufructuario; si se ejecuta una venta, el comprador no entrará en posesión

de la cosa sino al extinguirse el usufructo y bajo esa condición debe adquirirla.

En cuanto al *jus abutendi* y con la explicación anterior, no existe limitación por parte del dueño de la cosa, pero en cuanto al *jus utendi* y al *jus fruendi*, que por virtud del usufructo se transmiten al usufructuario, encontramos una serie de restricciones al dominio y de obligaciones impuestas al propietario, que tienen por origen un gravamen real impuesto sobre la cosa y que, por consiguiente, pesan sobre la propiedad, sobre la cosa misma, a pesar de que haya una transmisión del dominio. Esto demuestra que no son obligaciones personales del dueño en su carácter de contratante (cuando el usufructo se constituye por contrato), sino que son obligaciones reales que gravan la cosa a pesar de que cambie la persona misma del propietario. Supongamos, cuando se vende la cosa dada en usufructo, es el nuevo propietario, el que responde de todas esas cargas reales que vamos a estudiar. En esto difiere la situación que guarda el nudo propietario como responsable de obligaciones reales, de la que guardaría un arrendador, un comodante por virtud de las obligaciones personales nacidas del contrato de arrendamiento o de comodato.

Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes, págs. 450 y 451.

Las obligaciones reales que gravan la propiedad y que, por consiguiente, se imponen a todo dueño, cualquiera que sea, son las siguientes:

1o.—Entregar la cosa con todas sus accesiones y en estado de servir para el uso convenido o, a falta de convenio, para su destino o naturaleza. Esta obligación existe, siempre y cuando el usufructuario haga el inventario y otorgue fianza.

2o.—Conservar la cosa en estado de servir para el uso convenido, obligación que hemos visto que sólo se impone al propietario cuando el usufructo es a título oneroso; si es a título gratuito, la obligación de conservar, reparando la cosa, corresponde al usufructuario.

3o.—No intervenir ni en alguna forma embarazar o perjudicar el uso o disfrute de la cosa; obligación de no hacer que corresponde al propietario y que simplemente consiste en abstenerse de ejecutar actos que en alguna forma puedan impedir el ejercicio normal del derecho de usufructo. Esta obligación de no intervenir, de no hacer, tiene como excepción la de ejecutar las reparaciones necesarias en el usufructo a título oneroso y el gratuito, si voluntariamente el dueño quiere ejecutarlas. Cuando interviene el dueño para reparar la cosa, el usufructuario no puede protestar por la perturbación que naturalmente tenga que sufrir, ni tiene derecho tampoco a exigir una indemnización por el tiempo que no use la cosa o que permanezca improductiva.

4o.—Además, el propietario tiene como cuarta obligación la de garantizar el uso y goce pacífico de la cosa, al usufructuario. Esto es una consecuencia de toda enajenación onerosa; no sólo en el usufructo, sino siempre que se enajena una cosa o un derecho, el enajenante tiene la obligación de garantizar el uso y goce pacífico. El vendedor debe garantizar su posesión pacífica al comprador. En el usufructo oneroso, como existe una enajenación, está obligado el dueño a garantizar a éste el uso y goce pacífico de la cosa y, por consiguiente, responde de los actos jurídicos de tercero y de sus actos jurídicos propios que impliquen perturbación en el uso y goce de la cosa.

5o.—Finalmente, el propietario está obligado en el usufructo a título oneroso a responder de los daños y perjuicios que se causen al usufructuario por vicios o defectos ocultos de la cosa usufrutuada. También ésta es una obligación propia del enajenante, en toda enajenación a título oneroso, el enajenante responde de los vicios ocultos de la cosa; como en el usufructo existe la enajenación del derecho de goce, debe el propietario responder de esos vicios o defectos ocultos.

Este conjunto de obligaciones del propietario tienen marcada semejanza con las obligaciones que tiene el arrendador con respecto al arrendatario, pero se distinguen en que en el arrendamiento el arrendador tiene obligaciones de carácter personal, creadas por virtud de un contrato a favor del arrendatario; en cambio, en el usufructo son cargas que, como hemos visto, afectan o gravan la cosa misma, de naturaleza real, independientes de la persona del propietario, que existen a pesar de todo cambio de propiedad.

12.—*Formas de extinción del usufructo.*—El usufructo se extingue de las siguientes maneras:

- a) Por muerte del usufructuario;
- b) Por el vencimiento del plazo que se establezca;
- c) Por el cumplimiento de la condición resolutoria que lo afecte;
- d) Por consolidación, reuniéndose en una persona las calidades de usufructuario y propietario;
- e) Por renuncia del usufructuario;
- f) Por pérdida de la cosa;
- g) Por prescripción;
- h) Por revocación del derecho del propietario constituyente cuando siendo su dominio revocable llega el tiempo de la revocación;
- i) Por no otorgarse la fianza en el usufructo a título gratuito.

Analizaremos separadamente cada una de las formas mencionadas.

- a) Por muerte del usufructuario.—Hemos dicho que por naturaleza,

el usufructo es vitalicio; se extingue por la muerte del usufructuario; en consecuencia, no es transmisible por herencia a sus herederos.

Cuando el usufructo se constituye a favor de personas morales, el legislador ha fijado un plazo máximo de veinte años; el usufructo terminará si la entidad se extingue antes de ese término. Naturalmente que el usufructo puede constituirse por un plazo inferior, solamente se fija el límite máximo.

b) Vencimiento del plazo.—La segunda causa de extinción consiste en el vencimiento del plazo prefijado para la duración del usufructo. Puede señalarse un plazo para la duración del usufructo, pero este plazo se entiende siempre en el sentido de que si el usufructuario muere antes de que se cumpla, se extinguirá el usufructo.

c) Cumplimiento de la condición resolutoria.—Ya hemos dicho que por condición se entiende un acontecimiento futuro de realización incierta; que las condiciones pueden ser de dos clases: suspensivas o resolutorias; que la condición suspensiva impide el nacimiento del derecho hasta que se realiza y que la resolutoria lo extingue.

d) Consolidación.—Una cuarta forma de extinción del usufructo consiste en la consolidación por la reunión en una sola persona de las calidades de usufructuario y de propietario. Esta forma se presenta cuando el usufructuario adquiere la nuda propiedad; naturalmente que debe extinguirse el usufructo, ya que se convierte en propietario y no puede operarse el desmembramiento que supone el usufructo y que requiere necesariamente dos personas, una con el *jus abutendi* y la otra con el *jus fruendi*.

e) Prescripción debida al no uso del derecho real de usufructo.—En el caso del usufructo, si el titular no usa, no disfruta de la cosa la abandona, está renunciando tácitamente a su derecho. La prescripción se funda en este caso en el abandono, en que no se ejerza durante cierto tiempo el derecho de usufructo. Además, ese abandono debe ser continuo, si no se interrumpe la prescripción. El usufructuario al cabo de diez años de no haber usado su derecho en forma continua y total, lo perderá. El plazo de diez años se fija en virtud de que para los casos no especificados, el término máximo de prescripción negativa, en nuestro Código vigente, es de diez años, en el anterior era de veinte, y este es un caso no especificado.

Planiol, *ob. cit.*, Los Bienes, págs. 463 y 464.

El artículo 1038 dispone: "El usufructo se extingue: V.—Por prescripción conforme a lo prevenido respecto de los derechos reales" y en el capítulo de posesión se dice: "Art. 829: Se pierde la posesión de los derechos cuando es imposible ejercitarlos o cuando no se ejercen por el



tiempo que baste para que queden prescritos". Por consiguiente, se pierde la posesión del derecho de usufructo y, además, se extingue el usufructo cuando no se ejerce por el término de diez años, como plazo de prescripción.

f) Renuncia.—La renuncia puede ser expresa o tácita. La renuncia expresa puede hacerse constar en un documento público o privado o bien puede manifestarse verbalmente ante testigos. La renuncia expresa puede ser unilateral, es decir, simple declaración del usufructuario de que renuncia al derecho, o bilateral, establecida en un contrato con el propietario. Cuando es bilateral puede ser onerosa o gratuita, es decir, se puede renunciar merced a una contraprestación en dinero, bienes o servicios o sin esa contraprestación. Cuando la renuncia es bilateral y de carácter oneroso, en realidad equivale a una cesión de derechos, o sea a una venta, y debe llenar las formalidades del contrato de compra-venta.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, pág. 249.

g) Pérdida de la cosa.—El perecimiento real o jurídico de la cosa, extingue el usufructo. Ya sea por destrucción material o porque quede fuera del comercio. Cuando la cosa es expropiada, el usufructo se substituye sobre un equivalente, por cuanto que como toda expropiación trae consigo una indemnización, por lo menos teóricamente, el usufructuario debe continuar ejerciendo su derecho sobre el valor equivalente, o sea la indemnización y el propietario puede substituir el bien expropiado por otro o pagar los réditos correspondientes al capital importe de la indemnización.

En nuestro derecho, el usufructuario no recibe el capital, valor de la indemnización, sino los réditos que produzca ese capital, que es manejado por el propietario, otorgando fianza para responder de él.

La pérdida de la cosa debe ser total para que se extinga el usufructo; por consiguiente, si es una pérdida parcial, se extingue sólo en parte, a no ser que se haya constituido sobre un edificio exclusivamente, en cuyo caso la pérdida no da derecho al usufructuario a gozar del terreno y de los materiales, por ejemplo en caso de demolición, en el caso de incendio, de destrucción por terremoto, etc. Pero si el usufructo se ha constituido sobre un inmueble del cual sólo forma parte el edificio, por ejemplo, sobre una finca rústica, la destrucción del edificio no extingue el usufructo y éste se continuará ejercitando sobre el terreno, tanto en el que estaba el edificio como en el excedente. En los casos de destrucción, si vuelve a reconstruirse la cosa, se concede la posibilidad de que renazca el usufructo, cosa que no se admite en el derecho francés. El usufructuario, según que él haya reparado, reconstruido, o lo haya hecho el

propietario, continuará gozando del edificio y sólo tendrá derecho a indemnización si él reconstruyó. Si reconstruyó el propietario, será a cargo de éste el valor de la reconstrucción. Esta forma de renacer el derecho de usufructo por reconstrucción de la cosa, se admite en el artículo 1044.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 248 y 249.

h) Resolución o revocación del dominio.—Una octava forma de extinción del usufructo se refiere a la resolución o revocación del dominio, cuando éste es revocable. Por ejemplo, se compró una cosa bajo condición resolutoria; el dueño la da en usufructo; como el dominio es revocable, si se cumple la condición, existe la obligación de devolver la cosa a su antiguo dueño y, por consiguiente, el usufructo se extinguirá.

i) Falta de fianza.—Finalmente, el usufructo se extingue en los casos en que no se otorga fianza si se trata de un usufructo a título gratuito y el constituyente no dispensó el otorgamiento de la misma.

13.—*Uso y habitación*.—Caracteres generales.—Estos derechos reales son también desmembraciones de la propiedad, de menor importancia que el usufructo. En realidad, el uso constituye un usufructo parcial o restringido dado que actualmente no se concreta al ejercicio exclusivo del jus utendi, sino que faculta al usuario para percibir algunos frutos.

El usufructo, el uso y la habitación se denominaban antiguamente servidumbres personales, por oposición a las servidumbres prediales o reales. En la actualidad se emplea la denominación específica para cada derecho: usufructo, uso o habitación. Para las servidumbres reales simplemente se emplea el término "servidumbres".

14.—*Uso*.—Podemos definir el uso indicando que es un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar de los bienes ajenos sin alterar su forma ni substancia, y de carácter intransmisible. Se distingue por consiguiente del usufructo:

I.—En el contenido, que es restringido sólo para el uso, y en algunos casos para percibir ciertos frutos; y

II.—En el carácter intransmisible, peculiar al uso y a la habitación, que no existe en el usufructo, porque, como hemos visto, el usufructo puede enajenarse, puede gravarse, puede transmitirse; en cambio, el usuario o el habituario no pueden transmitir su derecho. Son personalísimos en un doble aspecto, tanto porque se extinguen por la muerte, como acontece con el usufructo, como porque se confieren exclusivamente to-

mando en cuenta la calidad de la persona, por amistad, parentesco, etc., y no pueden transmitirse a ninguna otra.

Precisadas estas distinciones entre el usufructo y el uso, las demás características son iguales: se trata de un derecho real, temporal, por naturaleza vitalicio (si no se establece lo contrario limitándolo a un cierto tiempo); se ejerce sobre cosas ajenas; el usuario debe respetar siempre la forma y substancia de la cosa, con mayor razón que en el usufructo, dada la limitación para aprovecharse de la misma, consistente simplemente en el uso, es decir, en una forma permanente y constante de utilizar la cosa que no altere la substancia de la misma.

Ortolan, ob. cit., t. I, págs. 404 y 405.

15.—*Habitación*.—El derecho real de habitación en realidad es el derecho de uso sobre una finca urbana para habitar gratuitamente algunas piezas de una casa. No se distingue en rigor fuera de esta circunstancia especialísima, en cuanto al contenido, pues también se trata de un derecho real intransmisible, temporal, por naturaleza vitalicio, para usar algunas piezas de una casa, sin alterar su forma ni substancia. En cambio, el uso se extiende como el usufructo tanto a los bienes muebles como a los bienes inmuebles. Cuando ese uso se refiere sólo a las piezas de una casa habitación, toma el nombre de derecho real de habitación.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 257 y 258.

La habitación siempre es por esencia gratuita, nunca podrá constituirse en forma onerosa; en cambio, el uso puede ser como el usufructo, a título gratuito o a título oneroso.

Las reglas generales del usufructo se aplican al uso y a la habitación, exceptuando las especiales que hemos establecido por cuanto al carácter intransmisible de estos derechos. Por consiguiente, las obligaciones del usuario y del habituario son semejantes a las del usufructuario: deben formar inventario, tasando los bienes muebles y haciendo constar el estado de los inmuebles; otorgar fianza, con excepción de los casos en los cuales se les dispensa o cuando se releva al usufructuario de esta obligación.

Las obligaciones durante el disfrute, que existen a cargo del usufructuario, también existen, pero limitadas, a cargo del usuario o del habituario; es decir, la obligación fundamental de cuidar y conservar la cosa como buen padre de familia, les es aplicable, así como la de no alterar la forma ni substancia de la cosa y de responder de culpa leve y grave. En el uso que es gratuito y en el derecho de habitación que

siempre lo es, se responde de culpa levísima. El juez apreciará según el valor del uso o bien según el número de piezas que se ocupen en una finca habitación, para imponer proporcionalmente la obligación de reparar al propietario, al usuario y al habituario.

En cuanto a la obligación de responder de las cargas de la cosa, también se aplica el principio de equidad para distribuir las proporcionalmente, según sea el uso y los frutos percibidos o el número de piezas que ocupe el habituario.

Finalmente, la obligación de restituir al extinguirse el uso o el usufructo, la de rendir cuentas y la de responder de daños y perjuicios por pérdida o deterioro de la cosa, son iguales en el uso, en el derecho real de habitación y en el usufructo.

Las formas de extinción de estos derechos, uso y habitación, son también iguales a las formas de extinción del usufructo.

## CAPITULO IV

### SERVIDUMBRES

1.—*Definición.*—Las servidumbres constituyen desmembramientos de la propiedad de importancia por cuanto a su gran variedad y por la utilidad que presentan para el mejor aprovechamiento o beneficio de ciertos predios.

Mateos Alarcón. "Lecciones de Derecho Civil".

Manresa, "Comentarios al Código Civil Español", t. IV.

Sánchez Román. "Estudios de Derecho Civil", t. III.

Bonnetcase. Précis, t. I.

Aubry y Rau. "Curso de Derecho Civil Francés", t. III.

Valverde, Derecho Civil Español, t. II.

Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, t. II.

Lafaille, Derecho Civil, t. IV.

Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, t. III.

Tomando en cuenta la variedad de formas en las servidumbres, es imposible en una definición precisar exactamente el contenido de estos derechos reales, porque equivaldría tanto como a enumerar las distintas clases de servidumbres. Se precisará, por consiguiente, en la definición, únicamente el contenido general, y ya en las clasificaciones de las servidumbres se indicará el contenido específico de cada variedad.

Las servidumbres son gravámenes reales que se imponen en favor del dueño de un predio y a cargo de otro fondo propiedad de distinto dueño, para beneficio o mayor utilidad del primero.

De esta definición deducimos los siguientes elementos:

1o.—Las servidumbres son derechos reales, son gravámenes reales, también se les denomina "cargas"; nuestro Código emplea el término "gravamen real"; el Código francés dice "carga a favor de un predio". Lo esencial es que se trata de un derecho real, es decir, de un poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa para su aprovechamiento parcial, y que es oponible a todo mundo como sujeto universal pasivo y a un sujeto pasivo determinado, o sea el dueño del predio sirviente. Como toda desmembración, debe originar relaciones jurídicas concretas entre el que conserva el dominio y aquel que tiene el uso, el usufructo, o cierta forma de aprovechamiento, como acontece en las servidumbres:

"Hay un punto capital que la definición del Código omite: la naturaleza de la carga que constituye la servidumbre. Es posible dar una fórmula que precise la naturaleza de esta carga sin entrar en detalles sobre las servidumbres: consiste unas veces en conferir a un tercero el derecho de ejecutar actos de uso en la finca, y otras, en privar parcialmente al propietario del ejercicio de sus derechos. Comp. C. Civ. Alemán, art. 1018. Véase, Cas. Civ. 29 mar. 1933, D. H. 1933. 282, tratándose de una carga que no se consideró constituida para la utilidad de la finca vecina". (Planiol, ob. cit., Los Bienes, págs. 467 y 477).

2o.—El segundo elemento de la definición precisa que este gravamen real se constituye siempre entre predios, es decir, ya no se extiende, como ciertos derechos reales, a toda clase de bienes inmuebles o muebles, corporales e incorporeales.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, pág. 22.

Debe rechazarse enérgicamente la definición tradicional que da a entender que el derecho se da a favor de un predio y a cargo de otro.

La verdad jurídica sólo es única: el derecho se otorga al "propietario" (cualquiera que él sea) del predio dominante y se impone al dueño del predio sirviente (cualquiera que él sea).

Planiol, ob. cit., Los Bienes, págs. 508 y 509.

3o.—Los predios deben ser pertenecientes a distintos dueños; debe haber un predio llamado dominante y otro predio llamado sirviente, pertenecientes a distintos propietarios, porque no puede constituirse ser-

vidumbre sobre cosa de propiedad. Nadie puede tener gravámenes sobre cosa propia.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, v. I, págs. 39 y 40.

4o.—Finalmente, otro de los elementos de la definición consiste en que, por la servidumbre se beneficia un predio (en realidad su dueño), para que tenga mayor utilidad o aprovechamiento, limitando en alguna forma la utilidad del predio sirviente, que se traduce en una carga para su dueño.

El contenido general indicado, respecto a significar siempre beneficio, provecho o utilidad para un predio, y limitación o restricción en el dominio de otro, dará lugar a gran número de servidumbres, según sea la forma de beneficio o utilidad que se persiga. Será servidumbre de aguas, cuando el objeto sea desaguar un predio; servidumbre de luces, cuando el beneficio consista en dar luz a un predio. Por consiguiente, basta con enunciar este alcance general de las servidumbres para ir precisando después el diferente contenido de ellas.

2.—*Caracteres generales.*—Estudiaremos ciertas características generales de las servidumbres, que están implicadas en la naturaleza jurídica de ser cargas que afectan a un predio en beneficio de otro.

a) Como principio general debe mencionarse el de que "las servidumbres son inseparables de los predios a que activa o pasivamente pertenecen". Este carácter se deriva de la naturaleza real; a pesar de que exista cambio de propiedad en el predio sirviente, la servidumbre continúa, es inseparable de la cosa, no sigue a las personas sino que sigue a la cosa; se constituye en beneficio de cierto predio; por consiguiente, como los predios continúan a pesar de los cambios de propiedad, la servidumbre sigue porque es inseparable de los predios. Puede, a pesar de este carácter real, que hace inseparable la servidumbre, modificarse su carácter perpetuo por un convenio expreso. No es, por consiguiente, la perpetuidad característica de esencia, sino simplemente de naturaleza, puesto que la ley permite el pacto en el cual se limite a cierto tiempo. Además, la naturaleza misma impone en ciertos casos el carácter temporal de la servidumbre, por ejemplo, el derecho de paso para la extracción de materiales.

Planiol, ob. cit., Los Bienes, págs. 481 y 482.

b) De este carácter general de la servidumbre consistente en ser inseparable del predio a que activa o pasivamente pertenezca, se deduce

también su carácter de indivisible. Quiere decir que si el predio sirviente se dividiere por distintas enajenaciones parciales, la servidumbre no se divide; continúa sobre todo el predio sirviente, como si fuera una entidad antes de la enajenación; no puede restringirse ni tampoco ampliarse. Cada adquirente tiene que tolerarla en la parte que le corresponda. Si se divide el predio dominante "cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no variando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera". (Art. 1066).

Planiol, ob. cit., Los Bienes, págs. 535 y 536.

c) Distinción entre las servidumbres y las limitaciones al dominio.—Se distinguen de las limitaciones a la propiedad en que siempre en las servidumbres deben existir dos predios pertenecientes a distintos dueños; por consiguiente, la restricción del dominio se impone a cargo de un predio y a favor de otro por un interés particular o general; en cambio, en las limitaciones al dominio no siempre hay dos predios, pueden ser muebles o inmuebles que se limitan en cuanto a su uso por un interés privado o público para llenar una necesidad social y, por lo tanto, sin crear una carga a favor de un predio determinado. Son modalidades para beneficio general, es decir, para beneficiar a las personas, o a una colectividad, precisándose en consecuencia las siguientes distinciones:

I.—La servidumbre debe ser entre dos predios, en tanto que las limitaciones al dominio son con relación a una cosa mueble o respecto de predios, pero en forma de reciprocidad.

II.—En tanto que las servidumbres sólo existen como restricciones para los inmuebles, las limitaciones a la propiedad afectan tanto los bienes muebles, como los inmuebles.

III.—Las servidumbres pueden crearse en interés particular o en interés colectivo; en cambio, las limitaciones al dominio se imponen por un interés general o por razones de buena vecindad.

IV.—Las limitaciones a la propiedad se refieren siempre a un bien, o a restricciones recíprocas entre vecinos, para beneficio general; en cambio, las servidumbres no se conciben sino como cargas impuestas sobre un predio a favor de otro.

3.—*Clasificación de las servidumbres.*—Tomando distintos criterios de clasificación, las servidumbres se suelen dividir en los siguientes grupos:

I.—Positivas y negativas; II.—Rústicas y urbanas; III.—Continuas y discontinuas; IV.—Aparentes y no aparentes; V.—Legales y volunta-

rias, y VI.—Servidumbres sobre predios de dominio público y sobre predios de particulares.

Enneccerus, Kipp y Wolff, *ob. cit.*, t. III, págs. 17 y 18.

a) Servidumbres positivas y negativas.—Se llaman servidumbres positivas aquellas en las que para su ejercicio se requiere un acto del dueño del predio dominante; por ejemplo, la servidumbre de paso. Se llaman servidumbres negativas aquellas que se ejercen sin ningún acto del dueño del predio dominante y también sin ningún acto del dueño del predio sirviente; por ejemplo, la servidumbre de luces; la de no edificar, la servidumbre de no levantar una construcción a determinada altura.

Planiol, *ob. cit.*, Los Bienes, págs. 482 y 483.

b) Servidumbres urbanas y rústicas.—Son servidumbres urbanas aquellas que se imponen para provecho o comodidad de un edificio, de una construcción, independientemente de que estén en la ciudad o en el campo. Son servidumbres rústicas aquellas que se constituyen para provecho o comodidad de un objeto agrícola, independientemente de que esté en la ciudad o en el campo. Esta clasificación ya no se reproduce en el Código vigente; se encuentra en los códigos anteriores y el de 1884 la consagró en el artículo 944. No tiene ninguna importancia jurídica distinguir si es urbana o rústica, supuesto que no hay disposición especial para alguna de estas servidumbres.

c) Servidumbres continuas y discontinuas.—Son servidumbres continuas las que su uso es o puede ser incesante, sin necesidad de acto del hombre; son servidumbres discontinuas aquellas para cuyo uso se requiere la intervención humana. Como servidumbres continuas, tenemos, por ejemplo, la de luces, la de desagüe; en estas servidumbres su ejercicio no depende de ningún acto del hombre, puede decirse que por virtud de una situación natural de los predios se ejercen por sí solas, sin que sea necesaria la actividad humana. Lo mismo ocurre en la servidumbre de desagüe, o escurrimiento por el declive natural de los predios, que se ejercita sin necesidad de actos del hombre. En cambio, las servidumbres discontinuas requieren para su ejercicio la actividad humana, sólo cuando se ejecutan ciertos actos se están usando, por ejemplo, la servidumbre de paso.

Planiol, *ob. cit.*, Los Bienes, págs. 483 y 484.

d) Servidumbres aparentes y no aparentes.—Son servidumbres aparentes las que su ejercicio se manifiesta por un signo exterior como un



puente, una ventana, y servidumbres no aparentes las que no requieren la existencia de dichos signos, como la servidumbre de no edificar, de no elevar una pared a determinada altura.

Tomando en cuenta la clasificación anterior y ésta, se pueden distinguir cuatro grupos: servidumbres continuas aparentes y no aparentes y servidumbres discontinuas aparentes y no aparentes.

e) Servidumbres legales y voluntarias.—Servidumbres legales son aquellas impuestas por la ley como consecuencia natural de la situación de los predios y tomando en cuenta un interés particular o colectivo; por ejemplo, la servidumbre de desagüe por cuanto que el predio sirviente se encuentre en un plano inferior con relación al dominante y las aguas pluviales tengan necesariamente que escurrir hacia el predio inferior. En cambio, las servidumbres voluntarias son aquellas que se crean por contrato, por acto unilateral, por testamento o por prescripción.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, pág. 265.

Las servidumbres legales se subdividen a su vez en naturales y legales en estricto sentido. Son naturales las que impone la ley por la situación natural de los predios; son legales en estricto sentido las que impone el legislador para beneficio particular o colectivo, a pesar de que no las motive la situación de los predios.

Las restricciones impuestas por los artículos 839 a 853 del Código vigente no constituyen servidumbres, sino simples relaciones de colindancia, con derechos y obligaciones recíprocos, de tal suerte que no existe un predio dominante y un predio sirviente, sino dos heredades colocadas en igual situación jurídica.

Planiol, ob. cit., Los Bienes, págs. 492 y 493.

f) Servidumbres sobre predios del Estado y sobre predios de los particulares.—En aquellas legislaciones que, como la nuestra, reconocen que el Estado ejerce un derecho de propiedad sobre los bienes de dominio público, que comprenden los de uso común, los destinados a un servicio público y los propios del Estado, existe la responsabilidad de imponer servidumbres sobre estos últimos o en su favor. Los bienes de uso común y los destinados a un servicio público, por su naturaleza, no pueden gravarse con servidumbres. Al efecto, dice el Art. 6º fracción XIII de la nueva Ley General de Bienes Nacionales (D.O.F. 20 de mayo de 2004) “Están sujetos al régimen de dominio público de la Federación: XIII.- Las servidumbres, cuando el predio dominante sea alguno de los anteriores;” por su parte el artículo 15 en su párrafo tercero prescribe: “Los derechos de tránsito, de vista, de luz, de derrames y otros semejantes sobre dichos bienes, se rigen exclusivamente

por las leyes, reglamentos y demás disposiciones administrativas de carácter federal." Sin embargo, tales predios están constante reportando cargas semejantes a las servidumbres. El camino público que divide diferentes predios de particulares, soporta una especie de servidumbre legal de paso, de acueducto, o de desagüe, así como las calles destinadas a un servicio público.

En las servidumbres que afectan los predios propiedad del Estado, es el predio sirviente el que pertenece a éste y es predio dominante objeto de propiedad particular. En cambio, en las servidumbres comunes ambos predios pertenecen a los particulares.

4.—*Formas de constitución de las servidumbres.*—Las servidumbres, como el usufructo, reconocen cinco fuentes que son: El contrato, el acto jurídico unilateral, el testamento, la prescripción y la ley. Se agrupan, por consiguiente, en servidumbres nacidas por actos del hombre e impuestas por el legislador.

a) Contrato.—Las servidumbres nacidas de contrato implican una enajenación de parte de la propiedad, al imponerse el dueño del predio sirviente una restricción al ejercicio absoluto de su dominio. Por consiguiente, es por medio de contratos translativos de dominio como se da lugar a las servidumbres voluntarias y sólo las personas capaces de enajenar bienes raíces pueden constituir servidumbres. Los incapaces, menores o enajenados, y los menores emancipados no pueden constituir servidumbres por contrato, porque implican actos de enajenación para cuya validez se requiere el consentimiento de la persona que ejerza la patria potestad, del tutor, o del juez en su caso. Por contrato pueden estipularse diferentes gravámenes, regulando la forma de uso de una determinada servidumbre, incluso las servidumbres legales.

b) Acto jurídico unilateral.—También como en el usufructo, el artículo 1067 dispone que las servidumbres pueden constituirse por "voluntad del hombre", aludiendo así al acto unilateral, al contrato y al testamento, sin que haya razón jurídica para sólo comprender los dos últimos actos.

c) Testamento.—Las servidumbres nacidas de testamento implican también una limitación voluntaria que el autor de la sucesión impone a un predio de su propiedad en beneficio del dueño del predio dominante.

d) Prescripción.—Las servidumbres nacidas por la prescripción suponen, que se esté en posesión del derecho que se trata de adquirir; en este caso la posesión de la servidumbre se traduce en la ejecución de actos que revelen su ejercicio. Por ejemplo, se quiere adquirir por prescripción la servidumbre de paso: se habrán de ejecutar actos por el dueño del predio que será dominante consistentes en pasar como si ya estuviera

constituida la servidumbre, y ese ejercicio debe ser continuo, pacífico y público, en forma tal que se haga del conocimiento del dueño del predio que será sirviente.

La prescripción no es una forma de adquirir toda clase de servidumbres; todas las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse por prescripción; las servidumbres discontinuas y las no aparentes no pueden adquirirse por prescripción, la razón que parece tomar en cuenta la ley es la siguiente: La posesión necesaria para adquirir debe ser continua, pacífica, pública, fundada en justo título y de buena o de mala fe. Por consiguiente, sólo las servidumbres continuas pueden ser materia de una posesión continua; las servidumbres discontinuas, por su propia naturaleza, no podrán ser objeto de posesión continua, faltando este requisito nunca podrá adquirirse por prescripción; además, se necesita que la servidumbre sea aparente, no basta con que sea continua; una servidumbre continua no aparente, no puede adquirirse por prescripción.

Planiol, ob. cit., Los Bienes, pág. 517.

En realidad, esta explicación carece de fundamento, supuesto que puede existir una servidumbre discontinua que se esté disfrutando constantemente (por ejemplo, servidumbre de paso que continuamente se realice o de desagüe por la extracción continua del agua que se escurre al predio sirviente), y que, por lo tanto, debería ser susceptible de adquirirse por prescripción y porque la continuidad en la prescripción sólo significa: no interrupción legal.

e) Ley.—Ya hemos explicado que la ley debe ser puesta en movimiento por un hecho, acto o estado jurídicos para dar origen a las servidumbres.

f) Modalidades que pueden afectar la constitución de las servidumbres.—Las servidumbres como el usufructo, pueden sufrir modalidades en su constitución, es decir, pueden quedar sujetas a una condición o a un término. También la modalidad puede consistir en que el dominio que se tenga sobre los predios sea revocable y, por consiguiente, la servidumbre quedará también afectada a esa modalidad.

5.—*Principios generales de las servidumbres.*—Estudiaremos los principios generales de las servidumbres que se refieren a las relaciones jurídicas entre los dueños de los predios. Estos principios son generales porque se aplican tanto a las servidumbres voluntarias nacidas del contrato, del acto unilateral, del testamento o de la prescripción, como a las servidumbres legales; por consiguiente a las continuas y discontinuas,

aparentes y no aparentes, privadas o públicas, e impuestas en beneficio particular o en beneficio colectivo.

I.—Principios que norman la situación del dueño del predio dominante:

1.—El dueño del predio dominante está obligado a ejecutar todas las obras necesarias para la constitución y conservación de la servidumbre.

2.—El dueño del predio dominante está obligado a ejecutar todas las obras que hagan menos gravosa la servidumbre.

II.—Principios que norman la situación del dueño del predio sirviente:

1.—El dueño del predio sirviente está obligado simplemente a no hacer o a tolerar, es decir, a no impedir el uso de la servidumbre, a no hacerla difícil o gravosa para el dueño del predio dominante y a tolerar las obras, las construcciones, reparaciones, que conforme a la ley deba ejecutar. Sólo en caso excepcional, cuando la ley o el título expresamente lo determinen, el dueño del predio sirviente estará obligado a ejecutar determinado hecho u obra, pero como es una carga real, se librá de esta obligación abandonando su predio.

2.—El dueño del predio sirviente tiene el derecho de ejecutar todas las obras que sin perjudicar la servidumbre, la hagan menos gravosa.

3.—El dueño del predio sirviente debe abstenerse de ejecutar obras que impidan el ejercicio de la servidumbre o la hagan difícil; y

4.—El dueño del predio sirviente tiene la facultad de cambiar el lugar de la servidumbre (cambio de localización de la servidumbre), bajo dos condiciones: primera y fundamental, que no se cause perjuicio con ello al dueño del predio dominante; y, segunda, que del cambio resulte una ventaja al predio sirviente por cuanto que en el lugar en que está constituida se impongan cargas o gravámenes innecesarios.

Planiol, ob. cit., Los Bienes, pág. 533.

III.—Principios que se refieren a la interpretación en las servidumbres:

1.—Para las servidumbres voluntarias se admite la autonomía de la voluntad como principio general, es decir, se estará a lo estatuido; libremente puede el dueño del predio sirviente, al constituir una servidumbre por testamento, por acto unilateral o por contrato, fijar las modalidades y condiciones, las formas de uso y las restricciones. Únicamente se exceptúa el caso en el cual la estipulación sea contraria a una disposición de orden público o a un precepto prohibitivo que no admita pacto en contrario.

2.—A falta de estipulación en las servidumbres voluntarias, se aplicarán las normas anteriormente explicadas para regir la situación de las partes.

3.—Si no pudiere resolverse un caso ni con las estipulaciones del acto o contrato ni con las normas generales antes citadas, deberá resolverse siempre en la forma que menos perjuicios cause al predio sirviente. Es un principio de protección para éste, toda vez que implica un gravamen, es decir, una afectación a su dominio y debe procurarse que sea menos onerosa.

Planiol, ob. cit., Los Bienes, págs. 533 y 534.

4.—Toda servidumbre, al constituirse o al extinguirse, comprende la constitución o extinción de los derechos accesorios a la misma.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, pág. 28.

6.—*Servidumbres legales*.—Conforme al Código vigente las servidumbres legales son las siguientes: 1, de desagüe; 2, de acueducto; 3, de paso. Estas se subdividen a su vez, según veremos.

El Código anterior comprendía en la servidumbre de aguas tanto la de desagüe como la de acueducto; no mencionaba expresamente en capítulo aparte, con reglamentación distinta, esta última, pues la incluía dentro de la de aguas. Además, consideró que las relaciones motivadas por la pared medianera, originaban la servidumbre legal de medianería.

Cuando estudiamos la copropiedad, y en especial la medianería, hicimos notar que el Código vigente sostiene, con razón, que no se trata de una servidumbre, sino de un simple caso de copropiedad; que no hay servidumbre porque en la medianería no existe gravamen a cargo de un predio y provecho o beneficio en favor de otro, sino que hay cargas y provechos recíprocos, justamente porque se trata de una copropiedad que impone una situación jurídica semejante a ambos copropietarios.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 265 y 266.

a) Servidumbre legal de desagüe.—Está reglamentada por los artículos 1071 al 1077. Comprende diversas formas:

1.—La que se origina entre predios de distinto nivel;

2.—La que se crea a favor de un predio enclavado entre otros, para dar salida al agua del primero.

La primera, a su vez, admite dos formas: Servidumbre natural y servidumbre originada por actos del hombre.

1.—En la servidumbre natural la ley dispone que los dueños de los predios inferiores están obligados a recibir las aguas que por declive natural caen de los predios superiores.

2.—Servidumbre de desagüe originada por actos del hombre. Prohibida por el Código anterior y permitida por el vigente, se acepta cuando por las mejoras agrícolas o industriales se arroja el agua a un predio inferior. El Código anterior sólo admitía la servidumbre de desagüe natural, motivada por la situación de declive de los predios, pero no permitía que por ningún acto del hombre se pudiera originar una servidumbre arrojando agua sobre otro predio; en cambio, el Código vigente reconoce en sus artículos 1071 y 1072 esta forma de servidumbre.

La segunda forma en esta servidumbre es la que se crea en favor de un predio enclavado entre otros, que no tiene posibilidad de desaguar sino a través de uno de ellos; la servidumbre consistirá en imponer a alguno de los dueños de los predios circunvecinos el gravamen de permitir el paso del agua. Para elegir el predio, siempre se tomará en cuenta la menor distancia, la salida se hará por el lugar más corto, a no ser que resulte impracticable o muy oneroso para el predio dominante; en este caso, el juez, si no se ponen de acuerdo los interesados, hará la elección. También los interesados fijarán las dimensiones del canal del desagüe y a falta de acuerdo, las determinará el juez con informe de peritos, quienes calcularán la indemnización, si no existe convenio entre los propietarios que la determine.

En esta servidumbre legal de desagüe existe la obligación, cuando se debe a acto del hombre, por mejoras agrícolas o industriales, de hacer inofensivas las aguas insalubres que por usos domésticos o industriales pasen al predio sirviente. El dueño de este predio tiene el deber de reportar el paso de las aguas, y el derecho de exigir que se hagan inofensivas.

b) Servidumbre legal de acueducto.—Está reglamentada por los artículos 1078 al 1096. Tiene también diferentes formas:

1a.—El que pueda disponer de agua que tenga fuera de su predio, tiene el derecho de hacerla pasar mediante un acueducto a través de los predios intermedios;

2ª.—El que quiera desecar un pantano o dar salida a aguas acumuladas, tiene el derecho de hacer pasar un acueducto por los predios circunvecinos; y

3a.—El que pueda captar agua mediante una presa para la irrigación de su predio y no pueda construirla dentro de su finca, tiene el derecho de constituir una servidumbre llamada de "estribo de presa", en el predio sirviente; es decir, en el predio de tercera persona.

Para constituir esta servidumbre de acueducto en sus tres formas, es necesario cumplir con los siguientes requisitos:

1.—Acreditar que se puede disponer del agua que va a conducirse por el acueducto.

2.—Que es conveniente al dueño del predio dominante disponer de aquella agua.

3.—Que el paso elegido es el menos gravoso para los predios intermedios o circunvecinos.

4.—Indemnizar el terreno ocupado por el acueducto, según el valor fijado por los peritos y un diez por ciento más; y

5.—Indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen tanto por la división del predio al construir el acueducto, como por daños en su construcción, paso de materiales, de personas, de animales, de medios de transporte, etc.

En esta servidumbre legal de acueducto se aplican los principios generales que hemos estudiado en el sentido de que serán a costa del dueño del predio dominante todas las obras para la construcción, reparación y conservación del acueducto, incluyéndose la limpieza a efecto de permitir el paso del agua por el canal sin que se derrame en el predio sirviente. A su vez, el dueño de éste puede construir, cercando el acueducto, con tal que no impida la ejecución de las obras necesarias para su conservación y limpieza.

c) Servidumbre legal de paso.—Comprende distintas variedades:

Primera.—Es la que se origina cuando un predio se encuentra enclavado entre otros sin paso o acceso a una vía pública, sino a través de esos predios circunvecinos.

Segunda.—La de abrevadero. Esta servidumbre tiene por objeto permitir que los ganados de un predio que no tiene agua y acceso a una vía pública, pasen por uno o varios predios ajenos circunvecinos, para llegar a un abrevadero perteneciente al dueño del predio dominante o de uso común.

Tercera.—Servidumbre de paso para la recolección de los frutos, en los casos en que los árboles frutales estén próximos a los límites de las propiedades, de tal suerte que su propietario, para recolectar los frutos, no pueda hacerlo de su lado, sino que tenga que pasar al predio ajeno.

Cuarta.—La de instalación de andamios y paso de materiales, personas y vehículos para la construcción de un edificio, cuando por la situación de éste sólo pueda llevarse a cabo la reparación o construcción penetrando a un predio ajeno colindante. En este caso el dueño de éste, tiene la obligación de permitir, mediante una indemnización, el paso de materiales, de personas, de animales y vehículos necesarios.

Quinta.—Finalmente, el Código vigente ha creado una variedad si para la instalación de líneas telefónicas entre dos fincas o de cables de energía eléctrica es necesario atravesar predios y colocar postes. Se impone por disposición legal esta servidumbre a todos aquellos predios que sea necesario cruzar. Consiste en permitir que se invada una faja de terreno para la instalación de los postes, cables de energía eléctrica o hilos de teléfono, previa la indemnización correspondiente al terreno invadido y a los daños y perjuicios que se causen por las obras que se ejecuten y por la división del predio. Esta servidumbre se concede para establecer comunicaciones telefónicas particulares entre dos o más fincas, o para conducir energía eléctrica de un predio a otro (Art. 1108).

Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, págs. 270 a 273.

d) Reglas generales para las servidumbres legales de paso en sus distintas variedades.—En primer lugar, la servidumbre legal de paso sólo puede constituirse previa indemnización. No es como en la de desagüe, en la que, cuando existe el declive o desnivel natural, se impone por la ley sin indemnización. En toda servidumbre de paso la indemnización será proporcional al gravamen que se constituya; podrá convenirse por las partes o a falta de convenio la fijará el juez, previo dictamen pericial.

En esta servidumbre corresponde siempre al dueño del predio sirviente fijar el lugar para el paso; pero si ese lugar es calificado de impracticable o de oneroso, el juez permitirá nuevamente al dueño del predio sirviente que determine el lugar; si en esta segunda localización se califica nuevamente de impracticable o de muy oneroso, entonces lo determinará el juez, previo informe de peritos. A este efecto, él deberá elegir la distancia más corta, siempre y cuando no resulte impracticable por los accidentes del terreno, y en el caso en el cual existan lugares o pasos de igual distancia, el juez hará la elección. No podrá señalarse ni por el dueño del predio sirviente ni por el juez un nuevo paso cuando ya existiere uno anterior que se hubiere abandonado. En este caso la servidumbre forzosamente se localizará en ese sitio.

7.—*Servidumbres voluntarias*.—No existe a propósito de las servidumbres voluntarias una clasificación como en las legales, ya que pueden tener un contenido amplísimo. Pueden tener el mismo objeto que las legales, es decir, ser de desagüe, de acueducto, de paso, de abrevadero, de luces; pueden mezclarse estos diferentes objetos para originar una servidumbre mixta. Si tiene el dueño del predio sirviente capacidad



para ejecutar actos de dominio, puede constituir las servidumbres que quiera en ejercicio de su derecho de propiedad, siempre y cuando no cause perjuicio al interés general o a tercero, es decir, la limitación para constituir servidumbres es la misma que existe para ejercitar el derecho de propiedad, porque justamente implica una forma de ejercicio del mismo.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, págs. 22, 23, 24 y 25.

8.—*Formas de extinción de las servidumbres.*—Las formas de extinción de las servidumbres deben estudiarse, analizando primero, la extinción de las servidumbres voluntarias; y, segundo la de las servidumbres legales.

a) Servidumbres voluntarias.—Las servidumbres voluntarias se extinguen por las siguientes causas:

1.—Cumplimiento del plazo señalado.

2.—Cumplimiento de la condición resolutoria estipulada.

3.—Resolución o revocación del dominio respecto del dueño del predio sirviente, cuando se haya constituido la servidumbre por el que, teniendo un dominio revocable, llega el tiempo de la revocación.

4.—Por la reunión de los predios sirvientes y dominante en una sola persona. Ya vimos que la servidumbre, para constituirse debe recaer sobre predios pertenecientes a diferentes personas, aplicando el principio de que nadie puede tener servidumbres sobre su mismo predio; por consiguiente, si existía una servidumbre voluntaria sobre dos predios y éstos pasan a propiedad de una sola persona, la servidumbre se extingue a pesar de que existan los signos exteriores para el ejercicio de la misma. Si los predios vuelven a pertenecer a distintas personas por venta o enajenación, no renace la servidumbre, siendo voluntaria, a no ser que se hubieren conservado los signos exteriores que la denoten: el acueducto, la ventana, etc., y al enajenarse nuevamente los predios a distintas personas, no se estipule expresamente que la servidumbre no continuará.

Planiol, ob. cit., Los Bienes, págs. 542 y 543.

El artículo 1116 del Código vigente reglamenta la servidumbre que en el derecho francés se denomina "servidumbre por destino del padre de familia", es decir, la que se constituye cuando el propietario de dos fincas ha establecido o conservado entre ambas un signo aparente de servidumbre y después las enajena a distintos dueños, a no ser que en el título de enajenación se exprese lo contrario.

"Establecimiento de las servidumbres por destino del padre de familia. Definición.—El destino del padre de familia es el acto por el cual una persona establece, entre dos heredades que le pertenecen (o entre dos partes de una misma heredad), un estado de hecho que constituiría una servidumbre si se tratase de predios que perteneciesen a dos propietarios distintos. En tanto que los dos inmuebles pertenecen al mismo propietario, no existe servidumbre, en virtud de la regla 'Nemini res sua servit'. Pero si llegan a separarse por pertenecer a propietarios distintos, la servidumbre nace sin título ni prescripción: la causa que la hizo nacer recibe un nombre particular: 'destino del padre de familia' (propietario). Por ello, el artículo 692 establece que el destino del padre de familia vale título, es decir, que es un modo de constitución diferente del título y que lo dispensa de él. La misma fórmula se encontraba ya en la primera redacción de la Costumbre de París, que data de 1510 (art. 91).

Elementos constitutivos.—Según el artículo 693, que define al destino del padre de familia, sus elementos constitutivos son dos: 1o. Se requiere que las dos fincas, actualmente separadas, hayan pertenecido con anterioridad al mismo propietario. 2o. Que se demuestre que este propietario es el autor del estado actual de los predios, que creó ese estado de hecho, del cual, con posterioridad surge la servidumbre que nunca antes había existido. 3o. que este estado de hecho sea permanente, constitutivo de servidumbre y no un simple acondicionamiento para la comodidad (Cas. req. 17 may. 1933. 363)". (Planiol, ob. cit., Los Bienes, págs. 529 y 530).

5.—Por el no uso, es decir, por una prescripción negativa.

Las servidumbres continuas y aparentes se extinguen por el no uso en tres años, que se contarán a partir del momento en que se destruya el signo visible o exterior que denota la servidumbre; es decir, no basta no usar la servidumbre, si el signo continúa; la ley presume que la sola existencia del acueducto, la ventana, el puente, el camino trazado, demuestran la intención en el dueño del predio dominante de conservar la servidumbre; pero en el momento en el cual se destruya el signo, si la servidumbre no vuelve a usarse, prescribe en tres años.

Las servidumbres discontinuas, aparentes o no, y las no aparentes prescriben por el no uso en cinco años, bajo estas dos condiciones:

1a.—Que el dueño del predio sirviente haya ejecutado actos contrarios a la servidumbre o bien se haya opuesto, haya prohibido su ejercicio.

2a.—Que, además, el dueño del predio dominante no haya usado la servidumbre. No basta el no uso, si no existe prohibición o actos contrarios; y si existen actos contrarios o prohibición, pero a pesar de ello el dueño del predio dominante sigue usando su servidumbre, tampoco se extingue este derecho.

6.—Por renuncia, bien sea a título gratuito u oneroso. Como la servidumbre implica un derecho real, puede renunciarse como cualquier otro derecho de esa naturaleza.

Tanto la renuncia gratuita como la onerosa, deben inscribirse en el Registro Público para que se extinga el gravamen con respecto a terceros. De lo contrario, sólo surtirá efectos el pacto de renuncia entre las partes.

b) Formas de extinción de las servidumbres legales.—Las servidumbres legales tienen reglas especiales de extinción por cuanto que como no han nacido de la voluntad de las partes sino de una necesidad impuesta por la situación de los predios o por un interés general, es lógico que su extinción no dependa exclusivamente de la voluntad; en cambio, en las servidumbres voluntarias, que han nacido exclusivamente por la voluntad de las partes, su extinción debe también depender de la misma. Por esta razón las servidumbres legales se extinguen temporalmente cuando los predios pasan a propiedad o poder de un solo dueño. La razón para ello es evidente: si la servidumbre se ha impuesto por una situación natural de los predios, por un desnivel en el caso del desagüe, por la necesidad de un paso o por la instalación de un acueducto, es claro que mientras los predios están reunidos no habrá servidumbre, aplicando el principio de que nadie puede establecer servidumbres sobre su propiedad; pero en el momento en el cual los predios se separen, la servidumbre renacerá, como también habrá de constituirse servidumbre cuando un predio se fraccione y las diferentes fracciones necesiten, por su situación natural de desnivel o por estar encajadas, el desagüe o el paso.

La prescripción también se aplica con modalidades especiales para la extinción de las servidumbres legales. En tanto que en las voluntarias el no uso y la oposición del dueño del predio sirviente basta para extinguirlas, en las legales, el no uso puede ser temporal, debido a la interrupción de un fenómeno, por ejemplo, una época de sequía que no amereite la servidumbre de desagüe; pero puede después renacer la necesidad de la servidumbre. En ese caso no basta el no uso para extinguirla, lo principal es que el predio dominante pueda satisfacer su necesidad de desagüe, paso, acueducto, luces, independientemente de que haya usado o no el gravamen en un cierto tiempo. Entonces se combinan los dos principios: para la extinción de una servidumbre legal es necesario que el no uso se deba a que el predio dominante ha constituido otra servidumbre en distinto predio que le permite satisfacer sus necesidades; mientras no se reúnan estos requisitos, el no uso no es suficiente. Además, es necesario que el no uso se prolongue por cinco años. Puede el predio dominante tener ya constituida una servidumbre en otro predio y no usar la primera en uno, dos, tres y cuatro, hasta menos de cinco años. A pesar de tener una nueva servidumbre, en cualquier momento en que vuelva a usar la primera, antes del plazo de cinco años, se interrumpe el término de prescripción, es decir, se inutiliza todo el plazo transcurrido y será

menester que vuelva a contarse un no uso ininterrumpido durante cinco años.

Finalmente, las servidumbres legales pueden extinguirse por convenio, es decir, por una renuncia gratuita u onerosa; pero la simple voluntad de las partes no es suficiente, o en otros términos, no en todo caso se puede extinguir una servidumbre legal por convenio. En primer lugar, si la servidumbre es de interés público, el convenio es nulo; a pesar del convenio renace la servidumbre en el momento en que quiera usarse, aplicando el principio de que los particulares no pueden afectar intereses de utilidad general. En segundo lugar, si la servidumbre legal no es de interés público, pero está constituida a favor de una población, de una ciudad, de una comunidad, la única persona que puede pactar la renuncia de la servidumbre es el Municipio, por conducto del Ayuntamiento, como representante de la comunidad, y sólo así la renuncia será válida. Puede pactarse por alguno o algunos particulares la renuncia, pero en este caso sólo a ellos perjudica y no a la comunidad.

Para la servidumbre de desagüe y de paso se requiere, además, cuando se renuncia por convenio, que no haya oposición de los dueños de los predios circunvecinos, que están interesados en que una servidumbre ya constituida no se extinga, porque entonces pueden sus predios verse amenazados con una nueva servidumbre.

Respecto a las causas de extinción por prescripción negativa, cuando la servidumbre se constituya a favor de diversas personas (bien sea porque el predio dominante sea objeto de copropiedad o porque existan diversos predios dominantes), se regulan formas de interrupción que aprovechan a todos los beneficiarios, bastando el acto de uno solo de ellos, de un copropietario o de uno de los dueños para interrumpir la prescripción que corre a cargo de todos los demás. Pueden todos los demás abandonar la servidumbre, pero basta con que uno solo no la abandone, para que se interrumpa la prescripción. También, cuando uno de los dueños de los predios dominantes es incapaz y no pueda correr la prescripción, esto suspende la prescripción para todos los demás, o cualquiera otra causa que por circunstancias especiales suspenda la prescripción respecto de uno de ellos; por ejemplo, entre consortes, si los predios pertenecen a marido y mujer, entre ausentes por un servicio de interés público o por un servicio militar; basta con que cualquiera de los copropietarios de un predio dominante tenga a su favor cualquiera de estas causas que suspenden la prescripción, para que no corra a cargo de todos los demás interesados en la servidumbre.

Manuel Mateos Alarcón, Estudios Sobre el Código Civil, México, 1891, t. II, págs. 315 y 316.

## CAPITULO V

## EL DERECHO DE VECINDAD Y LAS SERVIDUMBRES

1.—*Papel de la vecindad y de la colindancia en el ordenamiento jurídico.*—Comenzaremos por tratar un aspecto general, ¿cuál es el significado legal de la vecindad?, es decir, ¿qué crea la vecindad en el ordenamiento jurídico? ¿Se trata de un supuesto de derecho que va a originar consecuencias jurídicas? Podemos contestar a estas preguntas diciendo que la vecindad, la colindancia y la medianería, constituyen estados naturales que el derecho regula y que producen, por lo tanto, consecuencias jurídicas. Los Códigos Civiles en un conjunto de reglas generales imponen obligaciones de no hacer de carácter real, a los colindantes. Por ejemplo, en el Código de 1884 y bajo la clasificación impropia de servidumbres, se regularon las distancias que conforme a la ley se requiere para ciertas construcciones y plantaciones y las luces y vistas que conforme a la ley pueden tenerse en la propiedad del vecino. (Artículos 1015 a 1026). Estos preceptos en realidad y como correctamente lo hace ya el Código vigente, son limitaciones al dominio que crean obligaciones, principalmente de no hacer, pero de carácter real, es decir, son obligaciones que se imponen al propietario o al poseedor en su carácter de propietario o poseedor y en tanto que sea propietario o poseedor. No son de la persona en su individualidad propia, como en una relación jurídica de crédito en que el deudor en su calidad de tal, como deudor, como Pedro, responde. La obligación de no construir cerca de la pared del vecino, pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, de no plantar árboles sino a dos metros de distancia de la heredad contigua, se impone al propietario como propietario o al poseedor como poseedor, y deja de ser obligación del sujeto en cuanto que deja de ser propietario o poseedor. Asimismo, son obligaciones que siguen a la cosa, como metafóricamente se ha dicho para las obligaciones reales o propter rem, se extinguen por el abandono de la cosa y tienen una responsabilidad patrimonial que nunca podrá exceder del valor de la misma. Estas obligaciones generalmente se caracterizan como de no hacer. En nuestros Códigos Civiles tenemos como tales la obligación de no edificar, ni plantar cerca de las plazas fuertes, fortalezas y edificios públicos sino sujetándose a las condiciones exigidas en los reglamentos especiales; la obligación de no construir cerca de una pared o zanja medianera, pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, máquinas de vapor u otras fábricas destinadas a usos que puedan ser

peligrosos o nocivos, etc.; la obligación de no plantar árboles sino a determinada distancia, la de no tener voladizos o balcones sobre la propiedad vecina. El Código Civil vigente contiene también estas limitaciones a la propiedad, pero ya no considera, en nuestro concepto con razón, que se trate de servidumbres, pues no puede haber servidumbre si hay una reciprocidad de obligaciones para los propietarios de ambos predios colindantes. La servidumbre por definición implica un gravamen que se establece sobre un predio sirviente y en favor de un predio dominante, por lo tanto, siempre supone que para éste se reconocen ciertos provechos, o ventajas, pero en forma permanente; por ejemplo, en la servidumbre de desagüe, del predio superior escurren las aguas al predio inferior, por el desnivel mismo. Hay una permanencia en cuanto que un predio sea superior y el otro sea inferior. A su vez, el predio sirviente mantiene su calidad de tal en forma permanente; no hay posibilidad de inversión para que después recíprocamente el que fue sirviente se convierta en dominante y el dominante en sirviente. En cambio, las obligaciones impuestas por la vecindad o por la colindancia, son recíprocas, no puede hablarse del predio dominante o del predio sirviente, es siempre obligación idéntica para los propietarios de los predios; supongamos no plantar árboles sino a dos metros de distancia de la heredad, no abrir ventanas sobre la pared limítrofe, sino a determinada distancia y con determinados requisitos, no tener voladizos; esto es igual para todos los predios. A pesar de ello, hay la opinión de Planiol que contrariando a la de Aubry y Rau, sostiene que se trata de servidumbres.

"Aubry y Rau, analizaron con gran penetración la noción del derecho de servidumbre, pensaban que las restricciones establecidas por los artículos 671 a 681, a cargo de los propietarios, no constituían verdaderas servidumbres. Su razón principal consistía en que estas cargas eran universales para todas las propiedades privadas, su existencia constituía el Derecho Común, el régimen normal y regular de la propiedad obligados por ellas. 'Estas disposiciones dicen no tienen, en realidad, otro objeto que determinar los límites según los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad o de conciliar, por medio de una especie de transacción, los intereses opuestos de los propietarios vecinos' (5a. edit., T. II, 193. p. 302). Tal es también la opinión de Demolombe: 'La palabra servidumbre indica la idea de una excepción a la regla general, de una derogación al Derecho común' (T. XI, No. 8).

Esta opinión generalmente es aceptada y, sin embargo, es errónea. La naturaleza de un derecho no depende de su frecuencia o de su rareza. Las cargas establecidas por los artículos 671 a 681 tienen todos los caracteres de las servidumbres: consisten en impedir a un propietario hacer un acto de que hubiese tenido derecho de ejecutar sobre su propiedad, si la Ley no se lo prohibiese, y esta prohibición está establecida en interés de la finca vecina. Esto es lo característico de las servidumbres negativas (No. 2892). La reciprocidad de estas servidumbres es una circunstancia particular que, como la universalidad de su apli-

cación, no puede hacerlas cambiar de naturaleza; la reciprocidad existe también en las otras servidumbres (No. 2840)". (Planiol, ob. cit., Los Bienes págs. 492 y 493).

2.—*El problema fundamental.*—El dilema que la vecindad plantea a propósito de la propiedad inmueble, es el siguiente: o se permite el libre ejercicio del derecho de propiedad, a pesar de los daños que puedan resentir los vecinos y, por consiguiente, se opta por proteger el derecho que tradicionalmente se ha considerado absoluto (en el sentido de que es el menos limitado, no en el sentido de que no sufra limitaciones, porque incluso en el derecho romano las sufrió), o bien, se protege el derecho del vecino y entonces se limita la propiedad; pero el tratamiento jurídico tiene que ser administrado, con mucha cautela, porque nos puede llevar a las dos situaciones extremas: por proteger el derecho de propiedad, causar los mayores daños, las mayores molestias, las mayores incomodidades y una vida intolerable a los vecinos. Ihering plantea en una forma que se ha hecho clásica, cómo un propietario podría llegar al exceso; pero también la situación opuesta puede ser peligrosa, limitar en tal forma la propiedad para el respeto del derecho ajeno, para el respeto de los derechos de los vecinos y colindantes, que el propietario quedase maniatado, quedase imposibilitado prácticamente para poder disfrutar conforme a la razón y a la naturaleza de su propiedad, es decir, el dilema podría ser éste, violar el derecho del vecino o renunciar a valerse del derecho propio.

"Son conocidas las páginas que han llegado a ser clásicas, en las que Ihering hizo notar los estragos que todo propietario de inmueble estaría en posibilidad de realizar si se le permitiera usar de todo su derecho, hasta el absurdo: 'Establecería en su inmueble un rastro, que infestase el aire, un pozo que produjese substancias que envenenaran la tierra del vecino, una fábrica cuya explotación debilitaría el suelo y haría desplomarse las casas vecinas cuyo humo mataría la vegetación en su proximidad, o cuyo intenso calor impediría toda estancia en sus alrededores; cavaría cerca del límite, una zanja profunda que haría desplomarse el muro del vecino, etc. Al hacer todo esto, no transgrediría los límites de su propiedad".

No se podría poner más vigorosamente a la vista la imposibilidad social de un derecho de propiedad absoluto; la naturaleza invasora de tal prerrogativa necesita imperiosamente medidas de limitación. Estas saludables medidas han sido tomadas por el legislador y por la jurisprudencia; son importantes y numerosas; solamente que no presentan una significación jurídica uniforme; no todas derivan, como sería necesario, del concepto del abuso con el que algunos autores notables han pensado relacionarlas indistintamente y por esto es necesario, antes de seguir adelante en la materia, distinguir entre aquéllas que responden a este concepto, de las que permanecen extrañas a él; es éste trabajo de discriminación muy delicado, pero indispensable, si se quieren evitar confusiones y errores peligrosos, capaces de oscurecer irremediablemente un problema, por sí mismo ya tan complejo y sutil". (Josserand, *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*, traduc. de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica, pág 18).

3.—*Las teorías principales.*—Para dar una solución adecuada a este gran problema, ha habido diferentes sistemas. Seguiremos la obra de Pedro Bonfante: "Las Relaciones de Vecindad", para hacer una reseña rápida de las diferentes teorías que se han elaborado con el objeto de proporcionar un criterio adecuado en las relaciones jurídicas entre vecinos o colindantes. Bonfante considera que dos teorías fundamentales se han disputado en realidad la solución del problema, pero son teorías que no han coincidido en el tiempo.

Bonfante, *Las Relaciones de Vecindad*, traduc. de Alfonso García Valdecasas, Editorial Reus, Madrid, 1932, págs. 21 a 27.

Una arranca del derecho romano hasta la Edad Media y puede decirse hasta que aparece el maquinismo, la gran fábrica, la gran industria; es aquella que prohíbe los actos de emulación; los actos que implican el ejercicio estéril del derecho, especialmente del derecho de propiedad; el acto ejecutado con el ánimo de perjudicar por el ejercicio inútil del derecho de propiedad, o bien con el ánimo de herir, de crear conflicto con el vecino, el acto de discolería, el acto de mala fe, el acto del ejercicio inútil y con dolo del derecho de propiedad; la segunda teoría surge en una época en donde ya no basta prohibir los actos de emulación. La gran industria impone otras restricciones al dominio que no sean precisamente aquellas que supongan el ejercicio inútil del derecho de propiedad, porque si así fuese, en la fábrica, en el taller, no hay un ejercicio inútil del derecho de propiedad.

Bonfante, *ob. cit.*, págs. 29 y 30.

El fabricante, el industrial, el que se vale en general de mecanismos, no se propone ejercitar su actividad en forma inútil, pero sí puede causar graves daños y molestias al vecino; por eso explica Bonfante que la teoría que prohíbe los actos de emulación pudo ser bastante en el derecho romano, pudo ser suficiente en la Edad Media, en la economía doméstica o en la época del artesanado, en donde no había el peligro de recurrir principalmente a maquinarias y a cosas peligrosas que a pesar de su utilidad originasen daños o molestias intolerables respecto de los vecinos. Por esto la teoría de los actos de emulación tuvo su época. Sin embargo, es curioso hacer ver que persiste en la actualidad, todavía nuestros artículos 840 y 1912 del Código Civil vigente consagran la teoría de la emulación. "No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicio a un tercero, sin utilidad para el propietario". y el 1912 que



es aún más explícito, pero general para todos los derechos: "Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho". Nótese que en el dominio, nuestro artículo 840, simplemente prohíbe el ejercicio inútil del derecho de propiedad cuando no dé otro resultado que causar daños, pero ya no requiere el dolo, no exige como el 1912 que además de que haya un ejercicio inútil del derecho, exista exclusivamente el fin de causar daño. Y creemos que esta observación incidental es muy importante para las relaciones de vecindad, porque si siempre se exigiera además del ejercicio inútil del derecho de propiedad, el dolo, la intención de causar el daño, habría una escasa protección para los vecinos. Ahora bien, estos preceptos que todavía reconocen, la teoría de los actos de emulación en cuanto que no haya un abuso del derecho, un ejercicio inútil del mismo, no son las únicas pautas que tiene nuestro Código Civil vigente para regular las relaciones de vecindad; veremos después que hay además otros criterios, el que sanciona el acto culposo, el que deriva responsabilidad, y esto es lo más importante, del hecho lícito en sí, pero que crea un riesgo, una actividad peligrosa, de tal manera que los vecinos o colindantes puedan sufrir daños a pesar de que no haya ni culpa ni ejercicio inútil del derecho de propiedad, pero, por el uso de cosas o de substancias peligrosas, de mecanismos o de construcciones pesadas, se crea un riesgo especialmente a la propiedad del vecino. La segunda teoría que nace con el maquinismo, y a que se refiere Bonfante, tiene por objeto prohibir las inmisiones que se puedan causar con las cosas sobre la propiedad colindante, por un uso anormal o extraordinario, desusado, contrario a las costumbres y a los usos de la vida cotidiana. Esta teoría estima que están prohibidas todas las inmisiones directas, es decir, toda forma de intromisión, por arrojar o introducir algo sobre la propiedad del vecino, por ejemplo, arrojar agua, basura, humo, hollín polvo; pero también están prohibidas las inmisiones indirectas (que partiendo del predio propio pasan al ajeno). Puede haber una intromisión directa de substancias, o puede haber molestias, y la vida moderna las presenta sin necesidad de arrojar o de introducir algo sobre la propiedad del vecino, por ejemplo, el ruido intolerable ya en las ciudades, los anuncios luminosos que constantemente están afectando la tranquilidad, el sosiego o la actividad de las personas. Esta teoría parte de la base de que se prohíbe todo uso anormal o extraordinario de la propiedad, todo uso que no encaje dentro del servicio que podríamos llamar de la vida civil cotidiana. El vecino por ejemplo, tendrá que tolerar el humo que se desprenda de una cocina, porque

éstas sí es una inmisión ordinaria que la vida impone, pero no tendrá que tolerar un uso extraordinario que se haga, por ejemplo, por una fábrica que expida humo en una zona no industrial. Se advierte que esta teoría tiene un límite sumamente difícil de apreciar, no es posible establecer hasta dónde llega el uso normal y hasta dónde llega el uso extraordinario o anormal de la cosa para causar el daño, la molestia o la incomodidad.

Bonfante ob. cit., págs. 30 y 31.

Por esto Ihering pensó en relación con esta teoría, que más que la inmisión debe prohibirse el influjo para comprender no sólo la alteración que pueda sufrir el vecino desde el punto de vista físico por substancias, sino también las molestias o los daños que pueda padecer por actividades, es decir, no sólo se prohíbe la inmisión misma, sino cualquier actividad, por ejemplo, el ruido o las trepidaciones que lleguen a originar daños o molestias y claro, en una era como la nuestra, en la era atómica, ya no será posible apreciar la intromisión desde el punto de vista físico, por una inmisión corporal, visible o apreciable por los sentidos. Todavía el Código Civil alemán distingue entre las substancias ponderables y las imponderables, de tal manera que las visibles, las corporales, el humo, el hollín, el polvo en cantidad, se prohíben; pero aquellas substancias no visibles o los olores perjudiciales o molestos, no quedarían comprendidas en este caso; o en fin, todos los peligros, por ejemplo, el de la radioactividad, de ahí entonces que Ihering pensara no en la inmisión corporal, visible o física, sino en el influjo. Todo influjo que resulte nocivo perjudicial o incómodo según las costumbres, los usos locales, es decir, ese criterio de la generalidad que va estableciendo determinados usos.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, v. I, pág. 315.

4.—*La acción negatoria y la acción por daños y perjuicios.*—Hasta aquí tenemos, se puede decir, las dos teorías fundamentales que tratan de resolver este problema que crean las relaciones de vecindad, con esta doble mira: no sólo proteger al vecino o al colindante desde el punto de vista de poder exigir una reparación del daño, sino fundamentalmente de que tenga una acción para impedir la obra o la actividad perjudicial. Es decir, el ordenamiento jurídico debe establecer un criterio que fundamentalmente trate de impedir el daño. No simplemente amparar al perjudicado para que pueda exigir su reparación. Por esto existe un conjunto de reglas que se han hecho ya tradicionales

en cuanto que imponen esas obligaciones de no hacer a que nos referíamos, a fin de impedir obras o actividades, que puedan resultar perjudiciales o molestas para el vecino, y entonces se concede la acción negatoria como acción real para impedir la obra, la construcción o la actividad misma, como ocurre en la actualidad, por ejemplo, a través de los interdictos de obra nueva y de obra peligrosa, o de la acción real negatoria, supongamos para destruir la construcción que se hubiese ejecutado no respetando las distancias que exige el Código Civil; o bien, independientemente de distancias, para destruir la obra misma que prohíba absolutamente el Código, como tener un balcón o un voladizo sobre la propiedad del vecino, plantar árboles a menos de dos metros de la heredad contigua, tener depósitos de materias infectantes, abrir cloacas, construir fraguas, etc.

Josserand, ob. cit., págs. 18 y 19.

Esto sería el régimen jurídico protector de las relaciones de vecindad, mediante una acción real encaminada a impedir la lesión en el derecho del vecino, y no simplemente buscar la compensación mediante el pago en dinero o en especie del daño sufrido. Los Códigos Civiles consagran las acciones reales encaminadas a destruir o a impedir la ejecución de esas obras, bien a través de la acción negatoria, o de los interdictos de obra nueva y obra peligrosa, pero como no es bastante con estos criterios generales y con las escasas normas que contienen los Códigos Civiles, para proteger a los vecinos o colindantes, prohibiendo ciertas obras o actividades, se tiene que pensar en la posibilidad de que se causen daños y que no encajen dentro de los casos previstos en la ley. Es decir, que no se trate de actos ilegales por violar una norma expresa, digamos, tener un balcón o un voladizo sobre la propiedad del vecino, sino que se ejecuten actos que sin encajar en esas normas muy reducidas del Código Civil, puedan implicar abuso del derecho, culpa o creación de un riesgo. ¿Cómo entonces resolver estos conflictos que origina la vecindad? No bastaría el criterio de la teoría que prohíbe los actos de emulación, ni tampoco el del uso normal de las cosas o las ideas de Ihering respecto de prohibir y sancionar todos aquellos influjos directos o indirectos que originen daños o molestias intolerables fuera de los usos normales.

5.—*Los criterios generales del derecho civil.*—En la búsqueda de estos criterios, no podemos abandonar los sistemas generales que nos proporciona el derecho civil, para poder combinar o coordinar diferentes situaciones y, a su vez, diferentes soluciones jurídicas, de tal

manera que, no bastaría un solo criterio, ni debe haber tampoco exclusión de criterios, sino más bien concurrencia. Este es por ejemplo el sistema seguido por el Código Civil vigente que estudiaremos en sus lineamientos generales por la importancia que tiene, analizando la situación de nuestro derecho positivo.

6.—*Actos ilícitos, actos abusivos y actos peligrosos.*—Podemos distinguir, dentro de los límites mismos de nuestro Código Civil vigente, los siguientes actos: el acto ilícito, el acto abusivo, el acto que implica un riesgo, a su vez, el acto ilícito tiene dos formas, el acto estrictamente ilegal y el acto culposo o doloso, que no encaja dentro de la violación expresa de una norma. Es decir, en las relaciones jurídicas de vecindad se sancionan los actos ilícitos en sus dos formas, como actos ilegales o como actos culposos, además, los actos que impliquen abuso del derecho de propiedad y, finalmente, los actos que constituyan una actividad peligrosa, es decir, para las relaciones de vecindad, también la doctrina objetiva o del riesgo creado sirve para proteger al perjudicado.

Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, t. III, v. II. págs. 89 a 147.

7.—*Naturaleza real o personal de la acción en la que se reclame el pago de daños y perjuicios ocasionados por una construcción que afecte la estabilidad del predio contiguo.*—Hemos indicado ya que en nuestro concepto, si la acción se concreta exclusivamente a exigir el pago de daños y perjuicios, tiene el carácter de acción personal, bien sea que se funde en la teoría subjetiva de la culpa, porque el hecho causante del daño sea ilícito, o bien, que se apoye en la teoría objetiva de la responsabilidad o del riesgo creado, afirmando que aun cuando no haya hecho ilícito causante del daño, éste es consecuencia del uso o aprovechamiento de cosas peligrosas, o de actividades que crean un riesgo.

Si por el contrario, dados los daños originados por una construcción nueva, se reclama la suspensión, modificación o demolición de la obra, así como la restitución de las cosas al estado anterior, se tratará entonces de la acción posesoria de interdicto de obra nueva a que se refiere el artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles vigente, la cual ha sido considerada en nuestra tradición jurídica como una acción real. Expresamente la fracción VIII del artículo 3º del Código Procesal anterior les daba el carácter de reales a las acciones posesorias, comprendiéndose en ellas tanto la acción plenaria de po-

sesión o publiciana, como los interdictos que se definían prácticamente en el artículo 1131 del mismo Código como acciones posesorias provisionales. Es verdad que ya en el artículo 3º del Código Procesal vigente, al definir las acciones reales como aquellas en las que se reclama la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales, no se comprende expresamente a las acciones posesorias, pero quedan incluidas tanto dentro de la tesis que estima que la posesión es un derecho real provisional (Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, t. III, v. I, pág. 6), como por la enumeración que hace el propio Código, al distinguir sólo acciones reales (artículos 3 a 30, acciones del estado civil (artículo 24) y acciones personales (artículo 25). En consecuencia, no siendo las acciones interdictales ni de carácter personal (por no encajar en la definición del artículo 25), ni menos aún del estado civil, por exclusión quedan comprendidas como acciones reales.

La Suprema Corte de Justicia estudió y resolvió este problema con motivo de la competencia (Nº 210/52, suscitada entre los jueces Décimocuarto de lo Civil del Partido Judicial de México, D. F. y Segundo del Ramo Civil de San Luis Potosí, Estado del mismo nombre, con motivo del juicio sumario número 1627/52, promovido por Enriqueta Contreras viuda de Cornish y Alicia, Blanca, Jorge y Carlos Contreras Cornish contra Antonio Díaz Infante, demandándole el pago de daños y perjuicios sufridos en una construcción por la ejecución de una obra nueva.

La primera ponencia presentada, de la cual fue autor el que esto escribe, sostuvo que la mencionada acción de daños y perjuicios es de carácter personal. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no llegó a resolver el caso, debido a que después de una amplia discusión de la ponencia se produjo un empate a ocho votos. Posteriormente se presentó nueva ponencia por el señor Ministro Guzmán Neyra en la cual sostuvo que la repetida acción es de carácter real. En la sesión del 29 de junio de 1954 fue aprobada esta última por una mayoría de diez votos en contra de siete.

8.—*Punto de vista especial de Bonfante sobre las relaciones de vecindad.*—Para este autor no es suficiente tomar en cuenta sólo las inmisiones como formas posibles de causar un daño a las propiedades vecinas, sino que también desempeñan un papel importante los hechos o actividades de los colindantes. Es decir para emplear las pa-

labras del citado jurista: "La lesión del derecho ajeno no se hace sólo con el *immittere* sino también con el *facere*".

Bonfante, ob. cit., págs. 55 y 56.

Tomando en cuenta esta doble manera de causar daños en las relaciones de vecindad, Bonfante adopta un criterio intermedio entre la teoría que prohíbe los actos de emulación (comprendiendo exclusivamente las inmisiones perjudiciales) y la tesis de Ihering respecto de los influjos directos o indirectos que resulten nocivos, pues piensa que este último punto de vista puede llevarnos a soluciones muy peligrosas y fuera de la misma realidad. Por la misma razón desecha las distinciones que la jurisprudencia y la doctrina se han visto obligadas a establecer para limitar la tesis del influjo, tales como aquellas que distinguen alteraciones en la substancia o en el valor económico de las cosas. Especialmente este último criterio es erróneo debido a que dicho valor en ocasiones depende de condiciones externas (creación de nuevas avenidas, de jardines, mercados, vías de comunicación en general, etc.), respecto de las cuales no puede existir daño jurídico a pesar de su alteración o modificación.

Es importante hacer notar que para Bonfante debe distinguirse entre el daño jurídico y el daño económico. El primero existe cuando se produce una lesión substancial que disminuya en alguna forma los elementos que están dentro de los confines de un fundo, es decir, cuando se afecta la esfera interna del dominio. En cambio, hay daños puramente económicos "cuando la acción del vecino me quita o me disminuye ventajas que me vienen del exterior, que están fuera de mi esfera jurídica" (Bonfante, ob. cit., págs. 71 y 72).

Partiendo del criterio que antecede desecha el jurista italiano distintas formas de afectación de las condiciones externas de los predios, en virtud de que las mismas no pueden ser constitutivas de un verdadero daño jurídico. En cambio, enumera los casos de verdadera responsabilidad en los que no puede alegarse que se hizo uso de un derecho.

No deja de advertir Bonfante que su tesis tropieza con el prestigio enorme de la doctrina de Ihering, así como con el criterio de utilidad que algunos autores modernos toman en cuenta para derivar la responsabilidad a cargo de aquel que en alguna forma se beneficia por el uso normal de sus bienes, si por virtud del mismo se causan perjuicios al vecino.

Bonfante, ob. cit., págs. 43 y 44.

Es pertinente hacer notar que el artículo 16 del Código Civil vigente acepta este punto de vista al consagrar el siguiente principio de gran trascendencia en las relaciones de vecindad: "Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes, en forma que no perjudique a la colectividad, bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas".

Bonfante en su afán de buscar un criterio general para definir la responsabilidad entre vecinos, desecha el criterio de la utilidad, así como la teoría del riesgo. Piensa que debe mantenerse la tesis de la culpa por ser el punto de vista general del legislador, en tanto que la sanción de los actos peligrosos ejecutados sin culpa se presenta como excepcional y requiere precepto expreso.

Para poder fundar su tesis sobre una distinción precisa respecto a los límites del derecho propio y del derecho ajeno, requiere que exista no sólo daño económico sino también jurídico, a cuyo efecto distingue entre la lesión de la esfera interna en donde sí existe el daño jurídico y la lesión de la esfera externa, que sólo constituye un daño económico.

Desecha también Bonfante el conjunto de teorías que denominan secundarias, tales como la doctrina de la inmisión corporal porque no proporciona criterio alguno, así como la tesis de la responsabilidad por daños causados a las cosas ajenas cuando existe culpa.

Bonfante, *ob. cit.*, págs. 41 a 51.

Hechas las distinciones que anteceden, propone Bonfante que no sea un criterio físico sino de orden social el que sirva de base para el concepto de la *immissio*, pues no debe ser la visibilidad, el tamaño o el dato sensible el que sirva de base para tolerar o prohibir las inmisiones molestas o perjudiciales en razón de la penetración de materias ponderables o imponderables, sino aquello que desde un punto de vista social y conforme al criterio predominante de la comunidad se considere como una alteración dañosa o molesta al lesionar la esfera jurídica interna.

El jurista italiano admite por lo tanto las inmisiones incorpóreas, sin comprender las substracciones o privaciones de ciertos elementos (aire, luz o calor). También se incluyen dentro de las formas lesivas de la esfera interna del dominio, todas aquellas actividades que conforme a la opinión social resulten perjudiciales a la salud, a la tranquilidad o a la actividad misma de los vecinos (ruidos, trepidaciones, etc.).

El criterio psicológico de la sensibilidad social será el termómetro que servirá para graduar el *immittere* o el *facere ilícitos*.

Bonfante toma en cuenta también como un elemento esencial para sus tesis el criterio de la necesidad. Es decir parte de la base de que existen ciertas necesidades sociales de carácter general y absoluto que habrá que tomar en cuenta para considerar si existe o no responsabilidad en las inmisiones o actividades que se produzcan entre vecinos. Desde luego todo aquello que se impone como necesario o imprescindible en la vida social no puede implicar un daño jurídico. Tal es por ejemplo el empleo de los automóviles, ferrocarriles, tranvías, aviones y demás medios de locomoción. El uso de la maquinarias en fábricas y talleres resulta en nuestra época imprescindible; pero al efecto se reglamenta su empleo definiendo zonas industriales, de tal suerte que dentro de las zonas residenciales sí puede configurarse la lesión a la esfera interna del dominio y el daño jurídico.

Bonfante, ob. cit., págs. 57 a 66.

Reglamento de las fracciones I, V y VII del artículo 3º de la Ley de Planificación y Zonificación del Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 4 de febrero de 1941. (*Derogado*)

Existe también el reglamento contra el ruido de tal suerte que en determinadas condiciones se produce la lesión de la esfera interna y el baño jurídico. Tal fenómeno puede ocurrir no sólo entre vecinos o colindantes, sino también dentro de zonas determinadas que puedan sufrir molestias por ruidos inmoderados.

Reglamento contra el ruido para el Distrito y Territorios Federales, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 4 de marzo de 1952. (*Derogado*) y Reglamento para la Protección del Medio Ambiente contra la Contaminación Originada por la Emisión de Ruido, vigente desde su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 6 de diciembre de 1982.

"Llegados aquí sobreviene al aspecto fundamental del problema: ¿Es realmente posible encerrar la actividad del propietario dentro de la esfera de su fundo, de tal suerte que no deba penetrar en medida apreciable en los fundos contiguos, ni con inmisiones, ni con la propagación de sus operaciones o de sus movimientos? ¿No quedará imposibilitado el propietario para las operaciones más esenciales de la vida cotidiana y de la economía rural? No será esto ponerle en el dilema de o violar el derecho del vecino o renunciar a valerse del propio? ¿Debe prohibirse toda operación que repercuta sobre la cosa ajena, aunque sea una inmisión mínima, con una propagación de movimiento suave y moribunda?

¿Tendremos que recurrir a los instrumentos científicos modernos para registrar estos géneros de violaciones? Situación de cosas que pa-



rece empeorarlas, al menos en relación con la vieja doctrina de la *immissio*, y que desde luego resultaría intolerable. Quizá porque se pensó que de otro modo se llegaría a una situación intolerable es por lo que la ciencia jurídica se matuvo tanto tiempo en el terreno de la *immissio pura y simple*. Ya que no otra cosa, el principio *quatenus nihil in alienum immittat* permitía al propietario una cierta soltura de movimientos, no le ahogaba dentro de su fundo. Efectivamente, como la mayor parte de las operaciones esenciales que ejecuto sobre mi fundo se propagan generalmente al fundo vecino, el propietario se encuentra en la disyuntiva de no ejercitar su derecho o de violar el del vecino. Se encuentra como frente al irónico dilema en que puso a Shylock la sagaz abogada: tu derecho te permite cortar hasta una libra de carne del cuerpo de Antonio; pero no podrás derramar ni una sola gota de su sangre, pues sería delito.

Parece pues, que en esta parte, que refleja el otro aspecto del problema, tendrá que resurgir necesariamente el criterio del uso normal y de la tolerancia normal. Seguimos creyendo que aquel criterio ni es feliz, ni es lógico. Aparte de su carácter arbitrario, no sabemos siquiera cómo haya de fijarse esa medida normal de actividad y de influjo: si ha de hacerse en base a las formas más frecuentes de la actividad de los hombres en una sociedad determinada o en base a las exigencias normales de una determinada actividad o de una determinada industria. En realidad, esta fórmula, cómoda y elástica hasta el exceso, se presta a todos los equívocos.

En verdad el ponerse a buscar fórmulas significa un esfuerzo laborioso y estéril nacido del olvido de los datos con que el derecho razona y debe razonar; de los datos con que razonaban en esta materia los jurisconsultos romanos". (Bonfante, *ob. cit.*, págs. 64 y 65).

9.—*El caso de la construcción extralimitada.*—En las relaciones de vecindad puede darse el caso de la máxima invasión sobre el predio ajeno, cuando un colindante construye parte de su edificio sobre el predio contiguo. Esta hipótesis puede ocurrir si existe confusión respecto a los límites que separan las heredades.

En el derecho romano se aplicaba el principio: "*superficies solo cedit*". Es decir, la parte construida invadiendo la finca ajena pertenecía por accesión al propietario de ésta, ya que lo accesorio seguía la suerte de lo principal. Al efecto se reputaba como cosa principal el suelo y como accesorio el edificio. De esta suerte, lo edificado en terreno ajeno pertenecía al dueño de éste, previa la indemnización correspondiente, si el edificador procedió de buena fe. En caso contrario, perdía lo edificado sin tener derecho a exigir indemnización alguna al dueño del suelo.

También se concedía a este último la acción negatoria para exigir del constructor la demolición de la obra en la parte que había invadido su propiedad. "Pero semejante regulación no era satisfactoria, pues daba lugar a una desintegración artificial de la unidad del edificio, a un aniquilamiento o perjuicio del edificio total y, por tanto, a destruir valores económicos dignos de ser conservados". (Enneccerus, Kipp y Wolff, t. III, v. I, pág. 325).

En el Código Civil alemán los artículos 1912 a 1916, han regulado el deber del propietario cuya finca se ha invadido, de tolerar las construcciones ejecutadas en su propiedad, cuando se cumplen determinados supuestos.

En nuestro derecho no existe ninguna norma jurídica de la cual pudiera desprenderse la obligación de tolerar la construcción extralimitada. Por el contrario, siguiendo en esto al derecho romano, los artículos 895, 900 a 906, consagran las reglas siguientes:

a).—Todo lo que se edifique en terreno o finca de propiedad ajena, pertenece al dueño del terreno o finca, con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes (artículo 895).

b).—El dueño del terreno en que se edifique, tendrá derecho de hacer suya la obra, previa la indemnización prescrita por el artículo 897, es decir, pagando los materiales (y debe entenderse también la mano de obra), siempre y cuando el edificador haya procedido de buena fe. También tiene derecho de obligar a este último a que le compre el terreno, pagándole el precio del mismo (artículo 900).

c).—Si el edificador procedió de mala fe, perderá lo construido, sin derecho a indemnización, ni de retención de la cosa (artículo 901).

d).—El dueño del predio, podrá pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificador, cuando éste hubiere procedido de mala fe (artículo 902).

En este caso, para exigir la demolición de la obra, el dueño del terreno deberá deducir la acción negatoria en los términos del artículo 10 del Código de Procedimientos Civiles vigente, que dice así: "Procederá la acción negatoria para obtener la declaración de libertad o la de reducción de gravámenes de bien inmueble y la demolición de obras o señales que importen gravámenes, la tildación o anotación en el Registro de la Propiedad, y conjuntamente, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios. Cuando la sentencia sea condenatoria, el actor puede exigir del reo que caucione el respeto de la libertad del inmueble. Sólo se dará esta acción al poseedor a título de dueño o que tenga derecho real sobre la heredad".

e).—Si tanto el dueño del terreno como el edificador procedieren

de mala fe, se entenderá compensada esta circunstancia y se arreglarán los derechos de ambos, conforme a lo resuelto para el caso de buena fe, es decir, se aplicará lo dispuesto por el artículo 900, haciendo suya la obra el propietario del predio, previa indemnización, u obligando al constructor, a pagarle el precio del terreno invadido (artículo 903).

Se entiende que hay mala fe de parte del edificador, cuando hace la obra o permite que con material suyo la haga otro en terreno que sabe que es ajeno, no pidiendo previamente al dueño su consentimiento por escrito (artículo 904).

Habrà mala fe por parte del dueño, siempre que a su vista, ciencia y paciencia se hiciere el edificio (artículo 905).

Lafaille, Derecho Civil, t. V, Tratado de los Derechos Reales, v. III, págs. 508 y 509.

f).—Cuando los materiales pertenecieren a un tercero que no hubiere procedido de mala fe, el dueño del terreno será responsable subsidiariamente de su valor, siempre que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.—Que el que de mala fe empleó materiales ajenos, no tenga bienes con qué responder de su valor y 2.—Que lo edificado aproveche al dueño del predio (artículo 906).

Cuando el propietario del terreno exija la demolición de la obra, por haberse ejecutado de mala fe, no tendrá lugar la solución prevista por el artículo 906 que acaba de indicarse (artículo 907).

En el Código Civil alemán, cuando se dan los supuestos para que el dueño del terreno tenga que tolerar la construcción extralimitada, no se concede, como es natural, la acción negatoria para exigir la demolición de la obra; pero existe por vía de compensación el derecho a exigir un pago en dinero por la invasión de la finca que sea equivalente al importe de una renta.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, v. I, págs. 327 a 329.

Para el derecho español los traductores de la obra de Enneccerus, Kipp y Wolff, profesores Blas Pérez González y José Alguer, hacen el siguiente comentario:

“No está prevista en nuestro Código Civil la figura especial de la construcción extralimitada, que regula con tanto lujo de detalles el derecho alemán. Y sin embargo, las deficiencias del catastro dan lugar a frecuentes confusiones de límites. Existen ciertamente reglas sobre la edificación en suelo ajeno, pero no son aptas para dar una solución satisfactoria a los conflictos producidos por la extralimitación, porque todas ellas parten del supuesto de edificación hecha indivisiblemente

en suelo ajeno. Desde el punto de vista económico no puede ser laudable ni la aplicación del principio superficies solo cedit, que es el eje de la regulación, con la consiguiente adquisición por el propietario del suelo de la parte de la edificación que caiga sobre aquél, ni tampoco, en su caso el derecho a exigir su demolición. Una edificación suele ser verticalmente indivisible y, por tanto, toda solución a base del principio superficies solo cedit, cualesquiera que sean sus atenuaciones, llevará a resultados arbitrarios. Todas estas consideraciones rompen a nuestro juicio con la posibilidad de una aplicación analógica, y si el ingenio del exégeta consigue dar soluciones satisfactorias con ese fundamento, no habrá realmente seguido el camino de la analogía sino en apariencia, porque en verdad no habrá hecho sino crear nuevas reglas aproximándose formalmente a las existentes e invocadas como análogas. Para esta construcción sólo cabría partir de estas premisas: a) la construcción extralimitada es construcción en suelo ajeno; b) toda edificación debe considerarse indivisible y, en su consecuencia, objeto de una sola propiedad. Con eso queda señalado, por un lado, la semejanza de la construcción extralimitada con la construcción en suelo ajeno y, por otro, en qué está su diferencia; porque la analogía no supone identidad, sino equiparación parcial y diferenciación parcial. La indicación de este último aspecto es necesariamente función de creación de la norma por el intérprete y presupone el señalamiento del ámbito propio de la laguna de la ley. En este caso concreto: que el legislador no previó la invasión meramente parcial en terreno ajeno. Sin embargo, esta circunstancia evidente no ha sido tenida en cuenta por la S. de 12 de Diciembre de 1908, según la cual no puede entenderse limitado el derecho de opción que confiere al propietario del suelo el art. 361, porque la edificación se haya ejecutado por vía de prolongación de una pared medianera ocupando sólo una parte del suelo de propiedad ajena. Los inconvenientes de este criterio, que equipara extralimitación y construcción total en suelo ajeno, se advierten a primera vista. Son los mismos que señala el texto correlativo.

Cualquier solución que tuviera suficientemente en cuenta esas premisas y llevara a resultados justos, sería una solución legal, en la más estricta acepción de la palabra". (Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, v. I, págs. 330 y 331).

Son pertinentes las observaciones que anteceden, por ser indiscutible que los casos de accesión regulados por el Código Civil, cuando se construye en terreno ajeno, suponen que la totalidad de la obra se ejecutó en tales condiciones y, por lo tanto, que el dueño del predio tiene el derecho de adquirir la construcción como una unidad indivisible. En consecuencia, el principio básico de la accesión, no prevé el caso de que el dueño del terreno pueda adquirir sólo parte de un edificio, por haberse ejecutado dentro de los límites de su finca, quedando la otra parte en plena propiedad del colindante que la levantó en su propio suelo.

El fundamento mismo de la accesión, desde el derecho romano ha sido fundamentalmente de carácter económico a fin de no destruir las construcciones, plantaciones o siembras que se hubieren ejecutado en terrenos ajenos. Justamente con el fin de proteger la agricultura y las inversiones mismas como valores ya cuajados, se estimó antieconómico

llevar hasta sus límites extremos la protección del derecho de propiedad, facultando al dueño del terreno para exigir la destrucción de todo lo que se hubiere edificado sembrado o plantado de los límites de su heredad. Únicamente se aceptó que en los casos de edificación, siembra o plantación de mala fe se aplicara dicha sanción extrema; pero en la hipótesis de buena fe sólo se facultó al dueño del terreno para adquirir la cosa accesoria (edificación, plantación o siembra), previo pago de una indemnización.

Las consideraciones que anteceden nos llevan a la conclusión de que, en el caso de la construcción extralimitada, sería complicar indebidamente la situación jurídica de los propietarios de los predios colindantes, si se admitiera que el edificio mismo como unidad perteneciera a ambos. Asimismo, carece generalmente de valor económico y de utilidad que el propietario de la finca invadida adquiera una fracción del edificio. Sólo en casos excepcionales podría tener objeto de interés que hiciera suya la obra, lo que únicamente podría suceder si tubiese relativa independencia en relación con el resto de lo edificado en el terreno colindante. Atendiendo a las consideraciones que anteceden, tendrá que admitirse que en la mayoría de los casos el propietario de la finca invadida tendrá en rigor que exigir la demolición de la obra de acuerdo por lo previsto por el artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles, para el interdicto de obra nueva. Creemos que esta facultad es indiscutible y que constituye generalmente la forma jurídica más eficaz para exigir el respecto absoluto al derecho de propiedad violado.

10.—*Disposiciones del Código Sanitario en materia de vecindad, respecto de los establecimientos inofensivos, molestos y peligrosos.*—En los artículos 176 a 182 del Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 31 de diciembre de 1949, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 25 de enero de 1950, se contienen importantes disposiciones para proteger a los vecinos respecto de los establecimientos molestos, insalubres o peligrosos.

Después de definir dicho Código lo que se entiende por esa clase de establecimientos, que pueden ser tanto comerciales como industriales, mantiene como idea fundamental la de impedir que se puedan causar incomodidades o daños a la vida o a la salud tanto de los vecinos en general, como de los trabajadores que presten sus servicios en dichos establecimientos.

Las incomodidades pueden provenir de sonidos, ruidos, trepidaciones, polvos, humos, malos olores, temperaturas, luces, chispas, vapores y otras causas. A efecto de evitarlas, prescribe el Código Sanitario que los mencionados establecimientos sólo podrán instalarse en lugares a condición de que se supriman las molestias aludidas, pero sin detrimento de las condiciones higiénicas. En caso contrario, la Secretaría de Salud señalará, de acuerdo con las autoridades locales, las zonas en las que podrán establecerle.

Los daños por establecimientos y actividades peligrosos pueden tener como causas bien sea la naturaleza de los trabajos desarrollados, la de los materiales empleados, elaborados, desprendidos o de desecho, o el almacenamiento de sustancias tóxicas, corrosivas inflamables o explosivas. Al efecto, tales establecimientos debéran situarse fuera de las zonas pobladas y a distancia que determine la Secretaría de Salud, con el objeto de crear una zona libre y de protección, según la magnitud del peligro en cada caso.

Conviene hacer notar que las disposiciones del Código Sanitario tratan sólo de proteger la vida o la salud de los trabajadores o del vecindario, sin incluirse la protección a las propiedades vecinas. Sin embargo, de manera indirecta se alcanza ésta, al proteger al vecindario en general, a los habitantes de las zonas respectivas y a los trabajadores de los establecimientos peligrosos.

En las disposiciones del Código Sanitario no se definen los establecimientos insalubres, ni se comprenden directamente las molestias o daños que pudieren causar los mismos, como se hace en el Reglamento especial para establecimientos industriales o comerciales molestos, insalubres o peligrosos, a que después haremos referencia. También en este aspecto creemos que al protegerse la vida o la salud en relación con establecimientos peligrosos, de una manera general se protege también respecto de establecimientos insalubres ya que tanto el Código Sanitario, como el mencionado Reglamento toman en cuenta el material empleado, elaborado, transformado, desprendido o de desecho. De esta suerte dentro del criterio amplio de peligro por esas causas, quedan comprendidos los establecimientos insalubres a que se refiere el artículo 20 del Reglamento citado, pues se les define como aquellos que pueden dañar la salud bien sea de los trabajadores a su servicio, de los vecinos o de los habitantes en general, por el material empleado, elaborado, transformado, desprendido o desecho.

11.—*Reglamento para establecimientos industriales o comerciales molestos, insalubres o peligrosos.*—Este Reglamento es de 25 de octubre de 1940 y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de 6 de noviembre del mismo año. En sus artículos 1º a 30 de ocupa de definir respectivamente los establecimientos molestos, los insalubres y los peligrosos. Mantiene las ideas directrices del Código Sanitario, dejando al Departamento de Salubridad Pública resolver en cada caso, si un establecimiento industrial o comercial se encuentra comprendido en alguna de las tres categorías mencionadas.

Para los establecimientos molestos se tomen en cuenta las mismas causas que enumera el artículo 179 del Código Sanitario, pero el objeto del reglamento es ir precisando cuándo la molestia puede existir respecto de las habitaciones vecinas por sonidos, trepidaciones, cambios sensibles de temperatura, luces constantes o intermitentes, polvos, chispas, humos, vapores, o malos olores.

Son interesantes los artículos 20 a 25 del Reglamento que se ocupan de los establecimientos insalubres, pues los mismos, como ya antes se dijo, no están definidos directamente por el Código Sanitario. Además, se protege no sólo la salud de los habitantes, sino también de los animales, prohibiéndose construir habitaciones en las zonas señaladas para el establecimiento de industrias insalubres. La protección contra esta clase de establecimientos no sólo existe para los vecinos, sino también para los habitantes en general. Tratándose de aguas residuales de desecho industrial, el Reglamento protege en su artículo 23 las tierras destinadas a la agricultura, el sistema de atarjeas y la salud del hombre o de los animales, exigiendo que dichas aguas sean tratadas antes de darles curso, mediante los procedimientos que apruebe el Departamento de Salubridad Pública.

Finalmente, para los establecimientos peligrosos, el Reglamento precisa que deberán situarse a una distancia mínima de un kilómetro de las zonas pobladas, y en los lugares que designen las autoridades competentes.

Para los establecimientos comerciales que expendan productos peligrosos, además de exigirle el permiso respectivo del Departamento de Salubridad Pública, a efecto de que puedan ser tolerados dentro de las poblaciones, se requiere que las substancias explosivas o los productos peligrosos se encuentren contenidos en recipientes cerrados e incombustibles, sin poder exceder de determinada cantidad, prohibiéndose que se establezcan habitaciones vecinas en las zonas señaladas para dichos establecimientos peligrosos.

Cabe observar que con fecha 1º de julio de 1984 fue promulgada la Ley General de Salud, que derogó el Código Sanitario antes mencionado, la cual contiene cambios notables en los renglones antes señalados. Actualmente, dicha ley ya no contiene normas que reglamenten de forma específica a los "*establecimientos inofensivos, molestos o peligrosos*".

No obstante lo anterior, la nueva legislación otorga a la Secretaría de Salud facultades de verificación para garantizar el cumplimiento de las disposiciones en ella contenida. Así, en relación con los "*establecimientos inofensivos, molestos o peligrosos*" deben consultarse los artículos: 393 y 400, en relación con lo dispuesto en los artículos 116; 118 fracc. VII; 119 fracc. IV; 127 y 128 de la normatividad en comento.

12.—*Disposiciones procesales en materia de vecindad.*—Estas disposiciones se refieren al amojonamiento y al deslinde de las propiedades colindantes. En el Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal de artículos 932 a 937 regulan el apeo o deslinde, en relación con los artículos 841 y 842 del Código Civil vigente, los cuales estatuyen que todo propietario tiene derecho de deslindar su propiedad y

hacer o exigir el amojonamiento de la misma; que asimismo tiene derecho, y en su caso, obligación de cerrar o de cercar su propiedad, en todo o en parte, del modo que los estime conveniente o lo dispongan las leyes o reglamentos, sin perjuicio de las servidumbres que reporte la propiedad.

El amojonamiento a que se refiere el artículo 841 del Código Civil se distingue del deslinde, en que sólo pretende evitar la confusión de límites, según explican Enneccerus y Wolff, en tanto que el deslinde tiene lugar, conforme a lo dispuesto por el artículo 932 del Código de Procedimientos Civiles, cuando no se hayan fijado los límites que separan un predio de otro u otros, o que habiéndose fijado hay motivo fundado para creer que no son exactos, porque naturalmente se hayan confundido, ora porque se hayan destruido las señales que los marcaban, o porque éstas se hayan colocado en lugar distinto del primitivo. Es decir, como explican los citados autores, en el deslinde se trata de subsanar una confusión de límites ya ocurrida, en tanto que en el amojonamiento se busca evitar la confusión entre los mismos.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, v. I, págs. 339 a 341.

En el caso de amojonamiento no han existido límites y por esto el artículo 841 del Código Civil faculta al propietario para exigir y hacer el amojonamiento de su predio. En lo conducente deben aplicarse las disposiciones de los artículos 933 a 937 del Código de Procedimientos Civiles.

En cuanto al apeo o deslinde, se concede este derecho al propietario, al poseedor con título bastante para transferir el dominio y al usufructuario (artículo 933 del Código Procesal citado). La diligencia se llevará a cabo con citación de los colindantes a fin de que presenten sus títulos y nombren peritos si quieren hacerlo, así como testigos para identificar algún punto. En el acta que deberá levantar el Juez se demarcarán los límites del fundo deslindado, quedando en posesión el promovente del apeo de la propiedad que quede comprendida dentro de los mismos, en el caso de que ninguno de los colindantes se opusiere, pues si hay oposición, el Juez oír a los testigos y peritos, e invitará a los interesados para que se pongan de acuerdo. Si no se lograre se hará constar así y se abstendrá el juez de hacer declaración alguna en cuanto a la posesión, respetando en ella a quien la disfrute, con reserva de los derechos de los demás interesados para que los hagan valer en el juicio correspondiente. En el caso de que hubiere acuerdo se hará constar así y se otorgará la posesión en los términos del mismo, mandando el juez fijar las señales convenientes en los puntos deslindados, las que quedarán como límites



legales. Cuando hubiere oposición no se fijarán señales y el predio no quedará deslindado sino hasta que se dicte sentencia ejecutoria que resuelva la cuestión (artículos 934 a 936 del citado Código Procesal).

Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, las diligencias de apeo y deslinde sólo prueban que se llevaron a cabo en los términos del acta respectiva, pero por ser de jurisdicción voluntaria, sólo producen efectos entre las partes que en ellas intervinieron y para el caso de que no haya oposición. En consecuencia, no pueden servir de título de propiedad para acreditar el dominio erga omnes.

### JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1980

*Agrario. Ejecución de Resoluciones Presidenciales.* De acuerdo con lo establecido por el artículo 254 del Código Agrario (307 de la Ley Federal de Reforma Agraria) una resolución presidencial puede considerarse debidamente ejecutada cuando se han cumplido todos los requisitos que dicho precepto establece. Del examen de esos requisitos se deduce que el más importante, por ser propiamente con el que se alcanza el principal objetivo de la resolución presidencial y sin cuyo cumplimiento no podría estimarse que ha habido ejecución, es el consistente en el apeo y deslinde de las tierras concedidas y en la posesión definitiva de las mismas; de tal manera que si en el acta relativa no se determina que se cumplió con dicho requisito, no podrá estimarse ejecutada la resolución, no obstante que en aquélla se especifique que se llevó al cabo la ejecución en forma virtual, o en términos hábiles, o que la posesión definitiva se le hubiese dado al poblado beneficiado con anterioridad a la diligencia de apeo y deslinde, ya que a lo que debe atenderse, según lo expuesto, es a si se cumplió o no con el mencionado requisito.

Amparo en revisión 2070/64.—Comunidad Agraria del Empedrado, Municipio de Mascota, Jalisco.—30 de junio de 1965.—5 votos.—Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Amparo en revisión 4837/62.—Ma. de los Angeles Audiffred y otra.—5 de septiembre de 1973.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Pedro Guerrero Martínez.

Amparo en revisión 100/75.—Comisariado Ejidal del Poblado "El Arrenal", Municipio de Durango, Estado de Durango.—10 de julio de 1975.—5 votos.—Ponente: Carlos del Río Rodríguez.

Amparo en revisión 5873/77.—Moisés Mondragón Ruiz y otros (Comisariado Ejidal Xhete, Municipio de Aculco, México).—19 de octubre de 1978. Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Eduardo Langle Martínez.

Amparo en revisión 3710/79.—Marcos Heredia Ibarra y otros.—25 de octubre de 1979.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Carlos del Río Rodríguez. Informe 1980. Segunda Sala, Núm. 15. Pág. 17.

## CAPITULO VI

## DERECHOS DE AUTOR O PROPIEDADES INTELECTUALES

1.—*Discusión respecto de su naturaleza jurídica.*—Bajo la denominación "propiedades intelectuales", se comprende una serie de derechos, que se ejercitan sobre bienes incorporeales, tales como una producción científica, artística o literaria, un invento, o la correspondencia. Se reserva el término propiedad industrial para los inventos, marcas y nombres comerciales, y se regula por una especial ley de ese nombre.

Calixto Valverde y Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, T. II, 2a. Edic., Valladolid, 1920, págs. 116 a 118.

Se han denominado estos distintos derechos con el nombre genérico de "propiedades intelectuales", designándose respectivamente a las especies que lo constituyen, con los nombres de: propiedad científica, literaria, artística y dramática.

Desde luego, se acepta que el derecho civil y la legislación positiva, al hablar de la propiedad, se refieren a los bienes corporales, de tal suerte que el término en esa forma simplemente enunciado, comprende la propiedad de los bienes corporales susceptibles de posesión material y exclusiva. Respecto de los bienes incorporeales, se dice que al no ser susceptibles de posesión material, ya que no tienen un cuerpo, ni tampoco de posesión individual ni exclusiva, como consecuencia de no ser corporales, en rigor no constituyen formas de la propiedad, sino derechos de naturaleza distinta.

¿Estamos en presencia de un derecho personal?—Como el derecho personal implica una relación jurídica entre dos personas determinadas, acreedor y deudor, y a la vez una facultad nacida de esa relación para exigir del deudor una prestación o una abstención, puede decirse de antemano, sin entrar en mayor análisis, que en el caso de las propiedades incorporeales no se trata de derechos personales.

¿Se trata de un derecho real?—Existe una situación semejante a la de los derechos reales: un poder jurídico que se ejercita por una persona determinada, el autor de la obra, para aprovecharla en forma total o parcial y para oponer ese poder a todo mundo.

Hasta ahora hemos estudiado derechos reales sobre bienes corporales, como poderes jurídicos que se ejercitan sobre cosas materiales. En el caso simplemente lo que cambia no es la naturaleza del derecho, sino del objeto sobre el cual se ejerce; en lugar de ejercitarse un poder jurídico sobre un bien corporal, se ejercita un poder jurídico sobre un bien incor-

poral. El bien incorporeal constituye la idea en el autor de una obra literaria, artística o dramática, o la invención, que también es idea. En fin, el poder se ejerce sobre algo incorporeal, producto de la inteligencia, sobre una idea, pero que es susceptible de rendir un aprovechamiento, de traducirse en una explotación pecuniaria, porque se trata de ideas que pueden explotarse comercialmente. Desde este punto de vista, el derecho las estudia y las protege.

Si el autor de una obra no la hace pública para explotarla y simplemente reserva como un pensamiento, éste no es susceptible de protección jurídica, ni podrá ser objeto de un derecho, escapará en todo a la posibilidad de una reglamentación legal. Desde el momento en que la idea puede ser materia de un poder jurídico que se traduzca en una explotación, entonces el derecho entra a proteger los intereses del autor, para reglamentar la forma como se disfrutará, para impedir que los demás traten de aprovecharse de esa idea. Así es como surge entonces lo que se ha designado hasta el siglo pasado como propiedad intelectual.

Finalmente, el autor de una obra opone su derecho a todo mundo. En el caso se ve con mayor claridad la relación jurídica que hemos estudiado entre el sujeto activo y el sujeto pasivo universal. Se trata también de una obligación de no hacer, de no publicar la obra sin el permiso del autor, de no reproducirla, de no imitar la obra artística; pero ya son obligaciones de no hacer más concretas, no simplemente de no molestar al propietario o al titular de un derecho real impidiéndole el ejercicio de su derecho. Queda definida, por consiguiente, la naturaleza de este derecho de autor o propiedad intelectual, resolviendo como primer punto, que se trata de un derecho real y no personal. Es decir, que se trata de un derecho patrimonial de naturaleza real.

Se presenta ahora la segunda cuestión: ¿Este derecho real es de propiedad o de naturaleza distinta, pero que deba asimilársele desde el punto de vista jurídico, atribuyéndole las mismas características y reglamentación, sin formular un capítulo especial en los Códigos, bastando las disposiciones de la propiedad en general; o bien, debe regularse como un derecho autónomo que aunque tenga algunas semejanzas con la propiedad (que indiscutiblemente debe tenerlas al ser derecho real), merezca una ley especial por cuanto a fijar limitaciones, restricciones, etc.? A este respecto se ha planteado una discusión que ya en el presente siglo ha quedado resuelta tanto por la doctrina como por el derecho positivo.

En el siglo pasado en forma insistente se venía discutiendo por los autores si la llamada propiedad intelectual consistía en una propiedad sobre bienes incorporeales, identificándola a la propiedad sobre cosas o

bienes corporales, o bien si debería atribuírsele un carácter distinto. Las razones que existían de una y de otra tesis eran las siguientes:

2.—*Tesis que asimila el derecho de autor a la propiedad.*—La tesis que sostenía que se trataba de un derecho de propiedad, se fundó en que la idea podía ser susceptible si no de posesión exclusiva y material como las cosas corporales, sí de explotación exclusiva y que en ésta debería verse la forma de la apropiación y de la posesión. Se consideraba que la legislación debería intervenir para imponer un régimen en el cual el autor se aprovechara exclusivamente de su obra, tuviera la facultad de reproducirla durante su vida, transmitiendo estos derechos a sus herederos, para que a su vez en forma perpetua ellos continuaran explotando la obra. Se consideraba que el autor podía enajenar sus derechos, como en cualquier caso de enajenación de bienes corporales, o bien podía ceder su derecho para una explotación temporal, como también se admite para los contratos traslativos de uso. Más aún, se llegaba a considerar que la propiedad intelectual podía ser adquirida por prescripción positiva, por cuanto que era susceptible de posesión. El que registraba indebidamente una obra que no había creado, estaba ya poseyendo la obra, poseyendo la idea y disfrutándola. Si durante algún tiempo se prolongaba esta situación y, por consiguiente, tenía las características, de pública, continua y pacífica, podía adquirir esa posesión mediante la prescripción.

Valverde, *ob. cit.*, t. II, pág. 118.

3.—*Tesis que otorga autonomía a los derechos de autor.*—La tesis adversa que niega estas características de la propiedad ordinaria a los derechos de autor, se funda en las siguientes consideraciones:

Sólo los bienes corporales son susceptibles de propiedad, porque sólo ellos pueden ser poseídos individual y exclusivamente. La idea que se manifiesta en la obra o en el invento no es susceptible, de posesión, y por lo tanto, de tenencia individual y exclusiva.

Dentro de esta tesis no se quiere decir que el derecho del autor se convierta en un bien de disfrute público, sin protección alguna, y que todo mundo tenga la facultad de apropiarse una obra, de reproducirla, de publicarla, disfrutando de ella como lo haría de los bienes comunes; simplemente esta afirmación tiene por objeto demostrar que no puede haber posesión individual y exclusiva y, por consiguiente, propiedad ordinaria o común. Pero admite esta tesis que el derecho de autor como esfuerzo mental, indiscutiblemente deba protegerse, y ser objeto de una reglamentación jurídica en que se le conceda un privilegio para aprovecharse de su obra, temporalmente. En esta forma se concilia el interés in-

discutible del autor y el problema técnico que se suscita tomando en cuenta la naturaleza de estos bienes incorporeales, para no confundir la necesidad de una protección jurídica y la justificación de ella, con la de desvirtuar la naturaleza de las cosas asignando el carácter de propiedad común a los derechos de autor. En otros términos, se puede llegar a conciliar el problema técnico, con el problema de justicia que supone la protección del autor y denominar estos derechos dándoles la clasificación jurídica que les corresponda, no como derechos de propietario, sino como derechos de explotación exclusiva y temporal sobre las creaciones de la inteligencia, es decir, garantizando el esfuerzo mental del autor, mediante un privilegio exclusivo y temporal.

4.—*Reglamentación del Código vigente.*—Tomando en cuenta tanto la naturaleza de los bienes objeto de la llamada propiedad intelectual, y las razones que existen para determinar un derecho temporal, el Código vigente, bajo el nombre de "derechos de autor", consideró que este derecho debía ser objeto de una reglamentación diferente, que no debía asimilarse a la propiedad ni mucho menos identificarse con ella y que tampoco podían aplicarse las reglas generales de la misma. Cambió completamente el criterio que existía en la legislación anterior y que fue sostenido por los Códigos de 1870 y 1884.

El título respectivo quedó derogado por la vigente ley federal sobre los derechos de autor, que después estudiaremos.

Nuestro Código de 1870 fue el primero que se atrevió a afirmar que los derechos de autor constituían una propiedad idéntica en todo a la propiedad sobre los bienes corporales; fue el único que llegó a reglamentar estos derechos como propiedad, y que consideró que eran perpetuos con excepción de la propiedad dramática que sí era temporal. Declaró que la propiedad literaria y artística correspondían al autor durante su vida y se transmitían a sus herederos sin limitación de tiempo. Para la propiedad dramática se reconoció el derecho del autor a la reproducción durante su vida y a los herederos durante treinta años a partir de su muerte.

Los Códigos que habían sostenido semejanza o identidad entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria, no llegaron a identificar en todas sus consecuencias ambas formas. Por ejemplo, en el Código francés se comenzó, a partir de la Revolución, a otorgar los derechos de autor durante su vida y diez años a sus herederos, en 1793. Posteriormente se amplía este término de diez a veinticinco años y a mediados de la centuria pasada hasta treinta, para quedar con las reformas que posteriormente se hicieron, con un término de cincuenta años para los herederos. Se reconoce el derecho del autor durante su vida y el de los herederos

o de la viuda durante cincuenta años, pero no se llega a admitir un derecho de propiedad perpetuo, transmisible por herencia en forma ilimitada en el tiempo.

En el Código Civil Vigente se consideró que no puede identificarse la llamada propiedad intelectual con la común.

Bajo la forma de privilegio temporal se manifiesta este derecho real, es decir, este poder jurídico para aprovecharse de un bien. En el caso consiste en un poder temporal para aprovecharse exclusivamente de los beneficios de una obra por su publicación, ejecución o traducción, sin que nadie pueda ejecutar tales actos. Este beneficio temporal, se limitó en el Código vigente, fijándose diferentes plazos, según la naturaleza de la obra. Se distingue para obras científicas e invenciones y se crea un privilegio de cincuenta años independientemente de la vida del autor, es decir, los herederos podrán disfrutar de ese privilegio durante el tiempo que falte al término de cincuenta años, si el autor muere antes de ese plazo; si éste sobrevive los cincuenta años, durante su vida se extinguirá el privilegio, ya no pasará a los herederos.

Para las obras literarias y artísticas se reconoció un privilegio sólo de treinta años y para la llamada propiedad dramática, es decir, para la ejecución de obras teatrales o musicales, un privilegio de veinte años.

Valverde, ob. cit., t. II, págs. 119 y 120.

5.—*Del derecho de autor conforme a la ley federal de 31 de diciembre de 1947.*—En la citada Ley Federal sobre el Derecho de Autor que se publicó en el Diario Oficial del 14 de enero de 1948, se comprenden 6 capítulos denominados respectivamente: I. Del derecho de autor; II. De la edición y otros modos de reproducción; III. De las sociedades de autores; IV. Del Departamento del Derecho de Autor y del Registro; V. De las sanciones, y VI. De los tribunales y procedimiento. Sólo estudiaremos el primer capítulo que es el que propiamente interesa para los fines de esta obra.

De acuerdo con el artículo 10. de la ley citada, el autor de una obra literaria, didáctica escolar, científica o artística, tiene el derecho exclusivo de usarla y autorizar el uso de ella en todo o en parte. También tiene el derecho de disponer de su privilegio a título oneroso o gratuito, en forma total o parcial y de transmitirlo por herencia. La forma en que el autor puede hacer uso de sus derechos, dependerá de la naturaleza de la obra, pudiendo emplear los medios siguientes: publicarla, representarla, reproducirla o adaptarla, difundirla por cualquier medio, traducirla, arreglarla o instrumentarla. Las formas de publicidad, representación, reproducción, adaptación o difusión, no están limitadas en la ley, men-

cionándose entre ellas la reproducción mecánica o eléctrica, la difusión por la fotografía, telefotografía, televisión, radiodifusión o cualquier otro medio actualmente conocido o que se invente en lo sucesivo.

Como modificación de importancia introducida en la ley, en relación con el Código civil, se dispone en el artículo 2o., que la protección jurídica otorgada a los autores funciona de pleno derecho por la simple creación de la obra, sin que sea necesario depósito o registro previos para su tutela, salvo los casos especialmente señalados en la ley. Los extranjeros domiciliados en la República gozarán de los mismos derechos que los autores mexicanos y los no domiciliados necesitarán registrar sus derechos en el Departamento del Derecho de Autor, para obtener los beneficios correspondientes.

Las obras literarias, científicas y artísticas protegidas por la ley, comprenden toda clase de libros o escritos. Además, se conceden los derechos de autor en las diversas creaciones de la inteligencia que se manifiesten por cualquier otro medio, como las conferencias, discursos, lecciones, sermones, etc.

Para la propiedad dramática se comprende en general la ejecución de las obras literarias que se lleven a escena y la de las composiciones musicales. Asimismo se protegen las obras artísticas en todas sus manifestaciones: dibujos, pinturas, esculturas, grabados, litografías, obras fotográficas y cinematográficas, etc., etc.

Entran también dentro de la categoría de los derechos de autor, las traducciones, adaptaciones, compilaciones, arreglos, compendios y dramatizaciones de obras científicas o literarias, así como las reproducciones fonéticas, las fotográficas y las cinematográficas.

El derecho de autor no ampara los siguientes casos: El empleo incidental e inevitable de una obra protegida; la publicación en fotografías y en películas de obras de arte o de arquitectura que sean visibles desde lugares públicos y las publicaciones, traducciones o reproducciones de breves fragmentos de obras científicas, literarias o artísticas, cuando se hagan con fines didácticos o científicos, siempre que se indique, de manera inconfundible, la fuente de donde se hubieran tomado y que los textos reproducidos no sean alterados.

En la ley actual, el derecho de autor se caracteriza como temporal y tiene vigencia durante la vida del autor y veinte años después de su muerte. Si no hubiere herederos, la obra pasará al dominio público, respetándose los derechos adquiridos por terceros.

En el artículo 7o. primitivamente se había dispuesto lo siguiente:

"Las autoridades dentro de sus respectivas atribuciones, deberán vigilar, restringir o prohibir, la publicación, reproducción, circulación, representación o

exhibición de las obras contrarias al respeto debido a la vida privada, a la moral, a la paz pública. En ningún caso tales obras serán amparadas por el derecho de autor".

Este precepto fue reformado por decreto de 29 de diciembre de 1948, publicado en el Diario Oficial de 31 de ese mes y año, quedando en los términos siguientes:

"No serán amparadas por el derecho de autor las obras literarias, científicas o artísticas comprendidas en el artículo 4o. de esta ley, cuando sean contrarias a la moral, al respeto a la vida privada o al orden público".

La redacción del primitivo precepto promovió una viva reacción pública y una continua crítica, especialmente por la prensa, considerándose que se violaba la garantía individual de libre expresión del pensamiento consignada en el artículo 6o. constitucional y la consagrada en el precepto siguiente para escribir y publicar libremente escritos sobre cualquiera materia. Dicen así los mencionados artículos:

"La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que se ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de la información será garantizada por el Estado". "Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley, ni autoridad, puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito. Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos".

Dada la reforma de 29 de diciembre de 1948, se respetan los textos constitucionales, pues simplemente se reproduce la limitación que impone el artículo 6o. de la ley fundamental a efecto de que no se amparen con los derechos de autor las obras que sean contrarias a la moral, al respeto a la vida privada o al orden público.

La copropiedad que se origina cuando diferentes autores hacen una obra, está regulada por los artículos 20 a 23 de la ley, en los siguientes términos:

"Art. 20.—En caso de una obra hecha por varios autores, sin que pueda señalarse la parte de que cada uno de ellos es autor, los derechos otorgados por esta ley, corresponderán, salvo convenio en contrario, a todos por partes iguales".

"Para reproducir la obra se necesita el consentimiento de la mayoría; los disidentes no están obligados a contribuir a los gastos de publicación sino con cargo a los beneficios que obtengan".



"Art. 23.—Muerto uno de los colaboradores de una obra, o su cesionario, sin herederos, su derecho no entrará al dominio público, sino que acrecerá a los demás titulares".

Como novedad importante, el artículo 25 reconoce el derecho sobre la efigie, es decir, el derecho al retrato. Dice así:

"El retrato de una persona no puede ser publicado, exhibido o puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de ella y después de su muerte, del de su cónyuge y de los hijos, y en su defecto de sus ascendientes y otros descendientes hasta el segundo grado".

"La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo antes de la publicación o de subsecuentes publicaciones, pero está obligada al resarcimiento de los daños y perjuicios que con ello se ocasionen".

"Es libre la publicación del retrato cuando tenga un fin científico, didáctico y, en general, cultural, o si se refiere a un acontecimiento de actualidad, de interés público u ocurrido en público".

Sobre este especial derecho se expresa así Carnelutti en su monografía denominada la "Usucapión de la Propiedad Industrial", Traduc. de Francisco Apodaca y Osuna. (Editorial Porrúa, S. A., México, 1945).

"Por lo demás, la repugnancia de los juristas, o de gran parte de ellos, en reconocer el derecho sobre la propia persona, termina por lanzarlos, y no podría ser de otro modo, a un callejón sin salida; y puestos que la ley tutela, por ejemplo, el interés al nombre, a la imagen, al honor, y desde el momento en que estos fenómenos no pueden negarse, dichos intereses constituyen otros tantos derechos al nombre, a la imagen, al honor, etc." (Ob. cit. pág. 60).

"Sin embargo, todos están de acuerdo en que, bajo este aspecto, el derecho sobre el propio cuerpo limita más severamente el goce ajeno; así existe un derecho a la propia imagen (Art. 11 de la ley de 7 de noviembre de 1925, n. 1950), pero no a la imagen de las cosas propias". (Ob. cit., pág. 60).

5.1.- *Apéndice sobre el derecho de autor conforme a la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996.*- La legislación sobre Derechos de Autor comentada en el apartado anterior fue abrogada por la legislación autoral del 29 de diciembre de 1956. No obstante lo anterior, actualmente la materia se rige por la Ley Federal del Derecho de Autor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1996, misma que a continuación se analiza en relación con los tópicos tratados en la sección que antecede.

En principio es importante mencionar que la ley vigente se conforma actualmente por 12 títulos, mismos que difieren de manera importante de los capítulos que agrupaba la anterior ley de 1947. Actualmente los títulos de la ley vigente se denominan: I. Disposiciones Generales; II. Del Derecho de Autor; III. De la Transmisión de Derechos Patrimoniales; IV. De la Protección al Derecho de Autor; V. De los Derechos Conexos; VI.

De las Limitaciones al Derecho de Autor y de los Derechos Conexos; VII. De los Derechos de Autor sobre los Símbolos Patrios y de las Expresiones de las Culturas Populares; VIII. De los Registros de Derechos; IX. De la Gestión Colectiva de Derechos; X. Del Instituto Nacional del Derecho de Autor; XI. De los Procedimientos; XII. De los Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, por lo que hace al objetivo de la vigente Ley Federal del Derecho de Autor, el mismo es determinado por el artículo 1º de dicha reglamentación al disponer:

“Artículo 1. La presente Ley, reglamentaria del artículo 28 constitucional, tiene por objeto la salvaguarda y promoción del acervo cultural de la Nación; protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones, así como de los otros derechos de propiedad intelectual.”

Por su parte la materia de la ley en comento queda determinada en el artículo 11 al definir al derecho de autor como: “... el reconocimiento que hace el Estado a favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga su protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial.” Las prerrogativas y privilegios a las que se hace referencia en el artículo en cita son definidos en los capítulos segundo y tercero del Título Segundo de la Ley, los cuales se denominan “De los Derechos Morales” y “De los Derechos Patrimoniales”, respectivamente.

Como resulta evidente de la lectura del artículo anterior, solo es posible advertir la extensión del derecho de autor en la medida en la que se examine el contenido el artículo 13 de la ley actual, en el cual se comprenden las siguientes ramas: I. Literaria; II. Musical; III. Dramática; IV. Danza; V. Pictórica o de dibujo; VI. Escultórica y de carácter plástico; VII. Caricatura e historieta; VIII. Arquitectónica; IX. Cinematográfica y demás obras audiovisuales; X. Programas de radio y televisión; XI. Programas de cómputo; XII. Fotográfica; XIII. Obras de arte aplicado que incluyen el diseño gráfico o textil, y XIV. De compilación (colecciones de obras, tales como las enciclopedias)”.

Es importante subrayar que, de igual manera, gozarán de la protección que otorga la legislación del derecho de autor todas aquellas obras que puedan considerarse análogas a las ramas anotadas en el párrafo anterior.

Ahora bien, las formas de publicidad de las obras son examinadas en el artículo 16 vigente, el cual reconoce entre tales formas de publicidad las siguientes: I. Divulgación; II. Publicación; III. Comunicación Pública; IV. Ejecución o representación pública; V. Distribución al Público; y IV. Reproducción.

De igual manera, la Ley de 1996 reconoce los derechos de autor que puedan provenir de las obras derivadas, derechos que son determinados en el artículo 78 que prescribe:

“Las obras derivadas, tales como arreglos, compendios, ampliaciones, traducciones, adaptaciones, paráfrasis, compilaciones, colecciones y transformaciones de obras literarias o artísticas, serán protegidas en lo que tengan de originales, pero sólo podrán ser explotadas cuando hayan sido autorizadas por el titular del derecho patrimonial sobre la obra primigenia...”

Por otro lado, es importante reconocer que tipo de expresiones no son protegidas por la legislación del Derecho de Autor. Estas expresiones son determinadas en las diez fracciones del artículo 14 actual.

Los conceptos normativos contenidos en el artículo 2º anterior, fueron trasladados a diversos numerales de la ley de 1996 debido a su trascendencia; así por ejemplo, el artículo 5º actual sanciona la protección a las obras artísticas desde el momento en el que las mismas sean fijadas en un soporte material - la definición de lo que debe entenderse por fijación material es especificado en el artículo 6º - sin que se requiera ninguna forma adicional en tal fijación para que la protección otorgada sea eficaz.

La protección a los derechos de los autores extranjeros son regulados conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la ley vigente. Debe destacarse que el contenido del artículo 7º de la ley de 1947, ya no fue incluido en la legislación en análisis.

El ámbito temporal de validez de los derechos de autor sufrió importantes modificaciones en relación con la legislación de 1947. Así, el artículo 29 vigente establece que la duración de los derechos de autor se prolongará toda la vida del autor y cien años más a partir de su muerte; o bien, solamente cien años cuando la obra sea póstuma o haya sido elaborada al servicio oficial de la Federación, las entidades federativas o los municipios. A este respecto, se conserva la noción normativa contenida en la legislación de 1947 en el sentido de que, si al morir el autor no existen herederos, el Estado será el titular de los derechos que a aquellos correspondan.

En cuanto al ejercicio de los derechos de autor cuando la obra sea producida en coautoría, las normas que regulaban tal fenómeno en la antigua legislación fueron retomadas por la nueva ley de 1996 y concentradas en el artículo 80 exclusivamente.

Por último, es importante mencionar que el derecho sobre la efigie tiene reconocimiento positivo en la Ley Federal del Derecho de Autor vigente, legislación que consagró tal potestad en su artículo 87.

6.—*La propiedad inmaterial, según Carnelutti.*— En la obra antes citada, Carnelutti estudia la propiedad inmaterial, su contenido y objeto. También trata de la propiedad industrial, de su adquisición originaria y derivada, así como de la prescripción extintiva y adquisitiva de la propiedad inmaterial. Considera que al lado de la propiedad ordinaria, existe un nuevo tipo de propiedad que denomina inmaterial, de la cual todavía no se conoce ni el objeto ni el contenido.

7.—*Tesis de Oscar Morineau sobre la propiedad intelectual o derechos de autor.*— En su obra ya citada "Los Derechos Reales y el Subsuelo de México", Morineau hace un estudio especial sobre la propiedad intelectual, estimando que independientemente del valor que tengan las denominaciones que en la literatura jurídica se empleen para referir a los derechos subjetivos que se reconozcan a los autores, traductores sobre las creaciones que en el orden intelectual lleven a cabo, lo esencial radica en que la norma jurídica tutele o ampare determinada creación de la inteligencia que ha logrado manifestarse en una forma externa, incorporándose en un medio físico, como un libro, una estatua, una pintura, o un invento cuando el inventor precisa el alcance de su descubrimiento y obtiene el registro del mismo.

8.—*Diversas opiniones sobre la naturaleza de los derechos de autor.*— En la obra de Argentino O. Romero, La Propiedad Intelectual, se exponen diversas opiniones de autores extranjeros sobre los derechos de autor, unas como la de Renouard que combaten la idea de que tales derechos puedan asimilarse a la propiedad común, contrariando en esto la tendencia doctrinal del siglo pasado, otras como la de Planiol y Ripert admitiendo la tesis jurisprudencial que caracteriza tales derechos como verdaderos privilegios.

"Opinion de los autores extranjeros.—Desde que Renouard escribió su célebre obra, tan rara hoy, combatiendo la idea de una propiedad intelectual semejante a la propiedad común (año 1838), mucho se ha escrito sobre esta cuestión.

Durante la primera mitad del siglo pasado y gran parte de la segunda mitad, casi todo el movimiento doctrinario y legislativo ha considerado estos derechos

como formas de manifestarse la propiedad sobre cosas muebles, con las restricciones o modificaciones que se oponían por su naturaleza tan especial.

Heinos visto ya (Supra N<sup>o</sup>. 3) la gran cantidad de autores que, tanto en el extranjero como en el país, designan estos derechos bajo la denominación de 'propiedad' intelectual, literaria o artística.

Hay, podría decirse, una razón histórica para que así ocurriera (Argentino O. Romero, ob. cit., págs. 348 a 350).

En México, Morineau sustenta la tesis ya antes expuesta, aclarando que existe una verdadera propiedad de las ideas, como un derecho absoluto oponible erga omnes.

Argentino O. Romero, ob. cit, pág. 365.

9.—Formas de protección reconocidas en la ley.—En el artículo 1<sup>o</sup> se da una amplia protección a todas las formas posibles que la ciencia o la técnica conocen para la publicación, reproducción, adaptación o difusión en general de las obras. Especialmente se comprenden los medios conocidos o que se inventen en el futuro. De esta suerte se abarca no sólo la reproducción mecánica, sino también los medios modernos de difusión a través de la fotografía, telefotografía, televisión, radiodifusión y en general cualquier otra forma que sirva para la reproducción de los signos, de los sonidos o de las imágenes.

## TITULO IV

### LA POSESION Y LA PRESCRIPCION

#### CAPITULO I

#### TEORÍA DE LA POSESIÓN

Savigny, Tratado de la Posesión (Derecho Romano).—Ihering, Fundamento de la Protección Posesoría. Papel de la Voluntad en la Posesión. Versión española de Adolfo Posada, que comprende ambos trabajos con el nombre de La Posesión.—Saleilles, Elementos Constitutivos de La Posesión. Versión española de J. M. Navarro, "La Posesión".—Francisco José Chaux, Estudio sobre La Posesión.—Colin et Capitant. Cours Élémentaire de Droit Civil Français, t. II, Vol. II.—Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, tomo relativo a los Bienes de la traducción de Cajica Jr.—Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. III.—Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, t. I.—Diego, Curso Elemental de Derecho Civil Español, t. I.—Manresa. Comentarios al Código Civil Español, t. IV.—Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil, t. III.—Valverde, Derecho Civil Español, t. II.—Lafaille, Derecho Civil, t. III.—Castán Tobeñas, Derecho Civil Español Común y Foral, t. II.—Enneccerus, Kipp y Wolff, Tratado de Derecho Civil, t. III.—Morineau, Los Derechos Reales y el Subsuelo en México.—Pallares Tratado de los Interdictos.

1.—*Concepto general.*—En la mayoría de los autores se estudia en primer término la posesión, y después la propiedad. Sin embargo, nosotros consideramos más lógico y didáctico estudiar primero la propiedad y después la posesión, tomando en cuenta que los problemas difíciles de la posesión suponen un conocimiento de la propiedad, en tanto que los de ésta no suponen, para su entendimiento, un conocimiento de aquélla.

Para el estudio de esta materia vamos a fundarnos en tres autores que son, se puede decir, los campeones en el tema de la posesión. Estos autores son Savigny, Ihering y Saleilles.

Savigny expone lo que él considera la doctrina tradicional, la doctrina romana de la posesión, y da a ésta un carácter netamente subjetivo. Por esto se ha denominado teoría subjetiva de la posesión.

Ihering, colocándose en un punto de vista opuesto, expone la doctrina objetiva de la posesión, y critica a Savigny demostrando en su concepto, que la doctrina de éste no es la fiel exposición del concepto romano de la posesión.

Finalmente, Saleilles después de estudiar las dos doctrinas y de exponer con toda claridad el fundamento de una y de otra, concluye sustentando un punto de vista que podríamos considerar ecléctico.

Antes de entrar al estudio de estas doctrinas de excepcional importancia no sólo desde el punto de vista teórico, sino práctico, toda vez que la de Savigny es la base de nuestros Códigos de 1870 y 1884, y la de Ihering del vigente, conviene hacer una exposición general del tema.

La posesión puede definirse como una relación o estado de hecho, que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento, animus domini o como consecuencia de un derecho real o personal, o sin derecho alguno.

Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff, Tratado de Derecho Civil, t. III. v. I, pág. 18.

1o.—La posesión es una relación o estado de hecho. No prejuzgamos sobre una calificación jurídica, ni determinamos si este estado de hecho se funda en un derecho, si puede llegar a ser un derecho o si engendra consecuencias jurídicas; por el momento, el punto de partida debe ser el que nos dan los sentidos, lo que nos permite la observación directa advertir, para comprobar un simple estado de hecho, es decir, un contacto material del hombre con la cosa.

2o.—Por virtud de este estado de hecho una persona retiene en su poder exclusivamente una cosa.

3o.—Como manifestación de ese poder, el sujeto ejecuta un conjunto de actos materiales que se refieren, de ordinario, al aprovechamiento de la cosa.

4o.—Por último, este poder físico puede derivar de un derecho real, de un derecho personal, o no reconocer la existencia de derecho alguno.

Lafaille, ob. cit. t. III, pág. 68.

2.—*Concepto romano de la posesión.*—Los romanos, según interpretación de Savigny (y debe hacerse la aclaración, porque la interpretación de Ihering es literalmente opuesta), consideraban a la posesión como una relación o estado de hecho que permitía ejercer un poder físico exclusivo, para ejecutar actos materiales sobre una cosa, animus domini o rem sibi habendi.

Ortolán, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano, Traduc. por Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Madrid, 1884, t. I, págs. 302 a 304.

Rodolfo Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, Traducción de Wenceslao Roces, México, 1951, págs. 153 y 154.

En derecho romano también se hizo una distinción fundamental entre la posesión de la cosa y la cuasi posesión de los derechos. Los romanos sólo admitían como verdadera posesión la de las cosas. En cuanto a los derechos, decían que el goce de los mismos, para ostentar como titular, con fundamento o sin él, demostraba una situación semejante al goce de las cosas, pero de naturaleza distinta, y por eso le denominaron a ese fenómeno cuasi posesión.

Esto tuvo gran influencia en el concepto moderno de la posesión, y, posteriormente, en los Códigos sigue admitiéndose esta distinción entre la posesión de las cosas y la posesión de los derechos. El Código de 1884 dice que la posesión es la tendencia de una cosa o el goce de un derecho, por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre.

En el vigente, el artículo 790 define a la posesión como el poder de hecho que se ejerce sobre las cosas o el goce de los derechos.

El Código suizo, que inspira a nuestro Código vigente, también hace la distinción entre el poder físico que se tiene sobre la cosa y el goce del derecho.

Esta distinción romana tuvo su influencia en el derecho antiguo, sobre todo en la doctrina francesa anterior al Código Napoleón, y así encontramos en Pothier todavía la distinción de la posesión de cosas y la posesión de derechos.

Valverde, ob. cit., t. II, págs. 296 y 297.

Actualmente se da por autores franceses como Planiol, Ripert y Picard, un nuevo concepto para identificar la posesión de las cosas con la de los derechos, y para demostrar que en rigor, por una confusión del lenguaje o por una falta de penetración del análisis, los romanos hicieron esta distinción que después el derecho aceptó. Según Planiol y Ripert, la posesión de las cosas es la posesión del derecho de propiedad y, por tanto, no hay posesión de cosas.

Lo que se ha llamado posesión de cosas, es una posesión especial del derecho real por excelencia, la propiedad; pero propiamente debe hablarse de posesión de derechos reales o personales; y en los reales, sí se puede hacer la distinción de poseer el derecho de propiedad para distinguir este caso de la posesión de otros derechos. Se fundan en la siguien-



te explicación, muy clara en nuestro concepto: cuando los romanos hablan de que una persona posee una cosa, quiere decir que se conduce como propietario, ejecutando actos materiales de aprovechamiento semejantes a los actos que ejecuta el propietario en el uso y goce o en la disposición. Los romanos no afirman que el que tenga la posesión de una cosa sea propietario; simplemente dicen que se conduce como propietario y ejecuta esos actos, y esto, según Planiol y Ripert, no quiere decir otra cosa sino que posee el derecho de propiedad, pero no que tenga ese derecho de propiedad.

En cuanto al goce de los otros derechos, la situación, dice Planiol y Ripert, es idéntica: pues para gozar del derecho de usufructo es necesario conducirse como usufructuario, ejecutando actos materiales que demuestren el deseo de apropiarse los frutos de una cosa, como lo haría un usufructuario. Para gozar del derecho de arrendamiento, es necesario conducirse como arrendatario, etc. Luego, entonces, la posesión de los derechos abarca la posesión de los otros derechos reales o personales cuando ejecuta actos como si fuera titular de esos derechos.

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, t. III, Los Bienes, pág. 146.

3.—*Elementos de la posesión.*— Tradicionalmente se han reconocido dos elementos en la posesión: uno material, llamado corpus y otro psicológico, denominado animus.

Corpus.—El corpus comprende el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa, para retenerla en forma exclusiva.

Este primer elemento engendra por sí solo un estado que se llama detentación o tenencia, que es la base de la posesión; pero no implica la posesión; puede existir la tenencia y si no concurre el elemento psicológico llamado animus, no hay posesión.

Rodolfo Sohm, ob. cit. pág. 150.

Según la doctrina clásica, cuando se presenta solo el fenómeno de la detentación, existe un estado semejante al de la posesión; pero desde el punto de vista jurídico es radicalmente distinto.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, v. I, págs. 18 y 19.

Aunque el corpus es la base material de la posesión, no siempre se requiere que se tenga directamente. Puede ejercerse en forma indirecta,

por conducto de otro, y desde el punto de vista jurídico, para calificar la posesión, aquel que delega el corpus en un tercero tiene este elemento y si concurre el animus es un poseedor en derecho.

Tenemos esta situación en diferentes casos: cuando el depositante entrega al depositario la cosa no está ejerciendo materialmente el poder físico de detentación; no tiene desde el punto de vista material, el corpus, pero desde el punto de vista jurídico se considera que lo ejerce por conducto del depositario. El patrón por conducto del sirviente; el arrendador por conducto del arrendatario, etc.

Animus.—El segundo elemento de la posesión, de carácter psicológico, denominado animus, consiste en ejercer los actos materiales de la detentación con la intención de conducirse como propietario, a título de dominio.

En la definición de este elemento hay una controversia para fijar si el animus debe ser siempre dominii, o basta con que se tenga la intención de actuar en nombre propio y en provecho exclusivo, para que exista el fenómeno de la posesión, aun cuando no se tenga la intención de conducirse como propietario.

Savigny, interpretando los textos romanos, al elaborar la doctrina que se ha considerado clásica de la posesión, opina que debe ser el animus dominii o animus rem sibi habendi.

Para él, que pretende hacer una exposición fiel de la doctrina romana, hay ciertos casos que constituyen excepciones.

Planiol y Ripert, al estudiar el animus en la posesión, consideran que basta que se tenga en concepto de dueño, o en provecho propio, para que se pueda denominar a ese estado como verdadera posesión; que sólo cuando se ejerce el corpus en nombre y por cuenta de otro no habrá animus, y el caso debe designarse como de simple detentación.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, pág. 149.

4.—*Doctrina de Savigny*.—Para Savigny, la posesión es una relación o estado de hecho que da a una persona la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre una cosa con el animus dominii o rem sibi habendi.

De acuerdo con esta definición, encontramos los siguientes elementos:

1o.—La posesión es una relación o estado de hecho. Ya explicamos que esta relación o estado de hecho se manifiesta a través del corpus, del conjunto de actos materiales que demuestran la existencia de un poder físico del hombre sobre la cosa. En este elemento puede decirse que todas las doctrinas y todas las legislaciones están de acuerdo.

2o.—Por virtud de este estado de hecho una persona tiene el poder o la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos de disposición sobre una cosa. Aquí encontramos ya una característica muy propia de Savigny, aunque él consideró que lo era del derecho romano.

Independientemente de que esta interpretación sea una fiel exposición de los textos romanos, o de que contenga un punto de vista personal, es muy interesante el concepto que da de la posesión, como simple posibilidad de ejercer un poder físico, y podría inclusive llegarse a admitir, con Ihering, que es una elaboración inteligente y fundada de Savigny.

Para éste, la posesión no se caracteriza necesariamente por el ejercicio de actos que demuestren el poder físico. Esta es la forma ordinaria; también hay posesión, cuando se tiene la posibilidad de ejercer ese poder físico. Esta posibilidad requiere ciertos requisitos.

1) Debe haber una disponibilidad absoluta de la cosa, para que en cualquier momento el poseedor pueda ejercer el poder físico.

2) Esa posibilidad debe de ser presente, es decir, no debe estar subordinada a una condición para que en el futuro, a partir de un plazo, pueda ejercerse ese poder, sino que en cualquier momento el poseedor pueda ejercerlo. Debe ser inmediata en el sentido de que no haya obstáculo de orden material que impida al poseedor ejercer su poder físico, y debe ser exclusiva para que ningún tercero pueda interponerse entre el poseedor y la cosa y disputarle la posesión, o bien concurrir con él en el ejercicio de actos posesorios.

Lafaille, ob. cit., t. III, págs. 110 y 111.

El texto que principalmente sirve a Savigny en el derecho romano para formular su tesis, se refiere al contrato de compraventa de bienes muebles, cuando el vendedor entrega la cosa vendida en el domicilio del comprador, estando éste ausente e ignorando la entrega. Según el derecho romano, basta la entrega en el domicilio para que se tenga la posesión, aun cuando el comprador esté ausente e ignore la entrega.

Para Savigny, este texto no constituye un caso excepcional, sino viene a confirmar una regla general que tenía dos manifestaciones: o se hacía la entrega en presencia del poseedor, o se hacía en condiciones tales que, aun ignorándolo, tuviera a su disposición la cosa. En esas dos formas de entrega se perseguía este objeto: que la potestad del poseedor fuera indiscutible.

El propio Savigny, al interpretar los diferentes textos romanos, supone que la entrega de la cosa se hace generalmente en presencia del

poseedor. El se refiere sobre todo a los casos translativos de dominio, en que se adquiere la cosa y se entrega en posesión de la misma mediante la traditio; pero dice que no debe considerarse la tradición o entrega como un elemento formal, de la misma manera que se estima para transmitir el dominio.

Lafaille, ob. cit. t. III, págs. 109 y 110.

30.—El tercer elemento de la doctrina de Savigny requiere que exista el *animus domini* o el *animus "rem sibi habendi"*, para que haya propiamente posesión. Este es un elemento de fundamental importancia, que la ha caracterizado como tesis subjetiva, en virtud de que puede existir la posesión teniendo el corpus por conducto de otro o por la simple posibilidad de ejercerlo, sin que haya actos materiales que impliquen la existencia del mismo, de tal manera que el elemento material no es, desde el punto de vista jurídico, tan esencial como el psicológico. En cambio, no hay ningún caso de posesión —dice Savigny—, fuera de ciertas excepciones justificadas históricamente en el derecho romano, que no impliquen el *animus domini* o el *animus rem sibi habendi*. Existen infinidad de fenómenos de detención, porque, hay el corpus; pero no son casos de posesión porque no hay el animus; tal es la situación del arrendamiento, del depositario, etc.

En el momento en que una causa jurídica da nacimiento al animus, porque se cambie el título de la posesión, nace la posesión misma; el arrendatario que adquiere el inmueble que ocupa se convierte, ipso facto, en poseedor.

Lafaille, ob. cit. t. III, págs. 120 y 121.

Para Savigny, la existencia del animus no implica una intención arbitraria de conducirse como propietario en contra de una situación legal; es decir, no es la voluntad arbitraria, sino la voluntad legal la que debe tomarse en cuenta. Esta deriva del título de posesión; la arbitraria del capricho del poseedor. Si el arrendatario pretende ostentar como poseedor, este capricho no es bastante para fundar su posesión. La voluntad en que se apoye el *animus domini* supone un título bastante para transferir el dominio, o que se repunte como suficiente para transmitirlo. Por esto, todo cambio de animus supone un cambio de título. Para que el arrendatario se convierta en poseedor, es necesario que haya cambiado el título, por ejemplo, porque adquiriera el bien por un contrato traslativo de dominio.

5.—*Presunción legal del animus.*—Dentro de la teoría de Savigny, y en relación con el *animus dominii*, se reconoce una presunción *juris tantum* para considerar que todo detentador tiene ese *animus*. En caso de controversia, únicamente, el detentador justificará el *corpus* y el título que se lo otorga y, por una presunción legal, se tomará en cuenta éste, para inferir de él el *animus*.

El poseedor debe comprobar la causa de su posesión, porque de ella se deriva el *animus abstracto*, o sea la voluntad legal de poseer. Según sea el título de la posesión, el juez puede considerar que hay simplemente una intención de detentar la cosa, cuando se tiene la posesión en nombre de otro, como ocurre con el arrendatario o el depositario; o bien, si del título se deriva el *animus dominii*, bastará la prueba respecto a la causa que originó la posesión, supongamos una venta, una adquisición por herencia, para que el juez considere el *animus dominii*.

Ihering resume la teoría de Savigny en los términos siguientes:

"El asunto a que estas investigaciones se refieren entraña la cuestión siguiente: una vez dadas las condiciones legales exteriores (*corpus*) de la relación posesoria, ¿de qué depende que haya posesión o tenencias? Savigny, y con él la doctrina imperante, responde que depende de la voluntad del que tiene la cosa. Si tiene la voluntad de poseer para él (*animus rem sibi habendi*), o al modo del propietario (*animus dominii*), hay posesión. Si tiene la voluntad de poseer para otro, hay tenencias".

"Sólo hay algunos casos, poco numerosos, en los cuales, a pesar de la falta de *animus dominii* el derecho romano ha admitido la posesión. En esos casos, que Savigny ha reunido bajo la denominación de posesión derivada el que tiene la cosa en sus manos no tiene, en realidad, el necesario *animus possidendi*; su voluntad tiende únicamente, como en los otros casos, a tener la cosa, no a poseerla, o sea producirse como un propietario, toda vez que reconoce como propietario a aquel de quien la ha recibido. Si, no obstante, el derecho romano le concede la posesión, hay que ver en ello una singularidad, una anomalía debida al predominio de determinadas consideraciones prácticas, sobre la consecuencia natural de la voluntad posesoria, o bien, como los romanos dirían, debido a que por *utilitatis causae*, se ha prescindido de la *ratio juris*.

Tal es en sus rasgos más capitales, la teoría imperante; teoría que designaré como teoría subjetiva o teoría de la voluntad (*Subjektivitätstheorie Willenstheorie*). La tengo por totalmente falsa, oponiéndole, bajo el nombre de teoría objetiva, mi propia opinión, que resumiré brevemente".

6.—*Crítica de Ihering.*—Crítica Ihering a la doctrina de Savigny, desde dos puntos de vista: a) Por lo que se refiere a la teoría de la posibilidad como base de la posesión; b) Por lo que toca al *animus dominii*:

a) Crítica de la teoría de la posibilidad.—Savigny había considerado que interpretando los textos romanos podía formularse esta regla general: siempre que haya la posibilidad de ejercer el poder físico en una

forma inmediata, exclusiva y presente, habrá posesión; cuando no exista esa posibilidad, no habrá posesión.

En contra de esta regla general, Ihering afirma que hay casos en el derecho romano, en los que existen la posibilidad y no se reconoce la posesión, y que hay otros en los que existe la posesión y no hay la posibilidad, de manera que la doctrina queda contradicha y objetada en las dos situaciones posibles.

Casos en los que existe la posibilidad y que no hay posesión: 1o. El del tesoro; 2o. En la compra-venta, cuando se entregan las llaves de la bodega donde están las mercancías.

1o.—En el caso del tesoro, el dueño del predio donde se encuentra tiene la posibilidad física de llegar a tener la posesión material del mismo, porque nadie puede de propia autoridad hacer obras de localización. Sin embargo, el derecho romano, y el moderno también, declaran que el poseedor del predio no lo es del tesoro.

2o.—En la compra-venta de muebles, cuando se entregan las llaves del local donde se encuentran, existe ahí la posibilidad con todas las características que señalaba Savigny, porque sólo el comprador puede abrir el local al tener las llaves y, sin embargo, el derecho romano declaró que en este caso no había posesión.

En seguida Ihering analiza dos casos en que hay posesión sin que haya posibilidad.

1o.—El animal capturado en las redes es del cazador y, por consiguiente, tiene la posesión; pero no la posibilidad con que los requisitos que exige Savigny, porque puede evadirse o alguien puede apropiárselo, dado que el cazador no está presente generalmente en el momento en que cae el animal en la trampa.

2o.—El dueño de las abejas que logran huir, según el derecho romano, continuaba como poseedor de las mismas a pesar de que ya no tenía la posibilidad inmediata y presente de ejercer el poder físico que caracteriza la posesión. En cuanto al dueño del predio donde aquellos animales se hubieren posado, tenía la posibilidad de ejercer el poder físico, supuesto que estaban en su predio, pero no la posesión, porque el derecho romano se la negaba.

b) Crítica a la teoría del *animus domini*.—Ihering formula su crítica desde tres puntos de vista: Una crítica que denomina lógica y legislativa; otra interna y, finalmente, una crítica práctica o de carácter procesal.

Crítica lógica.—En ella Ihering se empeña en demostrar que la base y el método de la teoría subjetiva son falsos. Al efecto hace preceder su crítica interna, con la prueba que él llama didáctica (Capítulo XI), para

después ocuparse de la construcción dialéctica de la teoría subietiva (Capítulo XIV).

En la prueba didáctica, Ihering somete la teoría subjetiva a una crítica de carácter legislativo, para demostrar que en ciertos casos tales como en la prenda, en el precario, en la enfiteusis, el derecho romano reconocía la posesión, sin que existiera el *animus dominii*, por lo que Savigny se vio obligado a llamar a estos casos de posesión derivada, imaginando una transmisión del *animus dominii* del dueño al detentor, pero reconociendo que éste sólo tenía el *animus detinendi*.

En concepto de Ihering, la idea del *animus dominii* fue una opinión personal de Paulo, desarrollada después por Savigny, también como elaboración estrictamente doctrinal, pero no como una fiel interpretación legislativa.

Ihering, en esta crítica de carácter legislativo, estima que como las excepciones se multiplican, indudablemente no se tuvo como razón, al hablar del *animus possidendi*, la circunstancia especial de que el poseedor se ostentara como propietario y ejerciera actos de dueño; que más bien *en el derecho romano, todo caso de detentación, es decir, cuando existe el corpus, el poder físico sobre la cosa, se consideró como de posesión*, y que los textos exceptuaron ciertas formas típicamente conocidas en el derecho romano, como la del arrendatario, del depositario, comodatario, sirviente y mandatario, etc., para considerar que en estos casos la detentación no implicaban la posesión.

**Crítica interna.**— La segunda crítica que formula Ihering es más interesante. Es la llamada crítica interna, porque ataca la doctrina de Savigny en sus postulados fundamentales. Ihering analiza las distintas reglas que enuncia Savigny derivadas del concepto del *animus dominii*.

1a. Regla.—Dice así: El *animus possidendi* debe definirse como *animus rem sibi habendi*. Quiere esto decir lo siguiente: cuando en derecho romano se hable de *animus possidendi*, se sobreentiende el *animus rem sibi habendi*. Esta expresión significa tener la cosa para sí detentarla con el ánimo de aprovecharla directamente.

Ihering considera la regla falsa porque encuentra el caso del representante indirecto, el del scuestratario y el del acreedor prendario, en los que existe el *animus possidendi*, porque así expresamente lo reconocieron los textos romanos, y éste es un hecho que no se discutió ni por el propio Savigny y, sin embargo, no hay en ellos el *animus rem sibi habendi*.

En los otros casos también comprueba Ihering que la primera regla es falsa, ya que el acreedor prendario o el secuestratario no tienen la cosa para sí. El acreedor prendario la retiene con una función muy distinta: una función de garantía, con la obligación de restituir la cosa sin poderla usar ni adueñarse de la misma, porque la ley prohíbe, por virtud del pacto comisorio, esta apropiación. En cuanto al secuestratario, retiene la cosa para entregarla a aquel que por sentencia o por adjudicación le corresponda; no hay tampoco *animus dominii* ni intención de retener la cosa para sí y no obstante el derecho romano le reconoció la posesión.

2a. Regla.—En todos los demás casos de tenencia, la voluntad del tenedor es la misma que la del poseedor.

De aquí desprende Savigny que nunca el detentador puede poseer para sí o en beneficio propio; que toda detentación nunca puede ser interesada; que el interés siempre radicará en el poseedor.

Ihering encuentra que hay casos de detentación interesada, es decir, en provecho del detentador, como ocurre con el arrendatario, que siendo un detentador, usa y goza de la cosa en provecho propio.

3a. Regla.—La voluntad del poseedor se caracteriza como permanente, en tanto que la del detentador es temporal.

Ihering considera falsa la regla, porque hay poseedores temporales. Es cierto que los detentadores siempre lo son; pero no es verdad que los poseedores sean siempre permanentes. Justamente los casos de posesión derivada demuestran que el acreedor prendario es un poseedor temporal, lo mismo que el secuestratario y el representante indirecto.

4a. Regla.—El poseedor es autónomo; el detentador es subordinado o dependiente del poseedor. También dice Ihering que esta regla es falsa. Hay poseedores autónomos y poseedores subordinados. Serán autónomos cuando tengan el *animus dominii*; pero serán subordinados cuando simplemente, por determinadas razones históricas, el derecho romano les concedió la posesión, a pesar de que no existía el *animus dominii*. El acreedor prendario, el secuestratario y el representante indirecto, son poseedores dependientes.

5a. Regla.—Según Savigny, todo poseedor aspira a la propiedad; toda posesión implica una pretensión de dominio. En cambio, la detentación no la implica.

Ihering también critica esta regla, fundándose en los casos ya mencionados de posesión derivada en que no hay la pretensión de propiedad y, sin embargo, hay la posesión.

Dice Savigny que la posesión implica un valor patrimonial porque



vale aun cuando no haya propiedad. Por tanto, está en el comercio y puede ser objeto de transmisión. El poseedor puede ceder este valor que tiene en su activo patrimonial, originando así una posesión originaria y una posesión derivada. Los poseedores derivados no tienen el *animus domini*; pero sí han adquirido la posesión independientemente del *animus*, por la transmisión, así como se adquiere cualquier derecho por la cesión del mismo.

El acreedor prendario es poseedor porque el dueño le cede su posesión durante el tiempo en que constituye la garantía.

Opina Ihering que este artificio de Savigny para hablar de una transmisión de la posesión, viene a demostrar la falsedad de su doctrina, porque si la posesión es susceptible de transmisión, ya no depende de *animus domini*: el poseedor puede transmitir su posesión al detentador, y entonces dependerá del capricho de las partes.

*Crítica práctica.*—Cuando surge una controversia sobre la posesión, según la teoría del *animus domini*, aplicada lógicamente, habría que imponer al poseedor la prueba de ese *animus* porque el que afirma está obligado a probar.

Sin embargo, Savigny, al referirse a la prueba del *animus*, comprendió que ésta era imposible, porque como situación subjetiva, no podría ser objeto de una comprobación objetiva, y entonces admite una presunción *juris tantum*; en todo caso de controversia, acepta que el poseedor no tenga que justificar el *animus domini*, sino sólo la causa que originó su posesión.

Se desplaza, dice Ihering, el problema relativo a la justificación de un elemento subjetivo por un elemento formal, ya que el poseedor no justificará el *animus*, sino que tendrá que justificar la causa, el origen de la posesión, el título que lo convirtió en poseedor.

Para Ihering, este desplazamiento del *animus* a la causa, implica una insuficiencia de la propia doctrina subjetiva; pero, además, demuestra que la controversia no se referirá al *animus*, sino a la causa, y en cuanto a ésta, considera Ihering que no toca al poseedor justificar el origen de su posesión, sino al adversario comprobar que la causa de la posesión no es reconocida por el derecho como suficiente para otorgar esa posesión. Ihering dice que, desde el punto de vista negativo, la doctrina de Savigny podría conciliarse con la suya, en el sentido de no tomar en cuenta el *animus*. En eso están conformes desde el punto de vista procesal; pero en cuanto a la causa, aunque debe relacionarse con el problema para investigar el título u origen de la posesión, no incumbe al que se afirma poseedor demostrar su título, sino que la ley lo presume, y sí incumbe al adversario demostrar que aquél tiene un título contrario.

7.—*Interpretación de Saleilles a la doctrina de Savigny.*—Raymundo Saleilles, en su obra "La Posesión" (traducción de J. Ma. Navarro de Palencia, Madrid, 1909), hace el siguiente extracto de la tesis de Savigny:

"No es que el corpus implique necesariamente una forma de posesión material ya realizada, sino pronta a realizarse". "Supone un acto externo y visible que revela la existencia de una dominación de hecho sobre la cosa misma; pero las condiciones de hecho que han de engendrar la efectividad de esta toma de posesión en sentido moral son: 1o.—La disponibilidad de la cosa; 2o.—La posibilidad e inmediata de cometerla a su poder físico; 3o.—y último: la de excluir toda intromisión de extraños.

"De lo dicho se deduce que esta idea de potestad, porque en sí misma lleva consigo la idea de posibilidad física e inmediata de apoderarse de la cosa, da lugar a la existencia de ciertos elementos de carácter puramente formalista, como, por ejemplo, la presencia del objeto.

"La exigía Savigny, porque los textos, que dejan a un lado la condición rigurosa de una aprehensión efectiva, consideran, sin embargo necesario, por lo menos, que se haga la entrega del objeto ante él mismo; y en ello veía Savigny una condición imprescindible y esencial, hasta el punto de que, a semejanza de ciertos textos de los cuales nos ocuparemos al hablar de la adquisición de la posesión, en los que nada se dice expresamente de que el poseedor haya estado presente, Savigny sobreentendía siempre y en todos los casos el requisito de presencia.

"Y ahora completemos ideas de Savigny con algunas palabras acerca de su teoría sobre la custodia. Savigny hubo de encontrarse ante una solución que, al parecer, contradecía radicalmente su teoría.

"La solución nos la da Celso en la ley 18, No. 2o., del título en el cual se dice que si por orden mía deposita el vendedor en mi casa el objeto comprado por mí, me convierto en poseedor inmediato por el solo hecho del depósito en mi casa, aun cuando no esté en ella al traerlo y a pesar de que mis esclavos ignoren, al recibirla, mi compra, y aunque yo mismo ignorase que el depósito ha tenido lugar; en una palabra, con anterioridad a toda toma efectiva.

"Savigny hallóse con que la posesión era adquirida por el poseedor sin que la entrega hubiera tenido lugar en presencia de este último; al hacerse el depósito estaba ausente el poseedor, de modo que adquiriría la posesión mediante una entrega efectiva, sin estar él ante la cosa.

"La explicación que a esto daba Savigny fue ingeniosísima: para él no era una condición formal, como para los glosadores, la presencia del objeto, sino una exigencia encaminada a manifestar y realizar la posibilidad de una aprehensión inmediata sobre la cosa, descubriendo, por consiguiente, esta idea capital de dominación que constituye el elemento primordial del concepto; el depósito en la casa del comprador, tenía para Savigny un valor equivalente y debía producir el mismo efecto, porque cuanto existe en la casa de un individuo se reputa bajo la custodia del que la habita; y para el dueño que ocupe la casa, la idea de poder y de dominación abarca todas las cosas que hay en ella bajo su guarda, bajo su custodia".

"Se dijo que la casa es un instrumento de aprehensión, a causa de hallarse bajo su custodia y a cubierto cuanto en ella hay depositado".

Además de esta síntesis de Saleilles sobre el corpus y su significa-

ción en la doctrina de Savigny, dicho autor nos expone también su interpretación del "animus" en la misma doctrina.

"En una fórmula sencillísima y de las más breves puede encerrarse la teoría reinante sobre el animus domini, a saber: la existencia de la posesión, no sólo implica un estado de hecho material, representado por lo que llamamos corpus posesorio, sino que implica también la existencia de una voluntad especial en el que pretende poseer; y esta voluntad es la intención, expresada jurídicamente, de obrar como propietario y aspirar a la propiedad. A esto es a lo que se denomina animus domini. Este animus domini no puede ser únicamente un fenómeno íntimo sólo en el fuero interno, porque si así fuera, no habría más prueba de él que la declaración del pretendido poseedor: tiene que aparecer del título mismo en virtud del cual detenta. Esta es la razón de que a los detentadores precoristas no se les reconozca el animus domini y queden, por consiguiente, excluidos de la posesión; puesto que en el título mismo que los autoriza a disfrutar de la cosa, reconocen la propiedad de otro y renunciar a aspirar a la propiedad.

"Sin embargo, como se declara poseedores a ciertos detentadores por otro, como sucede al acreedor prendario, al precario y otros, descurrió Savigny que la posesión era un valor transmisible como cualquiera otro derecho o valor patrimonial, y que, por consiguiente, en estos casos excepcionales, se consideraba transmitida por el poseedor originario su posesión al detentador; de modo que para Savigny había dos clases de posesión: una originaria y otra derivada.

"Este es el resumen de toda la teoría reinante acerca del animus domini". (ob. cit., págs. 163 y 166).

8.—*Teoría de Ihering o teoría objetiva de la posesión.*—Ihering reconoce que existen en la posesión dos elementos: corpus y animus, pero los entiende en forma muy diferente de Savigny. Por lo que hace al corpus, considera que es, simplemente, la manera de exteriorizar el animus mediante un conjunto de hechos que demuestran una explotación económica de la cosa, y que también son la forma visible de la propiedad.

a) El corpus según Ihering.—Para este autor, el corpus no queda constituido por una simple relación física de lugar, de proximidad o de contacto entre el hombre y la cosa. Dice que esta relación física carece de significación jurídica. Puede existir la proximidad material o el contacto entre el hombre y la cosa sin que haya posesión. Para que la relación física adquiera significación jurídica, en primer lugar es necesario que exista el interés. Este es fundamental en toda la doctrina de Ihering, no sólo por lo que refiere a la posesión, ya que él define al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. Por consiguiente, el detentador debe tener un interés y no simplemente esa relación física con la cosa. Ese interés motiva su voluntad para perseguir un fin; este fin es llevar a cabo la explotación económica de la cosa.

Ihering, al hablar del fundamento de la protección posesoria, ca-

racteriza al corpus indicando que éste es la forma de exteriorizar el derecho de propiedad; la manera de hacerlo visible.

b) El animus indisolublemente ligado al corpus.—También es la forma de exteriorizar un determinado propósito de explotación económica, y este propósito constituye el animus, en sentido muy diverso de aquel animus dominii a que se refiere Savigny. Dice Ihering que como el corpus no queda constituido por una simple relación material, sino por un interés que motiva la voluntad para perseguir un fin, el corpus se encuentra ligado en forma indisoluble con el animus, o en otras palabras, el propósito de explotación económica que existe en la intención del poseedor, se traduce en una serie de actos que constituyen el corpus, así que en todo fenómeno material de explotación económica habrá en el fondo un propósito, y éste es el que constituye el animus.

No hay posibilidad de desligar el animus del corpus: constituyen un todo indivisible en forma muy diversa de aquella en que los presenta Savigny, completamente desligados, pues para este último puede haber la detentación sin el animus, o el animus dominii, sin tener materialmente el corpus, habiendo delegado éste en un tercero.

Ihering considera que es un error divorciar ambos elementos. Una consecuencia de interceptar el animus a que se referían los romanos, en forma muy diversa de la que los propios textos implicaban. Evidentemente que si se considera el animus como dominii, sí se puede desligar del corpus; pero si se comprende como el simple propósito de explotación económica de una cosa, y el corpus como el conjunto de actos que permiten esa explotación, habrá una liga constante entre el corpus y el animus. Estos dos elementos constituirán un todo indivisible de tal manera que —dice Ihering— del corpus se infiere el animus, y por eso concluye considerando que todo fenómeno de detentación es un fenómeno de posesión, pues en toda persona consciente, el hecho de explotación económica de una cosa, implica un propósito.

De aquí afirma que los romanos presumieron siempre el animus del corpus; que por esta razón puede considerarse que, salvo excepción expresa de la ley, todo detentador es un poseedor.

En la teoría objetiva el animus tiene una significación económica, es decir, revela un propósito de simple explotación lucrativa, y esto se presenta en los diversos casos de detentación; pero advierte Ihering que por determinadas razones que no se justifican jurídicamente, los romanos admitieron excepciones en ciertos casos muy bien conocidos, pues no obstante la detentación y la explotación económica, no se consideraba al detentador como poseedor. Esto ocurrió con el arrendatario, el comodatario, el depositario, el mandatario, el sirviente, etc.

Con estos antecedentes, Ihering concluye que en tanto que no exista un texto expreso que declare que un caso de detentación no es de posesión, debe reputarse al detentador como poseedor; todo caso de duda debe considerarse como de posesión, y sólo cuando por determinadas razones el legislador dispone expresamente que el detentador no será poseedor, entonces habrá que someterse al texto de la ley.

c) Nueva tesis en cuanto a la prueba.—Reconoce Ihering que en cuanto a la prueba de la posesión, durante muchos años sostuvo una teoría que terminó por modificar, por considerarla inadecuada. A esta teoría la denominó teoría de la causa en la posesión, y llegaba a las mismas conclusiones desde el punto de vista negativo, pero no desde el positivo. Conforme a ella, Ihering pensó que no debería ser el animus, en la forma en que lo entendía Savigny, el determinante de la posesión o detentación, sino la causa u origen de las mismas, lo que permitiera al juez, en caso de controversia, resolver el problema. Consideró que el juez debería investigar la causa y no el animus, pero sólo cuando el adversario, al impugnar, presentara pruebas de que el origen de la posesión había sido un título que no la confería en nombre propio, sino en nombre ajeno.

Si el adversario no provocaba esta cuestión oponiendo la excepción correspondiente, el juez debería presumir, aunque el actor no rindiera prueba, que la causa de la posesión era en nombre propio. Es decir, había una presunción de la causa possessionis, y por esto se entendía poseer en nombre propio. Esta presunción juris tantum, sólo quedaba destruida por el demandado oponiendo la excepción correspondiente y rindiendo prueba para demostrar cuál fue el título u origen de la posesión.

Desde el punto de vista negativo, dice Ihering que esta primera elaboración que después consideró inadecuada, coincidía con su doctrina que expone en su obra "El Papel de la Voluntad en la Posesión", ya como doctrina final.

Desde el punto de vista positivo, hay una diferencia profunda entre sus dos teorías: en la de la causa, el juez hace la distinción entre posesión y tenencia tomando en cuenta el título u origen de la posesión. En cambio, en la teoría definitiva el juez formula esa diferencia desde un punto de vista estrictamente legislativo. Ya no sería el título o el origen, sino la existencia de un precepto expreso que declare que en ciertos casos es tenencia y no posesión, y si no hay ese texto expreso, todo caso de tenencia se presume que es de posesión, y esta presunción ya no será juris tantum, sino absoluta.

Veremos después que Saleilles formula esta interrogación: ¿En donde ha visto Ihering que los textos romanos declaren expresamente que ciertos casos no son de posesión? Saleilles dice que ha buscado cuidadosa-

mente en todos estos textos y jamás ha encontrado ese procedimiento de exclusión que imaginó Ihering; por esta razón los juriconsultos resolvían los casos sin tener que buscar la excepción en el texto, porque no la encontraban. De lo contrario hubiera sido muy fácil elaborar una doctrina romana perfectamente clara, si hubiera esos textos de carácter excepcional. Lo único que encontró fueron decisiones de juriconsultos romanos que interpretaban los textos, porque no eran lo suficientemente claros, como lo pretendía Ihering.

Dice Ihering que probablemente sus adversarios le formulen esta objeción: en la doctrina de Savigny no se trata de justificar el animus personal, más o menos arbitrario y caprichoso, sino el legal, que deriva del título. Por esto, tratan de considerar que se sigue justificando el animus al comprobar el título; que la prueba del título es en rigor prueba de animus, pero no del personal, sino del señalado por la ley para cada forma de posesión, según el contrato o acto jurídico que le dé origen. En una compra-venta no se tendrá que justificar el animus personal del comprador, sino el animus legal que deriva del contrato de compra-venta.

Afirma Ihering que aunque la objeción no se formuló en rigor no le afecta, porque la prueba del título no es la del animus, y, además, no le incumbe al poseedor.

9.—*Crítica de Saleilles a la doctrina de Ihering.*— Afirma Saleilles que existe una antinomia en la tesis de Ihering si se considera separadamente su doctrina respecto a la protección posesoria, y sobre el concepto de corpus y animus. En efecto, Ihering considera que debe protegerse la posesión porque es una manifestación del derecho de propiedad; en otras palabras, que la posesión no debe protegerse por sí misma, sino como complemento necesario de la propiedad. También para Ihering el corpus es el conjunto de estados de hecho, mediante los cuales se manifiesta el derecho de propiedad, es el elemento material a través del cual se hace visible, el aspecto externo de la misma, lo que la descubre y hace perceptible al propietario. Por otra parte Ihering dice que todo estado de detención debe reputarse como un caso de posesión, sin necesidad de que exista el animus domini, o sea, aun cuando se excluya toda exteriorización del derecho de propiedad, lo que permite decir que basta el vínculo de explotación económica para caracterizar la posesión.

10.—*Tesis de Saleilles.*—Este eminente profesor francés estructura propiamente una teoría ecléctica de la posesión, por cuanto que se coloca en una posición intermedia, pero muy inteligente y fundada entre las doctrinas opuestas de Savigny y de Ihering. Acepta Saleilles los dos elementos

de la teoría clásica de la posesión: el corpus y el animus; pero al primero le da un significado muy distinto de aquel que le atribuyeron respectivamente Ihering y Savigny, y en cuanto al segundo no acepta la doctrina del animus domini, dándole a este elemento psicológico no una calificación jurídica sino económica.

a) Concepto de Saleilles sobre el corpus.—Categorícamente lo caracteriza en los siguientes términos:

"Afirmo, por consiguiente, que lo que constituye el corpus posesorio, es un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo, entre aquel a quien dichos hechos se refieren, y la cosa, que éstos tienen por objeto" (Saleilles, ob. cit., pág. 160).

Para Saleilles el criterio adoptado por la doctrina romana fue el de considerar a la posesión como un estado de hecho que revela un fenómeno de apropiación económica. A este respecto dice:

"De manera que aparece claro que la idea principal, la originaria y la que informó la concepción normal, fue la de dar la preferencia al concepto de apropiación económica sobre el de apropiación jurídica: el ladrón adquiere la posesión aun cuando otro se presente rodeado de todas las apariencias de la propiedad". (Saleilles, ob. cit., pág. 154).

Se nota desde luego, que este concepto del corpus de Saleilles difiere sustancialmente del de Savigny y del de Ihering. En el primero, hemos visto que el corpus consiste en la posibilidad, actual y exclusiva de aprehensión inmediata de unas cosas con exclusión de terceros. En cambio, en Saleilles se trata de un conjunto de hechos que demuestran un estado permanente de apropiación económica.

Saleilles expresa claramente su idea del corpus, para distinguirla del concepto que formularon los glosadores, del de Savigny y de la tesis de Ihering, en el siguiente pasaje de su obra:

"De esta suerte que lo que constituye el corpus en materia de posesión, no es un hecho material preciso y determinado, como la aprehensión corporal, según decían los glosadores, o bien la tradición realizada ante la cosa, como quería Savigny; no puede citarse previamente hecho alguno determinado que encarne la realización del corpus posesorio. En materia de posesión, el corpus es una relación de tal naturaleza, que nos descubre el propietario y que corresponde a lo que sería el ejercicio de un verdadero derecho de propiedad".

"Sin embargo, no puede decirse de antemano en qué ha de consistir esta relación, porque depende de la forma en que se ejercita el derecho de propiedad, y este ejercicio depende a su vez de los tres factores siguientes: 1o.—Naturaleza de la cosa; 2o.—Forma de utilizarla desde el punto de vista económico;

y 3o.—Del uso, siempre variable, según el país y la época; uso que indica cómo los propietarios de un determinado país, en un cierto estado de civilización, gozan de sus cosas conforme a las costumbres dominantes de la época”.

“De modo que la estructura del corpus posesorio depende de la naturaleza de la cosa, de los hechos económicos y de los usos de la vida en una determinada época” (Saleilles, ob. cit., págs. 48 y 49).

Para Saleilles la posesión es un fenómeno económico de apropiación de una riqueza. Para Savigny, la apropiación debe ser jurídica. No basta la económica, porque aún no existe el *animus domini* que es un grado más de la apropiación económica, para convertirla en jurídica. También Saleilles en este caso se aparta de Ihering, porque considera que no es el simple hecho de explotación económica el que constituye el corpus, sino la apropiación. De acuerdo con Saleilles, el simple explotador de un cierto bien no es aún un poseedor, porque puede no haberse apropiado desde el punto de vista económico aquel bien. Considera que hay una explotación dependiente como la que tiene el arrendatario, el comodatario, que están subordinadas en el uso y goce de la cosa a un contrato.

Los requisitos que deben existir para que la apropiación económica constituya el corpus en la posesión son: 1o. Debe ser permanente 2o. Debe ser actual. El contrato o acto jurídico por el cual se estipule una posible apropiación de la cosa, no da la posesión; 3o. Debe ser indiscutible, es decir, el poseedor debe presentarse ante los demás como el único dominador de la cosa; 4o. Debe ser pública; ostentarse el poseedor ante todo mundo ejerciendo los actos materiales de explotación económica que revelen su propósito de adueñarse de la cosa.

No obstante que Saleilles en esta primera parte caracteriza el corpus posesorio desde el punto de vista exclusivamente económico, por la idea de apropiación de la cosa, en párrafos posteriores se acerca a la doctrina de Savigny y nos presenta al poseedor dotado de un *domini*. En nuestro concepto, hay en esto cierta contradicción en la teoría de Saleilles.

En esos párrafos afirma que el poseedor debe velarse como dueño; que debe tener la intención de tal; que si no tiene esa intención no es poseedor; y ya la diferencia que trató de formular entre la apropiación económica y la jurídica parece borrarse.

“Resumiendo, obrar como dueño es querer ser dueño. Y en efecto, así lo dicen nuestros textos: Afirmando que para ser poseedor es preciso querer poseer, lo cual significa que para ser poseedor es preciso querer obrar como dueño; y no cabe duda que a quien rehusa obrar como dueño, no se le puede considerar positivamente como dueño de la cosa. Y esto es cuanto Paulo quiso decir al hablar del *animus possidendi*” (Saleilles, ob. cit., pág. 292).

b) Concepto de Saleilles sobre el *animus*.—Debe abandonarse definitivamente la teoría del *animus domini*, y reconocerse como punto de



partida la teoría de Ihering, en el sentido de que, el animus en la posesión, ya no debe consistir en la intención de tener la cosa a título de propietario y adueñarse de ella, sino en el propósito de realizar una apropiación simplemente económica de la cosa, obrando como si se fuera dueño material de la misma. De esta suerte, Saleilles define la posesión en los siguientes términos:

“La posesión es la realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas”. (Ob. cit., pág. 285).

Dicha voluntad debe recaer sobre el corpus no en el sentido en que lo entienden Ihering y Savigny, sino como un fenómeno de apropiación que no implica necesariamente el ejercicio del derecho de propiedad, y por esto agrega:

“En vista de esto, el poseedor será aquel que en el mundo fenomenal externo aparezca como dueño de hecho y con propósito de serlo de la cosa”. (Ob. cit., pág. 285).

Saleilles opina que es inexacta la afirmación y la crítica de Ihering en el sentido de que Paulo inventó la teoría del animus domini, como explicación exclusivamente personal que dicho jurisconsulto imaginó para interpretar los textos romanos. En concepto de Saleilles, Paulo no llegó a inventar la teoría del animus domini, sino que esto fue obra de Savigny. Para Saleilles, Paulo se refiere simplemente al animus possidendi, y no al animus domini, en la inteligencia de que no fue un principio teórico, sino reconocido por los textos romanos y aplicado constantemente a las soluciones prácticas, de tal suerte que constituyó la base de toda la teoría posesoria romana.

“Los dos principios que se pueden establecer acerca del particular son los siguientes, que sólo tengo que recordar:

1o.—El saber si hay posesión o detentación depende de la causa possessionis.

2o.—El factor decisivo para averiguar si el usurpador clandestino de un inmueble ha adquirido la posesión, es la conducta del poseedor anterior; y para esto hay que acudir a la toma de posesión; conocer si de esto tuvo conocimiento el poseedor ausente, y si lo tuvo, si trató de repeler al usurpador. De modo que el acto presente de detentación no basta para convertir al usurpador en poseedor.

De modo que si un loco detenta actualmente una cosa, no sabemos si es poseedor o detentador hasta que conozcamos en qué condiciones se realizó la toma de posesión, y nos cercioremos de si en este momento pudo tener o no propósito de poseer (págs. 295 y 296).

“Hasta el presente sólo he afirmado los dos extremos siguientes: en primer lugar, que la posesión implica un elemento voluntario, en lo cual estoy conforme con Ihering.

En segundo lugar, que esta voluntad recae sobre el hecho y no sobre el derecho; y en esto también convengo con la teoría de Ihering.

Únicamente me aparto de ella en lo siguiente: el acto en que consiste el animus no es simple acto de tenencia y disfrute de la cosa, es el acto de señorío, que debe ser tal, que implique que no hay renuncia a este señorío y, por consiguiente, existe un animus possidendi distinto de la voluntad de retener y gozar la cosa, y, distinto, por consiguiente del animus detinendi de que habla Ihering" (Saleilles, ob. cit., pág. 297).

Finaliza Saleilles su estudio demostrando la diferencia práctica que hay entre su teoría y la de Ihering. Para éste el criterio es puramente legislativo, puesto que cualquier detentación, será posesión, excepto en los casos en que la ley diga lo contrario, pues es la única que puede hacer descender la posesión al rango inferior de la detentación. Ahora bien, Saleilles considera que este criterio está en contra de lo que demuestra la evolución histórica del derecho romano, y se pregunta:

"¿Dónde ha visto Ihering en Roma que el legislador haga directamente esta exclusión? La encargada de realizar esto fue la doctrina; los jurisconsultos fueron los que decidían, no sin echar por delante, causas jurídicas..." (Saleilles, ob. cit., pág. 314).

El criterio que propone Saleilles para sostener esa diferenciación, se funda, según él, en la evolución del derecho romano y es el siguiente:

"Hay posesión allí, donde hay un vínculo de hecho, capaz de probar la independencia económica del poseedor".

Su teoría la considera desde luego más flexible que la de Ihering porque nada pide a la ley, sino a la doctrina, como en Roma.

Tomando en cuenta estas ideas, Saleilles define la posesión de esta manera:

"Puedo, por lo tanto, definir la posesión: *Efectividad consciente y querida de apropiación económica de las cosas*. Estará constituida por el simple hecho de aparecer el detentador como dueño de la cosa desde el punto de vista económico; el título de toma de posesión habrá que tomarlo en consideración sólo en tanto que contradiga las apariencias que revela el acto de la detentación, y también en tanto que imprima a la posesión del detentador un carácter de dependencia económica que excluya toda idea de posesión jurídica".

Concluye haciendo una comparación entre su definición, la de Savigny y la de Ihering, en estos términos:

"Podemos hacer una especie de clasificación de las teorías posesorias, reuniéndolas en tres grupos, a saber:

10.—La de Ihering, que funda la posesión en el *vínculo de explotación económica*; en ésta es poseedor todo el que detenta, salvo el hallarse exceptuado expresamente por la ley.

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

30.—Entre estas dos teorías puede colocarse, a modo de grado intermedio, la teoría que acabo de exponer, que funda la posesión en la *relación de apropiación económica*, y que declara poseedor a todo aquel que en el orden de los hechos aparezca gozando independientemente, y a quien entre todos aquellos que mantienen relaciones de hecho con la cosa, deba considerársele, con justo título, como dueño de hecho de la misma". (Saleilles, ob. cit., págs. 322 a 326).

## CAPÍTULO II

### LA POSESIÓN EN NUESTROS CÓDIGOS

1.—*Códigos anteriores*.—En los Códigos de 1870 y 1884 se define la posesión como la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre.

En esta definición encontramos los elementos clásicos: el corpus y el animus.

El corpus queda constituido por la tenencia de una cosa o por el goce de un derecho. El animus consiste en llevar a cabo esa tenencia o goce por nosotros mismos, o por otro en nuestro nombre. Notaremos que ya no se dice en nuestros Códigos que la tenencia o el goce de los derechos sea en concepto de dueño.

En la misma exposición de motivos del Código de 1870 se toma en cuenta el concepto que propuso García Goyena en su proyecto de Código Civil para España: la posesión es la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueño.

No obstante que la comisión tuvo a la vista esta definición del jurista español, suprime la última frase "en concepto de dueño", seguramente porque consideró que no toda forma de posesión implica el animus domini; que de acuerdo con los textos romanos, según hemos explicado, no es el animus domini, sino el animus rem sibi habendi. es decir, tener la cosa para sí, tenerla en nombre propio, o como dice nuestro Código: "... por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre. . ."

García Goyena sí admite los dos requisitos que están implícitos en la doctrina del animus domini de Savigny. Esta teoría supone que la cosa se tiene en nombre propio y, además, en concepto de dueño.

Si en la definición que propone el artículo 822 del Código de 1884, se dijera que la posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueño, se estaría limitando la posesión de los derechos sólo al goce de la propiedad, y no se admitiría la posesión de otros derechos reales o personales que confieren el uso o goce de las cosas.

En artículos posteriores se dice en nuestros Códigos de 1870 y 1884 que únicamente es poseedor en derecho aquel que posee en nombre propio; que el que posee en nombre ajeno no es poseedor en derecho (Art. 826).

En este concepto se mantiene la idea tradicional sustentada en el derecho romano, según la cual basta para poseer tener la cosa para sí o sea en nombre propio y no en nombre ajeno. Ya vimos que tanto Ihering como Saleilles han confirmado que los textos romanos nunca hablaron del *animus dominii* y siempre se refirieron al *animus* entendido como *possidendi*.

Nuestro Código, por consiguiente, acepta el concepto tradicional interpretado en esta forma. Por otra parte, admite una presunción *juris tantum* para considerar que todo poseedor es propietario de la cosa. Esta presunción, como lo hizo notar Ihering, viene a suavizar o neutralizar las consecuencias que Savigny pretende deducir de su teoría del *animus dominii*, es decir, evita la preponderancia de este elemento psicológico, para considerar que en toda posesión, justifica la tenencia, habrá que inferir el *animus*, y que el *animus* que se presume será el *dominii*. De esta suerte, para el procedimiento, en caso de controversia, el poseedor tendría que justificar los hechos constitutivos del *corpus*, y por la presunción legal prevista en el artículo 827 se considerará que ese *corpus* es en nombre propio, y que, en consecuencia, también se presumirá propietario.

El artículo 828 dispone que "la posesión da al que la tiene presunción de propietario para todos los efectos legales", tocándole, por consiguiente, en caso de controversia, al que impugne la posesión, demostrar que existe una causa excluyente de la misma, es decir, el adversario que impugne la posesión tendrá que justificar que por virtud de un acto jurídico, de un contrato, el que se ostenta como poseedor está detentando la cosa en nombre de otro. No se acepta, por lo tanto, en todo su rigor la teoría del *animus dominii* desde el punto de vista procesal.

Nuestro Código de 1884 sigue la teoría que se consideró tradicional, pues por una doble presunción basta justificar la tenencia para llegar a la posesión, y de ésta a la propiedad. Dice el artículo 825 que "el poseedor tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo". La ley

presume o infiere del corpus, el animus. Sería más correcto decir que "el *detentador* tiene a su favor la presunción de poseer por sí mismo".

Por virtud de esta presunción legal, relacionamos el caso con otra presunción para inferir el animus dominii, reconocida en el artículo 828: "La posesión da al que la tiene presunción de propietario para todos los efectos degales".

2.—*Detentación*.—De acuerdo con los Códigos de 1870 y 1884, la posesión en nombre de otro se denominaba detentación o posesión precaria. Claramente se decía que el poseedor en nombre de otro no era poseedor en derecho. Se consideraba como poseedor en nombre de otro aquel que recibía la cosa por virtud de un contrato o de un acto jurídico para detentarla temporalmente y restituirla al propietario.

Lafaille, ob. cit., t. III, págs. 66 y 67.

Podía haber una detentación económica dependiente o independiente, interesada o desinteresada, pero en todos estos casos el detentador, aunque aprovechara la cosa, siempre la tenía en nombre y por cuenta de otro para restituirla en un plazo determinado.

Se consideró que esta detentación originaba una simple posesión precaria; que podría tener algunas consecuencias, como el uso de los interdictos; en algunos casos la apropiación de los frutos de la cosa, como en el arrendamiento o en el usufructo; pero que no confería las acciones posesorias ni tampoco era una posesión apta para adquirir la propiedad por virtud de la prescripción.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, pág. 159.

En cambio, la posesión en nombre propio, en primer término, constituía la forma de adquirir la propiedad mediante la prescripción, además, confería las acciones posesorias, el derecho a apropiarse de los frutos de la cosa y, finalmente, el goce de los interdictos que también se presenta para la posesión precaria respecto de bienes inmuebles.

3.—*Causa eficiente en la posesión y en la detentación*.—La posesión en nombre propio puede tener como causa un acto jurídico o un hecho jurídico, y el hecho jurídico puede ser lícito o ilícito. En cambio, la detentación siempre tiene como causa un acto jurídico y no puede presentarse detentación nacida de un hecho jurídico. Consiguientemente, el acto jurídico, para que sea válido debe ser lícito.

Como la detentación supone la entrega de una cosa por un cierto tiempo, para que se custodie, para que se use o se goce conservando el dueño el dominio y delegando el corpus temporalmente en el detentador, es evidente que se requiere un acto jurídico para llevar a cabo esa delegación del corpus. Ese acto jurídico puede ser un contrato (de arrendamiento, depósito, comodato, o que dé origen a los derechos reales de uso, habitación, usufructo, prenda), o puede ser un acto jurídico en el que por una comisión o encargo se entregue a una persona la custodia o administración de una cosa (por ejemplo, el nombramiento del tutor que trae consigo la entrega al tutor de los bienes del incapacitado con la administración de los mismos).

Planiol y Ripert, *ob. cit.*, t. III, págs. 160 y 161.

Los actos jurídicos que engendran la posesión son los contratos translativos de dominio (venta, permuta, donación, sociedad) o bien los actos que implican adquisiciones a título universal o particular.

Por virtud de la herencia hay adquisiciones a título universal, y los herederos se convierten en poseedores desde el momento mismo de la muerte del autor de la herencia. El legatario adquiere también, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, la posesión de los bienes objeto del legado.

Tanto el heredero como el legatario se reputan poseedores originarios y adquieren tal carácter desde el momento de la muerte del *de cuius*, no obstante que sea el albacea quien ejerza realmente el poder de hecho, pero en calidad de poseedor derivado.

Hasta aquí encontramos actos jurídicos y, por consiguiente, situaciones lícitas; pero la posesión puede engendrarse de un estado jurídico, como por ejemplo, la ocupación de las cosas que no tienen dueño.

En la ocupación bélica, que se ha considerado como forma de ocupación no obstante que las cosas tienen un dueño; el vencedor se las apropia. La posesión se considera ilícita desde el punto de vista del vencido, y lícita desde el punto de vista del derecho que impone el grupo conquistador.

Las distintas formas que hemos visto de ocupación de bienes muebles; descubrimiento de un tesoro, captación de aguas, adquisición de animales por caza o pesca, son formas que dan la posesión mediante hechos lícitos. En la accesión encontramos también hechos jurídicos que dan la posesión en una forma lícita.

Puede existir, cuando hay mala fe en la incorporación o unión de las cosas, una situación ilícita. Puede adquirirse la posesión mediante un

delito, y esta posesión, que generalmente se presenta en el ladrón o en el usurpador, es *animus domini*; se tiene con el propósito de adquirir la cosa en propiedad.

Además de la causa, la detentación se distingue de la posesión en el mismo elemento psicológico que caracteriza toda forma de posesión, y que según Savigny debería ser el *animus domini*; pero según nuestro derecho anterior, bastaba con que fuera el ánimo de poseer la cosa en nombre propio. En cambio, en la detentación la posesión se tenía siempre en nombre de otro.

Una nueva distinción se nota considerando que la detentación continúa en tal estado. Se ha dicho que la detentación se mantiene en tanto no exista un cambio de título: el detentador siempre será detentador, y el tiempo o el deseo personal y arbitrario nunca podrán convertirlo en poseedor. El depositario será indefinidamente depositario, mientras no concluya el contrato, y el tiempo no otorga al depositario la posesión, no lo convertirá en poseedor; el arrendatario, cualquiera que sea el tiempo que dure el contrato de arrendamiento, será siempre un detentador.

Además, el cambio de ánimo en el depositario o arrendatario no puede transformar la detentación en posesión, porque este cambio de ánimo no depende exclusivamente del deseo del detentador. El que se opere jurídicamente el cambio de ánimo depende de un nuevo título que dé derecho para poseer como dueño.

Se requiere, por consiguiente, una causa objetiva y no subjetiva, para que la detentación se convierta en posesión. De lo contrario, el detentador continuará siendo indefinidamente detentador.

Dice el artículo 827 que "se presume que el que comenzó a poseer en nombre de otro continúa poseyendo con igual carácter". El artículo 1071 agrega que "se considera legalmente mudada la causa de la posesión cuando el que poseía a nombre de otro comienza a poseer de buena fe y con justo título en nombre propio; pero en este caso la prescripción no corre sino desde el día en que se haya mudado la causa".

Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, págs. 164 y 165.

4.—*Código alemán*.—Estudiaremos la posesión en nuestro Código Civil vigente; pero como éste se inspira en el alemán y en el suizo, conviene antes exponer el concepto de posesión en los mismos.

Según el Código Civil alemán, existe posesión cuando se ejerce un poder de hecho sobre una cosa.

Desde luego, al emplear el Código la expresión "poder de hecho", ya califica la relación material con la circunstancia de un dominio o seño-

río a través del poder, y este poder puede ser de distintos grados, según sea jurídico, cuando se tenga la posesión por virtud de un derecho, o poder económico, cuando se tenga por virtud de un hecho.

Enneccerus, Kipp y Wolff. ob. cit., t. III, v. I, pág. 23.

Este Código distingue dos clases de posesión: la inmediata y la mediata. Existe posesión inmediata cuando se tiene relación directa con la cosa manteniendo el corpus de la misma y ejerciendo poder efectivo de hecho.

Se le llama poseedor inmediato o directo, porque está materialmente en contacto con la cosa, y porque ejerce el poder sin recurrir a ningún intermediario.

El poseedor mediato es aquel que posee por conducto de otro, es decir, mediante otro, y de aquí el término. El poseedor mediato tiene la posesión originaria en nombre propio y sólo delega su posesión por un acto jurídico al mediador posesorio. Puede existir posesión mediata, aun cuando el título de propiedad sea insuficiente, nulo o viciado; basta con tener la posesión originaria en nombre propio, para que esta posesión se considere como mediata; pero es necesario delegar esa posesión en otro para que se pueda calificar de mediata o indirecta.

En el Código alemán se hace una distinción entre la posesión inmediata independiente y la posesión inmediata dependiente. Se considera que cuando por el acto jurídico el poseedor inmediato retiene la cosa en provecho propio, es un poseedor independiente; cuando retiene la cosa en provecho del poseedor mediato, se le considera dependiente.

Además, el citado Código distingue la detentación subordinada, cuando hay una subordinación económica que obliga al detentador a conformarse con las instrucciones recibidas por virtud del empleo, del trabajo o del oficio que desempeñe en favor del poseedor. Tienen detentación subordinada el sirviente, los empleados y trabajadores que detentan cosas del patrón.

En el Art. 868 se dice:

"Si alguno posee una cosa en calidad de usufructuario, acreedor prendario, arrendatario, depositario o por otro título que le dé derecho o que le obligue respecto de otro a poseer temporalmente, el último es igualmente poseedor".

Además de estos preceptos, en el Código Civil alemán encontramos otros artículos que confirman el concepto de la posesión como poder de hecho. Por ejemplo, el 856 dice que "la posesión cesa cuando el poseedor abandona su poder de hecho sobre la cosa, o cuando lo pierde de cual-



quier otra manera". Así como se adquiere la posesión por cualquier causa que origine un poder de hecho sobre la cosa, se pierde cuando se deja de ejercer ese poder.

En el abandono de las cosas también se pierde el poder de hecho, tanto desde el punto de vista material como subjetivo, porque el animus también se pierde desde el momento en que la cosa se encuentra intencionalmente abandonada.

Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., t. III, v. I, págs. 74 y 75.

5.—*Código suizo*.—Sus disposiciones, tienen, asimismo, influencia preponderante sobre el *Código Civil del Distrito y Territorios Federales*. Según el Código suizo, la posesión se caracteriza como el ejercicio de un poder de hecho; pero además, acepta que el goce efectivo de los derechos otorga la posesión de los mismos, siguiendo la tradición jurídica posterior al derecho romano que admite la antigua distinción entre posesión de cosas y posesión de derechos.

Dice el Art. 919 del Código suizo: "Aquel que tiene poder efectivo sobre la cosa, tiene la posesión de ella. En materia de servidumbres y cargas territoriales, la posesión reside en el ejercicio efectivo del derecho".

En el Código suizo se distingue la posesión originaria y la posesión derivada. Tienen posesión originaria los que poseen en concepto de dueño (la antigua posesión animus domini). Tienen la posesión derivada quienes por virtud de un acto jurídico reciben de otro temporalmente una cosa, bien sea en provecho propio o bien en provecho del poseedor originario, es decir, la posesión derivada equivale a la posesión en nombre de otro, con la circunstancia de que puede ser en provecho propio, o en nombre y provecho ajenos.

Esta distinción y esta terminología tienen para nosotros mayor interés que la del Código alemán, porque el Código vigente no acepta los términos de este último y prefiere la distinción que hace el suizo.

En el Código suizo ya no se hace la distinción del alemán respecto a la posesión mediata, la inmediata y la subposesión, ni tampoco se habla de la detentación subordinada.

Los preceptos que en el Código suizo reglamentan la posesión, más o menos coinciden con los del Código alemán que ya citamos. El Art. 920 dice que "cuando el poseedor entrega la cosa a un tercero, confiándole ya un derecho de servidumbre o de prenda, ya un derecho personal, los dos tienen la posesión de ella". Los que tienen la posesión a título de propietario tienen una posesión originaria; los otros una posesión derivada.

El Art. 921 dice que "la posesión no se pierde cuando el ejercicio de ella se impide o interrumpe por hechos naturales pasajeros". Es el mismo concepto del Código alemán. Si la posesión consiste en un poder de hecho sobre las cosas, las interrupciones temporales no originan la pérdida de la posesión; pero la cesación definida de ese poder por un obstáculo natural sí motiva la pérdida de la posesión.

Según el Art. 922 la posesión se transfiere por la entrega de la cosa misma al adquirente, o por los medios que la hacen pasar a su poder. En este precepto se distinguen dos formas de transmisión de la posesión: por la entrega material de la cosa, y por los medios que hacen pasar la cosa a poder del poseedor.

6.—*La posesión en nuestro Código Civil vigente.*—En el Código Civil vigente se define la posesión en los mismos términos que lo hacen los Códigos de Alemania y Suiza. Propiamente el Código no define la posesión, sino el poseedor; pero al hacerlo nos da una idea para desprender de ella el concepto de posesión. Dice el Art. 790 que "es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el Art. 793. Posee un derecho el que goza de él". Art. 793 se refiere a la detentación subordinada.

En el Código suizo se dice que la posesión consiste en el poder efectivo que se ejerce sobre una cosa. Nuestro Código habla de que es poseedor de una cosa el que ejerce un poder de hecho sobre la misma, y agrega que "posee un derecho el que goza de él". La posesión de los derechos, según nuestra tradición jurídica, está limitada por la naturaleza del mismo derecho objeto de posesión. Es decir, en principio sólo el derecho patrimonial real, personal o mixto, puede ser poseído; los derechos no patrimoniales, como los de estado civil, pueden ser objeto de una posesión. Se puede poseer un estado civil y tener, v. gr., la posesión de hijo legítimo.

7.—*La posesión de los derechos.*—En nuestro derecho positivo son objeto de posesión los bienes susceptibles de apropiación; como los derechos reales o personales son bienes susceptibles de apropiación, pueden ser poseídos. Dice el Art. 794 que "sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación".

En la posesión de los derechos es necesario distinguir dos cosas completamente distintas: poseer una cosa por virtud de un derecho, o bien poseer un derecho en sí. Las dos formas se presentan a propósito de los derechos reales y los derechos personales.

En los derechos reales la primera forma consiste en poseer una cosa

por virtud de un derecho real. Es la posesión que tiene el dueño como consecuencia de la propiedad; es la posesión del usufructuario sobre la cosa objeto de usufructo como consecuencia de su derecho real, y así sucesivamente.

La segunda manera se presenta cuando se posee un derecho real en sí mismo, consiste en gozar de ese derecho ejercitando todos los actos que implican su ejercicio efectivo, téngase título o no. Posee, por ejemplo, el derecho de usufructuario el que se ostenta como tal, el que aprovecha los frutos de la cosa y ejercita las acciones reales derivadas del usufructo, cosa muy distinta de poseer un bien por virtud de un derecho real. En esta segunda forma, puede tenerse la posesión del derecho real sin tener el título que legítimamente acredite ese derecho. Se puede estar en la posesión del derecho de servidumbre o de usufructo, sin tener título de usufructuario o de adquisición de la servidumbre. En cambio, en la primera forma se tiene la posesión de la cosa como consecuencia de un derecho real legítimamente adquirido. Cuando decimos que una persona tiene la posesión de una cosa como consecuencia del derecho real de usufructo, suponemos que ese derecho real está adquirido legítimamente, y que la consecuencia de un derecho real es el uso y goce que le confiere la posesión. En cambio, cuando afirmamos que una persona posee el derecho de usufructo, sólo queremos referirnos al goce de ese derecho, sin prejuzgar sobre un título.

Así por ejemplo, no decimos que alguien es usufructuario, sino que posee el derecho de usufructo, justamente para eludir el problema legal de si tiene título o no. Sólo advertimos un hecho: que alguien se ostenta como usufructuario porque ejecuta actos que implican el ejercicio de ese derecho.

En la posesión de los derechos personales también se presentan dos formas: 1a.—Poseer una cosa por virtud de un derecho personal. 2a.—Poseer un derecho personal en sí.

En la primera forma tenemos todos aquellos casos en que se confiere el uso, el goce, la custodia o administración de una cosa ajena, por virtud de un derecho personal, dado que el uso o goce también pueden conferirse por virtud de un derecho real.

De esta suerte, en los contratos translativos de uso, arrendamiento y comodato, el arrendatario y el comodatario poseen una cosa por virtud de un derecho personal, porque el arrendatario sólo tiene un derecho personal, por lo menos dentro de la doctrina dominante en este sentido. en los contratos de custodia o de administración, el depositario tiene la posesión de una cosa por virtud de una obligación personal y en el mismo sentido el mandatario. (Nos estamos refiriendo al concepto de posesión

dentro del Código vigente que acepta que aun cuando se tenga la posesión en nombre de otro, es una verdadera posesión, que llama derivada, pues bajo el anterior tendríamos que hacer la distinción de posesión en nombre ajeno o detentación).

La segunda forma se presenta cuando se posee en sí un derecho de crédito, es decir, un derecho personal. Cuando se ejecutan todos los actos que constituyen el ejercicio de ese derecho, ya se trate de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Estos actos que implican el ejercicio del derecho personal suponen que alguien se conduzca como acreedor; que posea el título de crédito cuando conforme a derecho es necesario. Por ejemplo, en un préstamo el acreedor que tiene un pagaré, posee el título de crédito, y se ostenta ante los demás como acreedor; cobra los réditos, interpela en caso de incumplimiento del deudor, y saca todas las ventajas inherentes al crédito mismo. Esto es, entonces, poseer el derecho personal.

Aquí la posesión de un derecho personal ya no tiene que ver nada con la posesión de las cosas; el que una persona se ostente como acreedora, nada tiene que ver con la posesión material de la cosa, y sin embargo, está poseyendo un derecho de crédito, un derecho personal.

Propiamente, cuando los códigos hablan de posesión de los derechos, no se refieren a la posesión de las cosas como consecuencia de los derechos reales o personales. A esto se le denomina simplemente poseer una cosa. Esta posesión puede tener su origen en un derecho personal o real. Cuando los códigos hablan de posesión de los derechos, se refieren a la segunda forma que hemos mencionado tanto en los derechos reales como en los personales; es decir, a ejercer su derecho ostentándose como titular, aun cuando objetivamente no se tenga título, y a llevar a cabo todos los actos que impliquen el ejercicio de ese derecho.

La posesión de los derechos reales siempre traen en forma indirecta la posesión de las cosas, porque si alguien se ostenta como usufructuario es con relación a una cosa respecto de la cual ejecuta actos como si fuera usufructuario. En cambio, la posesión de los derechos personales puede referirse indirectamente a las cosas o no tener ninguna referencia a ellas.

Cuando se posee un derecho personal que confiere el uso, goce o custodia de las cosas, entonces la posesión se tiene refiriéndose indirectamente a estas cosas, porque si alguien se ostenta como arrendatario es con relación a una cosa, pero puede la posesión del derecho personal no referirse en manera alguna a las cosas. Si alguien se ostenta como acreedor de cien pesos, o de la prestación de un servicio, y ejecuta todos los actos inherentes a su crédito para hacer valer su derecho, está poseyendo un derecho personal, sin tener relación alguna con una cosa o bienes corporales.

Por último, en nuestro derecho puede existir no sólo la posesión de los derechos patrimoniales, sino también la de ciertos derechos no patrimoniales: los del estado civil.

Existen en esto cierta contradicción entre el precepto que habla de que sólo son susceptibles de posesión los bienes que están en el comercio (los que pueden ser apropiados), y por otra parte, los artículos que en nuestro Código Civil, lo mismo que en el procesal, permiten la posesión de un estado civil.

Artículo 12 y 1133 del Código de Procedimientos Civiles de 1884.

"Cuando la acción se funde en la posesión de estado, y se pruebe en la forma que establecen las arts. 309, 310 y 311 del Código Civil, producirá el efecto de que se ampare o restituya en la posesión de estado al que la disfruta, contra cualquiera que le perturbe en ella".

"Proceden asimismo los interdictos para los efectos que expresa el art. 323 del Código Civil en los casos del art. 12 de éste".

Artículo 323 del Código Civil en 1884.

"Si el que está en posesión de los derechos de padre o hijo legítimo despojados de ellos o perturbados en su ejercicio sin que preceda sentencia por la que deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes, para que se le ampare o restituya en la posesión".

Los derechos del estado civil no están en el comercio, no tienen un valor apreciable en dinero; no pueden ser objeto de apropiación, y por lo mismo no son patrimoniales. Sin embargo, los derechos del estado civil engendran consecuencias patrimoniales en materia de herencia, de alimentos, etc.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, los derechos del estado civil, como no son patrimoniales, no deberían ser susceptibles de posesión; sin embargo, se considera que así como se ejerce o goza un derecho real o personal, se puede gozar de un estado civil, y que el goce del mismo implica el goce de un conjunto de derechos. Ostentarse, v. gr. como hijo, gozando los derechos de hijo. Se tienen las ventajas inherentes a la posición de hijo, tanto en el orden moral como patrimonial, y esto es poseer el estado civil de hijo.

No es necesario que exista en la posesión de los derechos, el corpus referido a una cosa material. En los derechos reales siempre encontramos una cosa material a la que se refiere el derecho; pero en los personales y en los del estado civil no es necesario, para la existencia de la posesión que haya el corpus desde el punto de vista físico.

En el Código de Procedimientos Civiles de 1884 se reconocieron los interdictos en favor del que tenía un estado civil, para la defensa del mismo; pero en el Código Procesal vigente ya los interdictos no pue-

den ejercerse para defender esa posesión. Expresamente se clasifican las acciones en reales, personales y del estado civil y en éstas dicho ordenamiento permite la defensa de este último en una forma semejante a la que anteriormente se admitía, mediante el uso de los interdictos de retener o de recuperar. Sin embargo, el Código Civil vigente sigue hablando de posesión de hijo legítimo o natural, y de aquí se desprende que admite la posesión del estado civil, aunque ya no confiere los interdictos para defender esa posesión.

En cuanto a la posesión de la cosa como consecuencia de un derecho real o personal, tiene interés en hacer una distinción entre la posesión por virtud del derecho de propiedad, que es *animus domini* y la que se tenga por cualquier otro derecho real, que confiera el uso, el goce o la detentación de la cosa, bien sea que se trate de derechos reales principales, como el usufructo, el uso y la habitación, o accesorios, como la prenda o la anticresis.

Por último, se puede tener la posesión como consecuencia de un derecho personal. En la doctrina clásica y según nuestros Códigos anteriores no existía posesión como consecuencia de un derecho personal, ya que este caso se denominaba tenencia o simple detentación, porque siempre el que tenía una cosa como consecuencia de un derecho personal, para gozarla, usarla, administrarla o custodiarla, tenía una posesión en nombre ajeno o precaria, es decir, detentaba la cosa. En el Código vigente expresamente se reconoce la posesión como consecuencia de un derecho real o de un derecho personal, y al definir la posesión derivada se aceptan las dos formas de posesión.

El concepto de posesión derivada comprende la tenencia de la cosa como consecuencia de un derecho real distinto de la propiedad, o como consecuencia de un derecho personal. Nuestro Código vigente sigue en esto la terminología del suizo: distingue posesión originaria o en concepto de dueño, y posesión derivada, cuando se retiene temporalmente la cosa como consecuencia de un derecho real distinto de la propiedad o de un derecho personal. En este Código no se limita la enumeración como hace el suizo, al mencionar sólo la prenda y las servidumbres: En nuestro Código se enumeran distintos casos, mencionando el usufructo, la prenda y citando contratos que originan la posesión como consecuencia de un derecho personal, como el arrendamiento, el comodato, el depósito; pero la enumeración es simplemente enunciativa y no limitativa, ya que se agrega que tienen la posesión derivada también los que por un título análogo retienen temporalmente la cosa en nombre del propietario. Mejora, pues, la definición con respecto al suizo.

Por esto el artículo 791 sigue la clasificación del Código suizo, que

claramente define la posesión originaria como la que se tiene a título de propietario, y la derivada por virtud de un acto jurídico que da nacimiento a un derecho real distinto de la propiedad, o a un derecho personal que confiera el uso, goce, custodia o administración de la cosa. En el Art. 798 se reconocen las dos formas de posesión, como consecuencia de un derecho real o de un derecho personal.

8.—*Ensayo de definición de la posesión en concordancia con el Código Civil vigente.*—Tomando en cuenta los principios fundamentales de la teoría objetiva de Ihering, así como los datos que arroja el análisis de los códigos de Alemania, Suiza y del vigente en el Distrito Federal, podemos formular la siguiente definición: La posesión es un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial, o para su custodia, como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, o de una situación contraria a derecho.

1.—La posesión es un poder físico; es decir, no es un poder jurídico, aun cuando puede serlo, pero no necesita esa calificación para existir. El poder físico constituye el corpus posesorio, es decir, el conjunto de actos que revelan una potestad sobre la cosa para su aprovechamiento o su custodia. El poder físico de la posesión, generalmente es un poder jurídico, es decir, sancionado y reconocido por el derecho, pero puede ser un poder de hecho, simplemente económico o ilícito, nacido de un delito, como en el robo o el despojo. Los actos materiales que constituyen el corpus y revelan el poder físico, no deben tener necesariamente un contenido económico independiente, toda vez que nuestro Código Civil vigente reconoce la posesión derivada tanto en el usufructuario, que tiene un poder de explotación independiente, como en el depositario que carece en lo absoluto del mismo, y sólo tiene la custodia de la cosa, en provecho de otro. Sin embargo, no debe confundirse el poder económico-dependiente del depositario o de ciertos poseedores, con la detentación subordinada de aquel que retiene la cosa en cumplimiento de las órdenes o instrucciones que ha recibido del dueño, para cumplir un servicio, como por ejemplo, el trabajador o sirviente, el porteador en el contrato de transporte, el hotelero respecto del equipaje del huésped, o el constructor de obra mueble que ha recibido la materia prima, para darle forma. En este primer elemento el Código alemán inspira a nuestro ordenamiento vigente, siguiendo la definición de Ihering, según la cual: toda detentación es posesión, excepto cuando la ley diga lo contrario. En efecto, nuestro Código, el suizo y el alemán dicen que es poseedor el que ejerce un poder de hecho sobre la cosa, a no ser que se trate de la deten-

tación subordinada. Esta es la excepción a que se refiere Ihering que debe estar sancionada por texto expreso de la ley, como efectivamente lo está en nuestro Código vigente y en el alemán, para reputar al detentador subordinado como poseedor.

2.—El segundo elemento de la posesión implica la ejecución de actos materiales con el propósito de aprovechamiento o de custodia. Este propósito o fin constituye el *animus posesorio*. Con respecto a este elemento psicológico, han disertado largamente Savigny, Ihering y Saleilles, y como resultado de sus elucubraciones podemos formular para nuestro sistema positivo el siguiente concepto: el *animus* en la posesión originaria y derivada queda constituido por el simple propósito de aprovechamiento o de custodia, que va necesariamente vinculado al *corpus* como lo pensó Ihering, de tal manera que en la entraña misma de este último se encuentran imbibido el fin o propósito que se revela por los actos materiales que constituyen el *corpus* en el aprovechamiento o custodia de los bienes objeto de posesión. No se trata por consiguiente ni del *animus dominii* que sólo es peculiar en la posesión originaria, es decir, en concepto de dueño, ni del propósito de apropiación económica que definió Saleilles, porque éste no existe en el simple aprovechamiento o custodia de los bienes ajenos, ni tampoco nos referimos al *animus* de explotación económica que señaló Ihering, porque aun cuando es el que se acerca más a nuestro concepto de posesión derivada que reconoce el Código vigente, sólo comprende los casos de un derecho real o personal, que transmiten temporalmente el uso o el disfrute, pero no abarca aquellos casos en que se tenga simplemente la custodia para conservar los bienes de otro, como sucede en el depósito o en el mandato. Ahora bien, para comprender todos esos casos, debe modificarse el concepto de Ihering, en el sentido de que el *animus* consiste en el propósito de ejercer el poder físico para la explotación o aprovechamiento, se comprende la posesión originaria, en la que existe esa explotación elevada a su grado máximo, ya que se traduce en la apropiación jurídica y económica de las cosas (abarcando así las tesis de Savigny y de Saleilles); asimismo, se incluye un aprovechamiento de grado inferior, que implica un poder parcial que varía desde la posesión del usufructuario, o del que se ostenta como tal, hasta la posesión del usuario o del comodatario en los que sólo advertimos el uso pero no el disfrute de los bienes ajenos.

3.—Finalmente, en el tercer elemento se precisa la causa eficiente que puede originar la posesión, y cuyo dato es esencial, toda vez que desde el derecho romano hasta la teoría objetiva moderna, sigue siendo la causa *possessionis* fundamental para definir la institución. Según la definición que proponemos, el poder físico puede ser consecuencia del goce



efectivo de un derecho real o personal o de una situación contraria a derecho. En el primer caso puede existir el derecho real o personal, porque el título sea objetivamente válido, o bien, existir sólo el goce efectivo de esos derechos, aun cuando no exista título, o éste sea putativo o viciado. De esta suerte, pueden existir las siguientes posesiones: la originaria o *animus domini*, como consecuencia de la propiedad o del goce efectivo de ella: la derivada como consecuencia de los derechos reales de usufructo, uso, habitación, servidumbre, anticresis, prenda, enfiteusis, o del goce efectivo de los mismos, aun cuando no exista título; asimismo, la derivada como consecuencia de los derechos personales que transmitan temporalmente el uso o goce de los bienes ajenos, o simplemente la custodia de los mismos. En el segundo caso, cuando el poder físico es consecuencia de una situación contraria a derecho, la causa eficiente es un delito o un acto ilícito, y en ambos casos el derecho reconoce consecuencias jurídicas a ese simple hecho. Esta posesión delictuosa puede realizarse con el *animus domini*, y llega a ser apta para producir la prescripción, según las reglas que anteriormente hemos indicado.

9.—*Adquisición de la posesión.*—La posesión se adquiere normalmente cuando se reúnen en una misma persona el *corpus* y el *animus*. Este es el caso perfecto de la posesión. En los contratos translativos de dominio, cuando hay entrega de la cosa, el adquirente tiene el *corpus* por la entrega, y el *animus* por virtud de la traslación de la propiedad: tiene, en consecuencia, la posesión.

Lafaille, ob. cit., t. III, pág. 119.

En los hechos jurídicos que dan propiedad de las cosas también se tiene el *corpus* y el *animus*.

En cuanto los actos jurídicos que originan la propiedad, no siempre se adquiere la posesión como consecuencia de la reunión del *corpus* y el *animus*: basta con la existencia del *animus*. Si se trata de contratos translativos del dominio pueden presentarse dos casos: reunión del *corpus* y el *animus*, cuando se verifica el contrato y se entrega la cosa, o bien, simplemente puede existir el *animus*, cuando se lleva a cabo el contrato sin entrega de la cosa, quedando ésta en poder del enajenante o en poder de un tercero.

En la transmisión de la propiedad por herencia existe un principio fundamental que dice: que el dominio y posesión de los bienes se transmiten a los herederos y legatarios en el momento mismo de la muerte del autor de la sucesión, exceptuando el caso de bienes indeterminados que sean materia de un legado.

Una última hipótesis se presentaría para el caso de tener sólo el corpus sin el animus. Esta hipótesis, conforme a la teoría clásica y a nuestros Códigos anteriores, no daba la posesión: había detentación.

Conforme al Código vigente puede adquirirse la posesión por el simple corpus, aun cuando no se tenga el animus domini: todos los casos de posesión derivada supone que no hay el animus domini; que se tiene la cosa por virtud de un derecho personal o de un derecho real distinto de la propiedad y, no obstante, el Código reconoce que hay posesión.

Lafaille, ob. cit., t. III, pág. 128 y 129.

10.—*Pérdida de la posesión*.—La posesión puede perderse cuando faltan los dos elementos, pero también, cuando falta alguno de ellos.

a) Ausencia de los dos elementos, como ocurre en el abandono de cosas.

b) Pérdida de la posesión por falta del animus. Esto ocurre, en primer lugar, en los contratos translativos de dominio, cuando se retiene la cosa, pero se trasfiere la propiedad.

c) Por último, puede perderse la posesión por la pérdida del corpus, aun conservando el animus, y esto ocurre en casos muy especiales: en el que ha perdido una cosa no tiene el corpus, y sin embargo, sigue conservando el animus, porque tiene el propósito de encontrarla y no renuncia a su propiedad.

Valverde, ob. cit., t. II, págs. 316 y 317.

11.—*Bienes objeto de posesión*.—Haremos primero un estudio de los bienes corporales e incorporales. Después trataremos de los bienes objeto de propiedad particular de dominio público.

a) Bienes corporales e incorporales.—Ya dijimos que en el derecho romano se distingue la posesión de los derechos. Que en nuestra legislación siempre se han admitido las dos formas de posesión de bienes corporales e incorporales. Hemos explicado también que según la tesis Planiol y Ripert, propiamente no debe haber posesión de bienes corporales, porque toda posesión de bienes corporales, es en rigor, posesión de las cosas a título de propiedad o posesión originaria, es, en rigor, la posesión del derecho de propiedad.

Enneccerus, Kipp y Wolf, ob. cit., t. III, v. I, págs. 29 y 30.

En los demás casos, cuando no se posee a título de propietario, sino por virtud de un derecho real o personal, estos autores afirman que lo

único que existe es una diferencia de grado en cuanto a la calidad del derecho poseído.

En nuestro concepto, estos autores no distinguen las dos situaciones que hemos señalado: poseer derechos, que es lo único a que se refieren, y poseer cosas por virtud de un derecho.

Ellos afirman que la situación es idéntica; sin embargo, poseer derechos, es decir, gozar de derechos reales o personales, ni siempre supone tener el título de esos derechos, por consiguiente, es poseedor de un derecho real o personal aquel que goza y se ostenta como titular, aun cuando legítimamente no haya adquirido ese derecho.

En cuanto a la segunda hipótesis: poseer las cosas como consecuencia de un derecho, ya supone el derecho adquirido legítimamente.

b) Bienes objeto de propiedad particular y bienes de dominio público.—Respecto de los bienes objeto de propiedad particular, ya indicamos que todas las cosas y derechos susceptibles de apropiación son susceptibles de posesión.

#### JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1989

12.—*Posesión*.—“Demostrado el hecho de la posesión, ésta debe ser respetada en acatamiento al artículo 14 constitucional, sin que los jueces federales tengan facultades para decidir si esa posesión es buena o mala”. (Tesis 254 de la nueva compilación de jurisprudencia editada en el año de 1965, cuarta parte, pág. 772).

13.—*Posesión de muebles. Hace presumir la propiedad*.—“La posesión de los bienes muebles da al que la tiene la presunción de ser propietario”. (Tesis 255 de la nueva compilación citada, cuarta parte, pág. 776).

14.—*Posesión de vehículos*.—“Siendo la tarjeta de circulación de un vehículo y los recibos de contribuciones, documentos públicos que acreditan plenamente que aquél está inscrito a nombre de determinada persona, que ésta paga los respectivos impuestos y que está reconocida como propietaria por las oficinas públicas recaudadoras, existe la presunción de que esa misma persona es poseedora del vehículo de que se trata, y esos documentos son suficientes para acreditar la posesión, para los efectos del juicio de garantías”. (Tesis 256 de la nueva compilación citada, cuarta parte, pág. 776).

15.—*Poseción. No puede probarse por la inspección ocular.*—“La prueba de inspección ocular no es bastante para acreditar el hecho de la posesión de un inmueble”. (Tesis 257 de la nueva compilación citada, cuarta parte, pág. 776).

*Poseedor. No lo es en derecho, quien posee a nombre de otro.*—El Código Civil vigente en el Estado de Puebla, sigue el sistema del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, en cuanto a la posesión; pues aquél en su artículo 816 dispone que: “El que posee en nombre de otro, no es poseedor en derecho”. Siendo así, el poseedor en las condiciones apuntadas, no está protegido por las garantías del artículo 14 constitucional; y, el amparo que promueva al respecto debe serle negado.

Amparo en revisión 315/79.—Érasmo Luna Claudio.—28 de marzo de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.—Secretario: Enrique F. Campos Fritz.

Informe 1979. Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Núm. 26. Pág. 272.

*Poseción. Cambio de su causa generadora. (Legislación del Estado de Chihuahua).*—El demandado y ahora quejoso no acreditó el hecho primordial de sus defensas y de su acción de prescripción adquisitiva, esto es, que su posesión fuera a título de propietario, única apta para usucapir según lo dispuesto en el artículo 1153, fracción I, del Código Civil del Estado de Chihuahua, pues si bien es verdad que la obtuvo al adquirir el inmueble cuestionado, también lo es que la perdió al vender dicho bien al causante de la reivindicante, y aunque alegó que a los pocos días quedó sin efecto dicha compraventa, por haberle devuelto el precio a este último, cabe decir que tal hecho no lo justificó y, por lo tanto, al continuar ocupando el terreno controvertido después de haberlo enajenado, su calidad de poseedor originario cambió a la de un simple detentador o poseedor sin título según lo dispuesto en el artículo 763, del referido ordenamiento legal.

Amparo directo 223/78.—Ramiro Velarde Contreras.—6 de noviembre de 1978.—5 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 139.

*Poseción.*—La inspección judicial no es idónea para comprobarla, como sí lo es la testimonial.

La prueba de inspección judicial no constituye un medio idóneo por sí solo para acreditar la posesión, particularmente cuando se trata de bienes inmuebles, ya que aún cuando dicha posesión implica una situación de hecho, la misma no puede ser apreciada por una inspección transitoria o momentánea, en la que se requiere una observación de carácter permanente, que no puede realizarse en una diligencia de limitada duración como es la que se practica en la inspección judicial; situación que no acontece tratándose de la prueba testimonial, en la que al través de los testimonios rendidos por las personas a cargo de quienes se desahoga, se pueden llegar al conocimiento de la conducta constante y permanente, que implica la indicada posesión.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 86/78. Sucesión de Carlos Cuevas Lascurain. 10 de marzo de 1978. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Hugo Chapitel G.

*Poseción.—Interés Jurídico.*—No la desnaturaliza la nulidad del título de propiedad.

Aunque los ahora recurrentes hubiesen manifestado en su escrito de demanda de amparo que la posesión a que aluden la apoyaron en escritura privada que se declaró nula en un juicio civil ordinario, tal circunstancia de ninguna forma desnaturaliza la posesión y la calidad con que los recurrentes se ostentan, si en el citado juicio civil no se cuestionó ese derecho posesorio, sino única y exclusivamente la nulidad del referido título de propiedad.

Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito.  
Amparo en revisión 141/83. Federico Sebastián Becerra.

COPIAS FOTOSTÁTICAS SIMPLES. CARECEN, POR SÍ SOLAS, DE VALOR PROBATORIO PLENO Y, POR ENDE, SON INSUFICIENTES PARA DEMOSTRAR EL INTERÉS JURÍDICO DEL QUEJOSO QUE SE OSTENTA COMO TERCERO EXTRAÑO AL JUICIO, PARA OBTENER LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA DE LOS ACTOS RECLAMADOS, CONSISTENTES EN EL ACTO DE PRIVACIÓN O DE MOLESTIA EN BIENES DE SU PROPIEDAD O QUE TIENE EN POSESIÓN.

Esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, en reiteradas ocasiones, que para que el quejoso esté legitimado para solicitar la suspensión definitiva de los actos reclamados, debe acreditar, aunque sea en forma presuntiva, que tiene interés jurídico para obtener dicha medida cautelar, esto es, que es titular de un derecho respecto del cual recae el acto que se estima inconstitucional; aunado a ello, de lo dispuesto en el artículo 217

del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria por disposición expresa del diverso numeral 2o. de la Ley de Amparo, se advierte que el valor probatorio de las copias fotostáticas simples queda al prudente arbitrio judicial. Atento lo anterior, se concluye que las copias fotostáticas sin certificación (simples) carecen, por sí mismas, de valor probatorio pleno y, por ende, son insuficientes para demostrar el interés jurídico del quejoso que se ostenta como persona extraña a juicio, para obtener la suspensión definitiva de los actos reclamados, consistentes en el acto de privación o de molestia en bienes de su propiedad o que tiene en posesión, según sea el caso, si no existe en autos otro elemento que, relacionado con aquéllas, pudiera generar convicción de que el acto reclamado afecta real y directamente sus derechos jurídicamente tutelados, pues con tales documentos no se acredita el primer requisito para que opere la prueba presuncional, relativo al conocimiento de un hecho conocido, esto es, a la existencia del bien mueble o inmueble respecto del cual se aduce que recae el acto que se impugna como lesivo de garantías individuales; sin que sea óbice a lo anterior el hecho de que en el juicio principal obren los documentos originales o copias certificadas de éstos, pues como el incidente de suspensión es un procedimiento que se sigue por cuerda separada, únicamente pueden ser tomadas en cuenta las probanzas que se ofrezcan en éste.

Contradicción de tesis 44/2002-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito y las sostenidas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. 30 de octubre de 2002. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

Tesis de jurisprudencia 71/2002. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de treinta de octubre de dos mil dos, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente Juan N. Silva Meza, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

No. Registro: 185,215

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Enero de 2003

Tesis: 1a./J. 71/2002

Página: 33

## POSESIÓN QUE AMPARA EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL.

No es el simple hecho de la ocupación, sin título alguno en el que pueda apoyarse, la que tutela y protege el juicio constitucional, puesto que no basta la circunstancia de encontrarse una persona detentando un bien inmueble para presumir que por sí sola tiene la posesión, si no se allega para su fundamento algún título que conduzca a la protección constitucional del derecho de posesión correspondiente. Así, a reserva de que ante las autoridades comunes se dilucide si el derecho a la posesión que emana de un título es legítimo o no, el juicio de garantías, salvaguarda inquebrantable de respeto e inviolabilidad de los derechos del hombre, no puede proteger la simple ocupación sin título, porque esta detentación no debe estimarse como posesión.

### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 161/98. José Aureliano Santel Durán. 25 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Alfonso Gazca Cossío.

Amparo en revisión 14/99. Antonio Cortazar Jiménez y otros. 25 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretaria: Myriam del Perpetuo Socorro Rodríguez Jara.

Amparo en revisión 825/98. María de los Angeles García Ramírez y otro. 24 de junio de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Meza Alarcón. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Amparo en revisión 385/99. José Luis Vázquez Hernández y otros. 12 de agosto de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretaria: Sonia Quintana Tinoco.

Amparo en revisión 412/2002. María del Carmen Nava Lacarriere. 22 de noviembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Zapata Huesca.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo II, Segunda Parte-2, julio-diciembre de 1988, página 404, tesis de rubro: "POSESIÓN QUE AMPARA EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL."

y Quinta Época, Tomo LXII, página 2423, tesis de rubro: "POSESIÓN, CUÁL ES LA QUE AMPARA EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL."

No. Registro: 185,115

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Enero de 2003

Tesis: VI.2o.C. J/227

Página: 1676

#### POSESIÓN. ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRARLA UNA LICENCIA MUNICIPAL.

Tuvo razón el Juez Federal al considerar insuficiente para justificar la posesión, la licencia municipal para la explotación de un giro comercial, a nombre del quejoso, en el inmueble que señala en la demanda de garantías, pues aunque a manera de agravios el recurrente se formule las interrogantes que refiere (entre otras, que quién si no el poseedor es el interesado en obtener la clase de documento que se comenta), ello no puede acarrear la consecuencia de la comprobación de la posesión. El documento aludido únicamente puede demostrar, como bien lo dijo el juzgador, el pago de los derechos correspondientes por el otorgamiento de la licencia, pues pudiera suceder, por ejemplo, que alguien (que obviamente es el verdadero poseedor) explote cierto negocio y esté pagando los mencionados derechos a nombre del anterior propietario del giro.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 485/91. Emma Susana Parga Puente. 9 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Óscar Vázquez Marín. Secretario: Luciano Martínez Sandoval.

Amparo en revisión 478/92. Norma Leticia González Pérez. 13 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Julio López Beltrán. Secretario: Jorge Arciniega Franco.



Amparo en revisión 712/94. María de Jesús Landeros Aparicio y otro. 19 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Eduardo Lara Díaz. Secretaria: Ana Celia Cervantes Barba.

Amparo en revisión 841/2000. Luis Rizo López y otra. 8 de septiembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Héctor Martínez Flores.

Amparo en revisión 695/2001. María Esther Maldonado Aguilar. 7 de septiembre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Moreno Ballinas. Secretario: Armando Márquez Álvarez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo I, Segunda Parte-2, enero a junio de 1988, página 489, tesis de rubro: "POSESIÓN. ES INSUFICIENTE PARA DEMOSTRARLA UNA LICENCIA MUNICIPAL."

No. Registro: 185,946

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Septiembre de 2002

Tesis: III.2o.C. J/14

Página: 1290

**POSESIÓN. LA SOLICITUD DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y LOS RECIBOS POR PAGO DE ESE SERVICIO, SON INEFICACES PARA ACREDITARLA.**

La solicitud formulada por la quejosa para el suministro de energía eléctrica y los recibos de pago por ese servicio, aun cuando en los términos del artículo 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles demuestren la verdad de su contenido, porque la parte contraria no los objete; sin embargo, para efectos de la posesión constituyen un indicio que, por sí solo, sin administrarse con otros medios de convicción, no es apto para acreditar aquélla, pues una persona puede solicitar a la Comisión Federal de Electricidad que le proporcione ese servicio, sin que ello implique, necesariamente, que la solicitante sea poseedora del inmueble de que se trata.

### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 406/89. María Emelia Castillo Romero de Robles. 28 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: María Guadalupe Herrera Calderón.

Amparo en revisión 408/92. Bernardino Méndez Pérez. 27 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: Othón Manuel Ríos Flores.

Amparo en revisión 657/99. Israel González Montiel. 20 de enero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez Secretaria: Ma. de la Paz Flores Berruecos.

Amparo en revisión 4/2002. Juan Marroquín Ponce. 25 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretaria: Violeta del Pilar Lagunes Viveros.

Amparo en revisión 187/2002. José Luis Gutiérrez Serrano. 6 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Báez Pérez. Secretaria: Violeta del Pilar Lagunes Viveros.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo IV, octubre de 1996, página 585, tesis VI.2o.66 C, de rubro: "POSESIÓN DE INMUEBLES. EL RECIBO DE PAGO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO ES APTO PARA ACREDITAR LA."

No. Registro: 186,191

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Agosto de 2002

Tesis: VI.3o.C. J/46

Página: 1184

POSESIÓN. PARA QUE SEA OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CUANDO EL QUEJOSO SE OSTENTA COMO PERSONA EXTRAÑA AL JUICIO DEL ORDEN CIVIL, DEBE ACREDITAR SU DERECHO A POSEER

## CON UN TÍTULO SUSTENTADO EN ALGUNA FIGURA JURÍDICA O PRECEPTO DE LAS LEGISLACIONES SECUNDARIAS RELATIVAS.

En virtud de que de los antecedentes y reformas al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se desprende la existencia de datos o elementos que puedan servir para determinar qué tipo de posesión es la que debe protegerse mediante el juicio de amparo, esto es, si se trata de aquella que se funda en un título sustentado en una figura jurídica prevista en la ley que genere el derecho a poseer o si es la simple tenencia material de las cosas, independientemente de que se tenga o no derecho de posesión sobre éstas, es indudable que se debe recurrir al estudio e interpretación de las disposiciones legales que han regulado y regulan esa institución, y de las que colateralmente se relacionan con ellas, así como atender de manera especial a los graves problemas y consecuencias que en la práctica presenta el no exigir título alguno, por lo que la posesión protegida por la citada disposición constitucional no es otra que la definida por el derecho común. Sin embargo, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 790 del Código Civil para el Distrito Federal (similar al de todas las legislaciones civiles locales del país), es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, debe entenderse que tal poder no constituye un hecho con consecuencias jurídicas, sino más bien la manifestación del derecho que se tiene para poseer un bien determinado, que debe tener origen en alguna de las figuras contempladas en las legislaciones relativas; por tanto, para que la posesión sea objeto de protección a través del juicio de amparo indirecto, cuando el quejoso se ostenta como persona extraña al juicio civil, es necesaria la existencia de un título que se sustente en alguna figura jurídica o precepto legal que genere el derecho a poseer, de manera que el promovente tenga una base objetiva, que fundada y razonablemente produzca la convicción de que tiene derecho a poseer el bien de que se trate, entendiéndose por título la causa generadora de esa posesión. No obstante lo anterior, las decisiones del órgano de control de constitucionalidad sobre la eficacia del título, tienen efectos exclusivos en el juicio de garantías, sin decidir sobre el derecho sustantivo, esto es, respecto del derecho a la posesión del bien relativo, ya que estas cuestiones deberán ser dilucidadas ante la potestad común.

Contradicción de tesis 17/91. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de la misma materia del Primer Circuito. 29 de noviembre de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy catorce de febrero en curso, aprobó, con el número 1/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de febrero de dos mil dos.

No. Registro: 187,733

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XV, Febrero de 2002

Tesis: P./J. 1/2002

Página: 5

#### POSESIÓN, ES INSUFICIENTE EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO PARA DEMOSTRARLA.

El contrato de arrendamiento es insuficiente para demostrar el hecho de la posesión, en virtud de que tal documento sólo probaría el derecho del quejoso a poseer el inmueble a que alude el contrato, pero no la posesión en sí misma. Además, de la celebración de un contrato de esa naturaleza no se infiere necesariamente que quien aparece como arrendatario tenga la posesión. Por lo tanto, el quejoso debe adminicular esa prueba con otros elementos de convicción; de tal manera que si no lo hace, el documento por sí solo no hace prueba.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 347/89. Juan Flores Pérez. 17 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: María Guadalupe Herrera Calderón.

Amparo en revisión 140/2000. Clara Pérez Castillo. 30 de marzo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: Ma. de la Paz Flores Berruecos.

Amparo en revisión 176/2000. Organización Antartic, S.A. de C.V. 27 de abril de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: Florida López Hernández.

Amparo en revisión 194/2000. Martín H. Torres Flores. 12 de mayo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: Carla Isselin Talavera.

Amparo en revisión 84/2001. María Mabelú Arizmendi Sotelo o Mabelú Arizmendi Sotelo. 23 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Teresa Munguía Sánchez. Secretaria: San Juana Mora Sánchez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VII, febrero de 1991, página 121, tesis VI.2o. J/103, de rubro: "POSESIÓN. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, NO ES IDÓNEO PARA ACREDITAR LA."

No. Registro: 189,635

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Mayo de 2001

Tesis: VI.3o.C. J/39

Página: 1036

**POSESIÓN, NO ESTÁ PROTEGIDA POR LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA CUANDO NO SE JUSTIFICA LA CAUSA LEGAL DE LA.**

Cuando en una demanda de garantías el quejoso se ostenta como tercero extraño poseedor de un inmueble en calidad de propietario, siendo elemento de procedibilidad del juicio, conforme al artículo 4o. de la Ley de Amparo, acreditar el interés jurídico, o sea que el referido juicio únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, tratándose de la citada posesión en concepto de dueño es menester la plena comprobación del derecho de propiedad atribuido, ya que la posesión sin derecho sólo puede tenerse como simple detentación por falta de causa legal que la apoye y por tanto no protegida a través del juicio constitucional.

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo en revisión 1373/95. Luciano Hernández Cañamares. 10 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

Amparo en revisión 2023/96. Jorge Luna Ortiz y otro. 17 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretario: Régulo Pola Jesús.

Amparo en revisión 103/97. Fortino Ramos Palacios. 7 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Dora Isela Solís Sandoval.

Amparo en revisión 733/97. Isidro Mojardín Ortiz y otros. 24 de abril de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Dora Isela Solís Sandoval.

Amparo en revisión 4223/2000. Guillermo Naciff Rodríguez. 18 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Óscar Rolando Ramos Roveló.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, diciembre de 2000, página 1341, tesis II.2o.C. J/10, de rubro: "TERCERO EXTRAÑO. POSESIÓN. PARA QUE SEA PROTEGIDA POR LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES DEBE ACREDITAR SU INTERÉS JURÍDICO EN EL JUICIO Y PROBAR EL ACTO JURÍDICO POR EL CUAL OCUPA EL INMUEBLE, A FIN DE NO TENER EL CARÁCTER DE UN SIMPLE DETEN-TADOR."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, febrero de 2002, página 5, tesis por contradicción P./J. 1/2002 de rubro «POSESIÓN. PARA QUE SEA OBJETO DE PROTECCIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, CUANDO EL QUEJOSO SE OSTENTA COMO PERSONA EXTRAÑA AL JUICIO DEL ORDEN CIVIL, DEBE ACREDITAR SU DERECHO A POSEER CON UN TÍTULO SUSTENTADO EN ALGUNA FIGURA JURÍDICA O PRECEPTO DE LAS LEGISLACIONES SECUNDARIAS RELATIVAS."

Nota: Por ejecutoria de fecha 22 de noviembre de 2002, el Tribunal Pleno declaró inexistente la contradicción de tesis 10/2002, en que había participado el presente criterio.

No. Registro: 190,119

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Marzo de 2001

Tesis: I.3o.C. J/20

Página: 1650

**TERCERO EXTRAÑO. POSESIÓN. PARA QUE SEA PROTEGIDA POR LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES DEBE ACREDITAR SU INTERÉS JURÍDICO EN EL JUICIO Y PROBAR EL ACTO JURÍDICO POR EL CUAL OCUPA EL INMUEBLE, A FIN DE NO TENER EL CARÁCTER DE UN SIMPLE DETENTADOR.**

Si el tercero extraño manifestó que su posesión deviene a propósito de un contrato de donación verbal que celebró con su padre, empero de las constancias de autos no se advierte fehacientemente que haya acreditado la existencia del referido consenso de donación, ya que estaba obligado a demostrar plenamente la celebración del acto jurídico que dice fue la causa que generó la posesión del inmueble, observándose además que de la testimonial que ofreció ninguno de los testigos refirió que estuviera presente cuando se celebró el supuesto acuerdo de voluntades verbal, ante ello, la simple detentación material del inmueble no es la posesión que protege el artículo 14 constitucional, y al no haberse acreditado la causa por la que se posee, no puede tenerse por demostrado el interés jurídico para ocurrir a solicitar el amparo y protección de la Justicia Federal.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 116/98. Jesús Moreno Bermúdez. 8 de septiembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Everardo Shain Salgado.

Amparo en revisión 213/98. Juan Carlos Núñez Claver. 12 de enero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Sonia Gómez Díaz González.

Amparo en revisión 221/98. Pedro Delgado Sánchez. 16 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Alfonso Francisco Trenado Ríos.

Amparo en revisión 277/98. Fondo Popular para la Vivienda El Potrerillo, A.C. 23 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Pablo Rabanal Arroyo.

Amparo en revisión 76/99. Salvador Baeza González y otra. 13 de octubre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretario: Miguel Ángel Antemate Chigo.

No. Registro: 190,785

Jurisprudencia

Materia(s): Común

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XII, Diciembre de 2000

Tesis: II.2o.C. J/10

Página: 1341

### INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO, INEFICACIA DEL SIMPLE CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA, PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD O POSESIÓN DEL BIEN, Y POR ENDE EL.

Aun cuando en términos del artículo 203 del Código Federal de Procedimientos Civiles, los documentos privados no objetados hacen prueba plena, ello no tiene aplicación respecto de aquellos documentos en que se hace constar un acto traslativo de dominio, los cuales, para tener eficacia probatoria, es indispensable que sean redactados ante notario público, para que puedan surtir efectos contra terceros. Y si bien es cierto que un documento privado adquiere fecha cierta, entre otros casos, a la muerte de cualquiera de sus firmantes, de conformidad con la tesis jurisprudencial cuyo rubro dice: "DOCUMENTOS PRIVADOS. FECHA CIERTA DE LOS.", como quiera que sea, el contrato privado de compraventa que anexe el quejoso con su demanda de garantías, por sí mismo carece de eficacia probatoria, pues independientemente de que la única forma de demostrar la propiedad de un inmueble por virtud de la compraventa es mediante el instrumento notarial correspondiente, según se



dijo, de todos modos ese documento debe de corroborarse con otros datos para justificar la propiedad o posesión que expresa tener sobre el inmueble en cuestión, y de esta forma tener plena certeza de que el acto de autoridad afecta el interés jurídico del quejoso, ya que éste debe demostrarse fehacientemente y no inferirse por presunciones.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 18/94. Gelacio M. Saldaña Mejía. 16 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo en revisión 188/95. Ricardo Sánchez Rocha. 26 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Amparo en revisión 31/96. Catarino Gallardo Moreno. 28 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Amparo en revisión 324/97. Rogelio Sierra García. 18 de junio de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Zapata Huesca.

Amparo en revisión 799/97. Noé Solís Ortega. 29 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Mario Machorro Castillo, secretario de tribunal autorizado por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, para desempeñar las funciones de Magistrado. Secretario: José Zapata Huesca.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVIII, julio de 2003, página 122, tesis por contradicción 1a./J. 33/2003 de rubro "INTERÉS JURÍDICO, EL CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA DE INMUEBLES EN EL QUE FALLECE UNA DE LAS PARTES ANTES DE QUE SE HAYA VERIFICADO EL ACTO RECLAMADO CONSTITUYE PRUEBA SUFICIENTE PARA ACREDITARLO."

No. Registro: 196,819  
Jurisprudencia  
Materia(s): Civil  
Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: VII, Febrero de 1998  
Tesis: VI.2o. J/130  
Página: 449

### PRUEBA TESTIMONIAL. ES IDONEA PARA ACREDITAR LA CALIDAD DE LA POSESION.

La prueba testimonial es idónea para acreditar no sólo el origen de la posesión sino también la calidad apta para prescribir.

### TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 92/87. Eladio Ruiz Manga. 1o. de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Marcos Arturo Nazar Sevilla. Secretario: Miguel Eusebio Selvas Costa.

Amparo directo 549/91. Juan López Flores. 14 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: José Gabriel Clemente Rodríguez.

Amparo directo 357/95. Jesús Bibiano Castillejos Gómez. 22 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Víctor Alberto Jiménez Santiago.

Amparo directo 395/96. Fernando Mosqueda Vidal. 3 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Rafael León González.

Amparo en revisión 73/96. María del Rocío Guadalupe Arias Rodríguez. 11 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Walberto Gordillo Solís.

No. Registro: 199,538  
Jurisprudencia  
Materia(s): Civil  
Novena Época  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: V, Enero de 1997  
Tesis: XX. J/40  
Página: 333

**POSESION, IDENTIFICACION DEL BIEN RESPECTO DEL CUAL SE RECLAMA LA PRIVACION.**

Si el quejoso como tercero extraño en el juicio natural, no demuestra la identidad del inmueble materia del juicio de usucapición de donde deriva el acto reclamado, con la del inmueble cuya posesión ostenta, es evidente que no puede afirmarse que dicho acto le cause perjuicio y, por ende, cabe concluir que el mismo no afecta su interés jurídico, razón por la que resulta literalmente aplicable la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo lo cual conduce al sobreseimiento del juicio de garantías.

**TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 355/90. Martín Tlahuel Pérez. 25 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretaria: Luz del Carmen Herrera Calderón.

Amparo en revisión 441/90. Juana Campuzano López. 7 de febrero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Brito Velázquez. Secretario: José Manuel Torres Pérez.

Amparo en revisión 409/92. Andrés Ramos Rosas. 27 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Yolanda Ulloa de Rebollo. Secretaria: Luz del Carmen Herrera Calderón.

Amparo en revisión 281/94. Carmen Pérez Flores. 7 de julio de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: Luz del Carmen Herrera Calderón.

Amparo en revisión 631/95. Manuel Gómez Bouchan. 30 noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: Luz del Carmen Herrera Calderón.

No. Registro: 203,341

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Febrero de 1996

Tesis: VI.3o. J/2

Página: 327

**POSESION. LO QUE DEBE ENTENDERSE POR TITULO DE LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA).**

Por título de posesión se entiende: a) Acto o hecho jurídico, que hace adquirir un derecho y que entronca con la causa; b) Documento en que consta ese acto o hecho adquisitivo; c) El derecho mismo que asiste a una persona y que la legitima activa y pasivamente. Entendiéndose por título la causa generadora de la posesión, de conformidad con lo dispuesto por la última parte del artículo 806, del Código Civil vigente en el Estado de Coahuila.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.**

Amparo directo 479/91. Marco Antonio Velarde Cruz. 21 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Julio Ibarrola González. Secretario: José Martín Hernández Simental.

Amparo directo 166/92. Francisco Flores Carrillo. 24 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretaria: Laura Julia Villarreal Martínez.

Amparo directo 31/93. José Francisco González Figueroa. 24 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretario: Alberto Caldera Macías.

Amparo directo 592/94. Lucina Cázares Martínez. 9 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Hugo Arnoldo Aguilar Espinosa.

Amparo directo 372/95. Ejido Lázaro Cárdenas, Municipio de la capital del Estado de Durango. 21 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretario: Alberto Caldera Macías.

No. Registro: 203,918

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Noviembre de 1995

Tesis: VIII.2o. J/3

Página: 401

USUCAPION. CAUSA GENERADORA DE LA POSESION. DEBE SEÑALARSE PROPORCIONANDO TODOS AQUELLOS DATOS QUE REVELAN SU EXISTENCIA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

De conformidad con el artículo 1402 del Código Civil del Estado de Puebla, para que prospere la acción de usucapión es necesario que el actor pruebe la existencia del título que genere su posesión, esto es, la causa generadora de la misma, lo que se traduce en que el demandante está obligado a señalar el acto que originó la posesión, proporcionando paralelamente todos aquellos datos que revelen su existencia tales como la fecha y lugar exactos en que ocurrió, los sujetos que intervinieron y precisar la materia del acto, pero además debe demostrar todo esto, a fin de que el juzgador pueda determinar la calidad y naturaleza de la posesión, así como precisar el momento en que debe empezar a contar el plazo de la prescripción adquisitiva, pues sería insuficiente para que ésta procediera que, como causa generadora de la posesión, sólo se expresara aisladamente el acto que se cree bastante para transferir el dominio del bien sin señalar y demostrar aquellos presupuestos, en tanto tal circunstancia sólo daría lugar a presumir el acto de mérito, lo que no es suficiente para que opere la usucapión ya que éste debe ser acreditado plenamente.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 497/91. Cruz Aarón Castro Ramírez y otro. 24 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Arnaldo Nájera Virgen. Secretario: Guillermo Báez Pérez.

Amparo directo 251/92. Ciro Cervantes López. 11 de junio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo directo 303/94. Wenceslao Carreón Pérez. 11 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Cabrera Vázquez. Secretario: Enrique Antonio Pedraza Mayoral.

Amparo directo 26/95. Teresa Cruz Bravo por sí y en representación de la sucesión de Eloy Hernández Algreto. 1o. de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Amparo directo 168/95. Mercedes Pérez Domínguez. 19 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

No. Registro: 204,896

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: I, Junio de 1995

Tesis: VI.2o. J/6

Página: 374

### CAPITULO III

#### LA PRESCRIPCIÓN Y OTROS EFECTOS DE LA POSESIÓN

1.—*Cualidades que debe tener la posesión originaria para adquirir el dominio por prescripción.*—El principal efecto de la posesión originaria es adquirir la propiedad mediante la prescripción. La prescripción adquisitiva, llamada por los romanos usucapión, es un medio de adquirir el dominio mediante la posesión en concepto de dueño, pacífica, continua, pública, y por el tiempo que marca la ley.

M. Ortolan, ob. cit., t. I, págs. 416 a 419.

En los requisitos de la posesión originaria para describir, es necesario distinguir un elemento esencial como *sondición sine qua non* para adquirir el dominio. De gran trascendencia en esta materia es el artículo 826 del Código Civil vigente al estatuir: "Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción". Este requisito consiste en poseer *animus domonii*; poseer, como dice el Código vigente, en concepto de propietario. Además de este requisito, la posesión debe tener terminadas las cualidades, en ausencia de las cuales se considera viciada e inútil para prescribir; pero con la posibilidad de que se purguen esos vicios y la posesión se convierta en apta o eficaz para la prescripción.

Estas cualidades, en ausencia de las cuales se originan los vicios de la posesión, son las siguientes: pacífica, continua, pública y cierta.

A la cualidad de posesión pacífica se opone en vicio de la violencia la posesión continua, el de interrupción; a la de posesión pública, el de clandestinidad o posesión oculta, y a la de posesión cierta el vicio de equivocidad o equívoco.

Además del requisito esencial y de las cualidades mencionadas, la posesión debe tener una condición más, que influye sólo respecto al tiempo, y consiste en la buena fe. No se trata de una cualidad propiamente dicha, porque la buena fe sólo influye para reducir el tiempo de prescripción, y la mala fe, por consiguiente, para aumentarlo. La mala fe no es un vicio que haga inútil la posesión para adquirir por prescripción el dominio; es, simplemente, un hecho que aumenta el término sin hacer ineficaz la posesión.

Felipe Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil, Madrid, 1900, t. III, págs. 250 y 251.

2.—*Animus domini*.—*Justo título*.—Es un elemento esencial de lo posesión para producir la prescripción, que sea en concepto de dueño o posesión originaria.

Valverde, ob. cit., t. II, págs. 308 y 309.

Tanto la doctrina clásica desde el derecho romano, como nuestra legislación anterior y la vigente, reconocen que sólo la posesión que se tiene en concepto de dueño puede producir la prescripción, y aun cuando la teoría objetiva y los Códigos de Alemania y Suiza, así como nuestro Código vigente, admiten la posesión derivada, no obstante, reconocen que nunca produce la prescripción; que sólo el poseedor *animus domini* o poseedor originario puede adquirir el dominio por prescripción.

Amparo.—Directo Núm. 4204/52/2<sup>a</sup>. Pascual Pérez Rosas y Coagraviada.—Ejecutoria de la Tercera Sala de la Suprema Corte de 10 de julio de 1993. *Considerando*: La responsable en su fallo reclamado se concretó a declarar infundados los agravios que a este propósito hicieron valer los propios quejosos en contra del fallo de primera instancia, estimando que los testigos declararon atribuyendo la posesión pública, pacífica, continua y en concepto de propietaria, a favor de la actora, sin expresar cuáles fueron los actos configurativos de dicho "concepto de dueño". De conformidad con los artículos 1151, 1154 y 1155 en relación con el 826 del Código Civil, debe exigirse que el mencionado concepto de traduzca ostensiblemente, de manera indiscutible y objetiva, susceptible de apreciarse por los sentidos, mediante la ejecución de actos que revelen que el poseedor es el denominador de la cosa, el señor de la misma, el que manda en ella, como dueño en sentido económico, frente a todo el mundo; que ejerce un poder indiscutible, de orden económico, para hacer suya la cosa desde el punto de vista de los hechos, aun cuando carezca de título desde el punto de vista estrictamente jurídico. En consecuencia, tratándose del elemento fundamental en la posesión originaria, relativo al concepto de dueño, sí debe exigirsele al testigo que de razón fundada de su dicho, explicando suficientemente qué actos ha tomado en cuenta para afirmar ante el juez que un determinado poseedor se ha conducido continuamente como dueño frente a todo el mundo y así relacionar la publicidad misma con el aludido concepto, ya que éste también debe

ser público. Por lo tanto, debe concederse el amparo a fin de que la responsable valorice debidamente la prueba testimonial y tome en cuenta las declaraciones de los testigos para determinar conforme al criterio antes expuesto si los actores poseyeron en concepto de dueños, en la inteligencia de que para que puedan poseer en dicho concepto sintítulo alguno, como resulta de autos, era necesario que hubieren ejecutado actos de dueño durante el tiempo de la prescripción y que así les constara a los testigos.

Así lo resolvió la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de tres votos de los señores Ministros Rafael Rojina Villegas (ponente), Agustín Mercado Alarcón y Presidente Gabriel García Rojas, contra el voto de los señores Ministros Vicente Santos Guajardo y Roque Estrada.

M. Ortolan, ob. cit., t. págs. 424 a 426.

El Código anterior, en sus Arts. 1079 y 1080, empleaba otra denominación, y decía que la posesión necesaria para prescribir debía estar fundada en justo título, entendiéndose por tal aquel que es bastante para adquirir el dominio o que se reputa fundadamente suficiente para adquirirlo.

El Código anterior exigía que el justo título fuera objetivamente válido para transferir el dominio, o bien subjetivamente válido por originar una creencia fundada respecto a la transmisión del dominio. Sólo admitía, por consiguiente, dos formas del título justo: el objetivo y el subjetivo. El objetivo es aquel que reúne todos los requisitos que el derecho exige para la adquisición del dominio y para la transmisión del mismo, requisitos independientes de la creencia del poseedor, requeridos en la norma jurídica para darle plena validez al título. Esto es, naturalmente, el título perfecto para que la posesión sea apta para prescribir; pero el mismo tiempo no tiene aplicación práctica, porque si el título es objetivamente válido, no habrá necesidad de recurrir a la prescripción para consolidar el dominio; se parte de la hipótesis de que la propiedad se ha obtenido válidamente, conforme al derecho y, en consecuencia, ya no se necesita poseer durante cierto tiempo para adquirir el dominio que por virtud del título se ha transmitido legalmente.

En cuanto al título subjetivamente válido, tiene gran interés para la prescripción, en virtud de que la ley considera bastante el título que se cree fundadamente suficiente para adquirir el dominio, aunque en realidad no sea bastante para esa adquisición. Esta creencia del poseedor debe ser seria y debe descansar en un error que en concepto del juez, sea fundado; que sea un error que en cualquiera persona pueda haber provocado una creencia seria respecto de la validez del título.

Lafaile, ob. cit., t. III, pág. 93.

Por otra parte, se presume siempre en favor del poseedor que éste ignora los vicios de su título, que es por lo tanto, poseedor de buena fe y toca al contrario desvirtuar esa presunción legal, para demostrar que el poseedor conocía los vicios del título; que no tenía creencia fundada respecto de su validez y que, no debe reputársele título bastante para la prescripción.



El juez, con esta presunción legal, tiene ya procesalmente determinado el debate, la forma de partir de la presunción de que el título es válido, que hubo creencia fundada, buena fe e ignorancia de los vicios del título, y arrojar la carga de la prueba al que impugne la posesión.

El Código vigente no emplea ya la denominación de justo título; *habla* sobre la posesión en concepto de dueño solamente, y esta posesión admite tres formas: poseer con justo título objetivamente válido; poseer con justo título subjetivamente válido y poseer sin título, pero con animus domini, por virtud de un acto ilícito (generalmente por el robo o la usurpación).

En todos estos casos, la frase que emplea el Código vigente: "poseer en concepto de propietario" abarca el título subjetivamente válido, el título putativo o imaginario y, además, comprende una hipótesis no incluida en el Código anterior y de gran importancia: esta hipótesis se refiere a la posesión animus domini por virtud de un acto ilícito, posesión que es de mala fe porque no se tiene título; pero que sí tiene la intención de apropiarse la cosa, como ocurre con la posesión del ladrón y la del usurpador.

Respecto de los inmuebles no cabía, conforme al Código anterior, que el usurpador o el despojante llegaran a adquirir la propiedad por prescripción, toda vez que para ellos se requería justo título, y el usurpador o despojante no lo tenían. En cambio en el Código vigente sí es posible esta situación. Según el Art. 1086 del ordenamiento de 1884, todos los bienes inmuebles se prescribían con buena fe en diez años, y con mala fe en veinte. Admitía sólo que para bienes inmuebles hubiera prescripción con mala fe, que consistía en conocer los vicios del título; pero nunca reconoció la hipótesis de poseer bienes inmuebles por virtud de un acto ilícito.

En cambio, el Código vigente, al decir en concepto de propietario, emplea una denominación que permite la posesión con título objetiva o subjetivamente válido, y sin título, pero con animus domini, no obstante que la posesión tenga su origen en un delito.

Esta hipótesis está expresamente reconocida al hablar de la posesión nacida de un delito, la cual se considera posesión violenta, misma que puede originar la prescripción, sólo que el término, naturalmente, será el máximo, ya que es una posesión de mala fe. Además, se requiere en caso de posesión delictuosa, que haya prescrito la pena o la acción penal a efecto de que terminando el plazo de las mismas comience a correr el plazo de la prescripción considerada como de mala fe.

De acuerdo con lo expuesto, en nuestro derecho vigente ya no es necesario recurrir a una excepción o a un esfuerzo de interpretación legislativa, para explicarnos por qué la posesión animus domini nacida de delito o de acto ilícito, es apta para producir la prescripción.

3. *Posesión pacífica.* - La posesión debe ser pacífica. Cuando no reúne esta cualidad, padece el vicio de la violencia. Se considera que la posesión es pacífica cuando no se adquiere por violencia. En nuestro derecho sólo el momento de la adquisición, exige esta cualidad; es decir, debe entrarse a la posesión pací-

ficamente. Si después se hacen actos de violencia para defender la posesión o para recuperarla, estos actos no vician la posesión.

Planiol y Ripert, *ob. cit.*, t. III, págs. 156 y 157.

En cambio, en el derecho francés el requisito de la posesión pacífica es permanente; el poseedor no debe recurrir a la violencia ni en el momento en que entra a poseer, ni durante la posesión, excepto cuando se trate de una violencia defensiva, para repeler actos de terceros, pero el poseedor no puede recurrir a una violencia ofensiva para recuperar su posesión; si lo hace, este acto de violencia vicia a la posesión y la hace inepta para la prescripción.

En el Código vigente se acepta el caso de que la posesión violenta quede purgada por el simple hecho de que cese la violencia. Es un hecho sujeto a prueba que posteriormente se acreditará, cuando se ejercite la acción que todo poseedor debe intentar a efecto de que se declare que su posesión se ha convertido en propiedad. En el juicio correspondiente el poseedor puede sostener haber adquirido por violencia, pero que a partir de cierto momento cesó, justificando debidamente esta nueva situación.

El Código vigente acepta que no obstante esta posesión viciada en su origen, se convierte en posesión útil por el simple hecho de que haya cesado la violencia. En cambio, el Código anterior exigía un procedimiento complicado para purgar ese vicio. Un precepto expreso decía que cuando la posesión se adquiriera por violencia, sólo hasta que jurídicamente se hubiera declarada que había cesado, comenzaba la posesión útil; es decir, se requería una declaración judicial para considerar que había cesado la violencia.

M. Ortolan, *ob. cit.*, t. I, págs. 419 a 421.

El Código anterior tenía su antecedente en el derecho romano, que consideró que jurídicamente había cesado la violencia:

1o.-Cuando el poseedor que adquiría violentamente restituía la cosa al dueño, para que éste nuevamente se la entregara en forma pacífica. Esta era la forma perfecta de purgar la violencia.

2o.-Mediante ratificación expresa del poseedor primitivo o dueño de la cosa, aceptando la posesión adquirida por violencia.

3o.-Mediante ratificación tácita por hechos indubitables de parte del primitivo poseedor, que reconozcan la posesión adquirida por violencia (como cuando entabla relaciones jurídicas con el poseedor respecto de la cosa, aceptando tácitamente la posesión de éste).

Lafaille, *ob. cit.*, t. III, págs. 100 a 102.

4. *Posesión continua.*-La posesión debe ser continua, si no lo es adolece del vicio de interrupción. También en este aspecto nuestra legislación difiere del derecho francés y sigue la tradición española.

En el derecho francés se 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. En tal virtud, se dice que la posesión se ha interrumpido cuando el poseedor deja de ejecutar en forma permanente esos actos. La per-

manencia o continuidad no exige que de momento a momento, día a día, se ejecuten esos actos, sino que debe haber una reiteración de los mismos que demuestre siempre el deseo de ejercer la posesión constantemente.

Planiol y Ripert, *ob. cit.*, t. III, págs. 155 y 156.

En el antiguo derecho español se advirtió desde luego esta dificultad para acreditar la continuidad de la posesión, y se consideró que como el poseedor debe justificar para adquirir el dominio, una continuidad a través de años, se le exigía una prueba muy rigurosa, como en el derecho francés, y que difícilmente se lograba el objeto de adquirir por prescripción, pues se podían probar las otras características de posesión pacífica y pública; pero la continuidad exigía medios difíciles de prueba, que prácticamente hacía imposible la justificación de este requisito.

Entonces se optó por sacrificar la lógica en vista de intereses prácticos, y se invirtió la situación para determinar que es posesión continua aquella que no es interrumpida, y que sólo podía interrumpirse la prescripción por determinados medios específicamente enumerados en la ley.

Sólo a través de estas formas específicas y limitativamente enumeradas en la ley, podía interrumpirse la posesión. Tocaba, por consiguiente, a aquel que afirmaba que la posesión se había interrumpido, probar o que había interpelado judicialmente, o que había demandado al poseedor, o que éste le había reconocido la posesión, o, finalmente, que hubo un despojo o un abandono. El poseedor no tenía que justificar la continuidad, la permanencia en la posesión. Se presumía la continuidad, salvo prueba en contrario que demostraba la interrupción, y quien tenía que rendir esa prueba era aquel que impugnaba la posesión.

Esto, desde luego, facilitó enormemente la prueba del requisito de continuidad, y aunque no constituye desde un punto de vista lógico la característica o cualidad de continuidad en la posesión, sí tiene un interés práctico desde el punto de vista procesal.

Conforme a este principio, que adoptan los Códigos de 1870 y 1884, podía darse el caso de que fuera posesión continua aquella que; sin haber sido interrumpida, no se había ejercido constantemente por el poseedor, lo que implica desde luego una situación que desvirtúa la característica de continuidad, tanto en su acepción gramatical como lógica, porque bastaba con que no se hubiera interrumpido la posesión, aunque no se ejerciera, para que fuera una posesión continua; en cambio, se daba la situación contraria: una posesión ejercida continuamente, día a día, ya no era continua por el solo hecho de ser interrumpida por una demanda, por una notificación interpellando al poseedor, lo que también implicaba una situación contraria a la lógica misma.

Ante estos dos sistemas (el francés y el español), nuestra legislación de 1870 y de 1884, optó por el sistema español, que tiene los inconvenientes anotados, pero que sin embargo constituye una forma práctica desde el punto de

vista procesal para justificar la continuidad de la posesión. El artículo 1168 del ordenamiento en vigor continúa la tradición, al reconocer las únicas formas específicas de interrumpir la prescripción a que nos hemos referido.

El Código vigente acepta con un temperamento el concepto del derecho español; pero ha modificado la legislación anterior para considerar que no obstante que la posesión no haya sido interrumpida, si se prueba que no ha habido actos constantes de posesión, el término de prescripción debe aumentarse; sólo para este efecto y no para negar el derecho de adquirir el dominio acepta en parte la tesis francesa de la continuidad de la posesión.

En la definición de posesión continua se dice que es aquella que no haya sido interrumpida (Art. 824). Hasta aquí seguimos las disposiciones de los Códigos de 1880 y 1884, pero en el Art. 1152 se dispone que los bienes inmuebles prescriben: "I.-En cinco años, cuando se poseen en concepto de propietario, con buena fe, pacífica, continua y públicamente..." "IV.-Se aumentará en una tercera parte el tiempo señalado en las fracciones I y III, si se demuestra, por quien tenga interés jurídico en ello, que el poseedor de una finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél".

Aunque esta fracción IV no se refiere directamente a la continuidad de la posesión, se demuestra el propósito del legislador de que la 'finca rústica sea cultivada o la urbana sea habitada; es decir, que la posesión se siga ejerciendo continuamente.

El abandono de la finca rústica, o la falta de reparaciones de la urbana, que no permiten la habitación de la misma, traería como consecuencia propiamente una interrupción de la posesión, no desde el punto de vista jurídico (como entiende el Código), sino desde el punto de vista de hecho, como considera la legislación francesa este requisito, y el efecto sería, para los bienes inmuebles, aumentar en una tercera parte el tiempo de prescripción (cuando se muestre que no obstante que la posesión no fue interrumpida legalmente por los medios específicamente enumerados en la ley, no hubo continuidad de hecho por las razones indicadas).

También en nuestro derecho, por lo que se refiere a esta cualidad, se protege al poseedor con una serie de presunciones.

La primera declara que el que justifique la posesión en el momento inicial de adquirirla y en el momento presente, tiene la presunción de haber poseído en el tiempo intermedio.

Una segunda presunción admite que el poseedor que ha sido despojado, pero después restituido en la posesión se considera como nunca despojado o perturbado para los efectos de la continuidad, no importando que haya habido una interrupción por el despojo.

Finalmente, se crea una tercera presunción para determinar la fecha inicial de la posesión, cuando el poseedor no puede justificar su principio, presumiéndose entonces que comenzó a poseer desde la fecha de su título. Es una presunción, porque la posesión pudo haber sido posterior a la fecha del título.

5.—*Posesión pública*.—La posesión debe ser pública. El vicio que afecta a la posesión pública se denomina clandestinidad. La posesión es clandestina u oculta, cuando no se tiene a la vista de todos aquellos que tengan interés en interrumpirla, como decía el Código anterior, o como dice el vigente, cuando no se tenga a la vista de todo mundo.

Conforme a este requisito, la posesión pública para el Código vigente debe ejercitarse de modo que tenga conocimiento de ella no sólo los que tengan interés en interrumpirla, sino también todo mundo. En cambio, el Código anterior consideraba que la posesión era clandestina cuando no se tenía a la vista de las personas que podían tener interés en interrumpirla; era un vicio relativo, en tanto que en el Código vigente es un vicio absoluto.

La disposición del Código anterior dio un mejor fundamento jurídico; cuando a los extraños se les oculta la posesión ésta no está viciada, porque a esos terceros en nada les incumbe la posesión misma ni la forma de ejercerla pública o privadamente.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, págs. 157 y 158.

El Código vigente indebidamente exige que para que la posesión sea pública debe tenerse a la vista de todo mundo, es decir, la posesión que se hace del conocimiento de aquellos que tienen interés en interrumpirla, pero por razones de protección natural no se le hace del conocimiento de todo mundo, por este solo hecho se vicia; la posesión queda viciada, y el vicio, en rigor, no tiene fundamento jurídico en este caso.

El Código vigente estima siguiendo al portugués que es posesión pública la que se ha inscrito en el Registro Público de la Propiedad (Arts. 825 y 3042). Al final del Código se regula un procedimiento para registrar la posesión, acreditando que se adquirió pacíficamente, así como el título de la posesión, mediante una información testimonial, con vista al ministerio público. Este hecho por sí solo ya justifica el carácter público de la posesión.

Lafaille, ob. cit., t. III, págs. 102 y 103.

6.—*Posesión cierta*.—Hay otra cualidad de la posesión, no señalada expresamente por la ley, pero que se deriva de la misma. Según ella,

la posesión debe ser *cierta*, debe existir absoluta seguridad, por razón del título, de que la posesión se tiene en concepto de dueño.

Cuando no se presenta esta característica, se dice que está viciada la posesión de equivocidad o que es equívoca; es decir, que se trata de una posesión dudosa respecto al concepto por el cual se tiene. Hay ciertos casos que pueden originar duda a este respecto.

En el derecho francés se presentan dos situaciones dudosas: 1o. En la copropiedad; 2o. En la posesión ejercida por el marido respecto a bienes que se ignora si son de su pertenencia, de su mujer o de la sociedad conyugal.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, págs. 158 y 159.

Normalmente el animus se cambia como consecuencia de cambiar el título, como cuando se tenía el ánimo de poseer en nombre de otro, v.g., y luego se adquiere la cosa por compraventa, herencia, donación, etc. Este cambio objetivo del título trae como consecuencia un cambio del animus.

El derecho francés admite también que un cambio subjetivo que no depende simplemente del deseo, sino del deseo ejecutado, materializado en un conjunto de actos que demuestren que real y efectivamente la intención se convirtió en realidad, trayendo como consecuencia el cambio de causa de la posesión. Ahora bien, esta situación en el derecho francés puede llegar a un momento de duda, por cuanto no se pueda determinar si en rigor ha habido un cambio subjetivo patente en una serie de actos de apropiación exclusiva, o bien si aun en el ánimo del copropietario no se llega a operar esa transformación, por cuanto que haya actos dudosos de disposición de la cosa.

En nuestro derecho la cuestión es distinta. Por precepto expreso se requiere que el cambio en la posesión sea desde el punto de vista objetivo, es decir, cambio de título. No basta un simple cambio subjetivo. El Código anterior en forma más clara que el vigente, regulaba este modo de transformar la causa de la posesión, cuando el que poseía a nombre de otro comenzaba a poseer con buena fe y justo título en nombre propio, corriendo la prescripción desde el día en que se hubiere mudado la causa.

Como en el Código anterior el justo título era el que transfería el dominio, o se estimaba fundamentalmente bastante para transmitirlo, y se requería para cambiar la causa de la posesión tener justo título, evidentemente no se admitía el cambio subjetivo de la posesión del derecho francés.

En el Código vigente pueden existir duda por cuanto ya no se usa la frase "justo título", sino "concepto de propietario" y se dice que legalmente se cambia la causa de la posesión cuando el que la poseía a nombre de otro comienza a poseer en concepto de dueño (Arts. 826, 827, y 1139).

Conforme al Art. 827 se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, a menos que se pruebe que se ha cambiado la causa de la misma, y se presume, por tanto, que el copropietario sigue poseyendo en el mismo concepto en que entró a poseer originariamente, es decir, en nombre propio por su parte alícuota y en nombre ajeno por las partes alícuotas de los demás, a no ser que se haya cambiado la causa de su posesión y, para esto, se requiere conforme al Código vigente que el poseedor que no poseía a título de dueño comience a poseer con este carácter.

En el artículo 826 no se dice "título de dueño", sino "concepto de dueño". En el artículo 1139 se requiere, para que haya cambio de causa, que haya cambio de título en la posesión.

En nuestra opinión, aunque el Código define la posesión originaria empleando la frase "concepto de dueño", para el cambio de causa en la posesión siguió al Código anterior, de tal manera que no basta el concepto, sino el título de dueño. Además, en nuestra tradición jurídica el cambio de causa de la posesión, siempre es objetivo, por cambio de título, y por ello debemos considerar que no bastará en el caso de copropiedad un cambio subjetivo, como en el derecho francés, para comenzar a poseer *animus dominii*; que en tal virtud operará la presunción legal del artículo 827 en el sentido de que se presumirá que el copropietario continúa poseyendo en el mismo concepto en que entró a poseer, es decir, por lo que se refiere a la cosa en su totalidad no tiene el título de propietario.

Además, en nuestra legislación se dispone que no puede correr la prescripción entre los copropietarios o coposeedores. Conforme a este principio, tampoco podría el copropietario por virtud del tiempo transformar su título de copropiedad en dominio. Para que su posesión le diese este título, sería menester que la prescripción pudiera correr.

En el Código anterior existía el artículo 1072 que decía que cuando varias personas poseen en común alguna cosa, no puede ninguna de ellas prescribir contra los copropietarios o coposeedores, pero sí contra extraños, en cuyo caso esto beneficiaría a todos ellos.

Por otra parte, si conforme al Código se dispone que la prescripción no puede comenzar a correr sino hasta que se haya cambiado la causa, se advertirá que habría un círculo vicioso si por una parte se invoca

la prescripción (en el supuesto que la ley lo permitiera), para que hubiera cambio de causa, y por otra se dice que la prescripción no puede correr, sino hasta que se realice dicho cambio. De manera que aun cuando no existiese el precepto que prohíbe que la prescripción corra entre copropietarios o coposeedores, bastaría el artículo que previene que no puede comenzar a correr la prescripción sino hasta que se haya cambiado de causa, para que en nuestro derecho la copropiedad nunca origine una posesión dudosa.

7.—*Condiciones de la posesión.*—Las condiciones de la posesión ya no implican cualidades de la misma y, por consiguiente, su ausencia no vicia la posesión, ni la hace inútil para adquirir el dominio, pero influye para aumentar o disminuir el término de prescripción.

En el Código vigente son dos las condiciones que pueden influir desde el punto de vista temporal en la prescripción: a) La buena o mala fe; b) El abandono de los inmuebles. En el Código anterior sólo había una condición (la buena o mala fe) que influía desde el punto de vista del tiempo.

a) La mala fe no es un vicio en la posesión, ni consiguientemente la buena fe es una cualidad de la misma. Se puede adquirir el dominio por prescripción, aun cuando se posea de mala fe. Si fuera un vicio haría inútil la posesión misma. Simplemente la mala fe influye para aumentar el término de prescripción, que generalmente duplica: para los bienes inmuebles el término, con buena fe, es de cinco años, y con mala fe de diez; para los muebles, con buena fe es de tres años y con mala fe de cinco.

Poseer con buena fe en el Código anterior, era tener título suficiente para transmitir el dominio o ignorar los vicios del mismo, y poseer con mala fe era entrar en la posesión sin título o conociendo sus vicios. De aquí se deduce que el Código anterior confundía la buena fe con el justo título, y la mala fe con la falta de título o con el conocimiento de los vicios del mismo, y esto traía confusión al interpretar los artículos de la prescripción.

En el Código anterior, la existencia del título objetiva o subjetivamente válido traía como consecuencia necesariamente la buena fe, y se presumía siempre. El que afirmaba la mala fe, debería demostrar que el poseedor entró a la posesión sin título o sabiendo que era insuficiente o viciado. Esta confusión del Código anterior se debía a que sólo admite como posesión jurídica la que se tiene en nombre propio llamada después originaria en el Código vigente.

Si sólo la posesión *animus domini* es posesión jurídica, evidente-



mente que la buena fe se confunde con el justo título, es decir, será parte integrante del mismo, y si no hay *animus domini* no hay buena fe, porque sería tanto como entrar a poseer sabiendo que no se tiene título.

En el Código vigente, como se distinguen dos formas de posesión, la originaria o *animus domini* y la derivada, es decir, en nombre de otro, porque debe definirse en función de la posesión originaria y de la derivada, y no en función exclusivamente del *animus domini*, pues esto sería propio para la posesión originaria, y en cambio para la derivada, como hipótesis no hay *animus domini*, la buena fe debe entonces determinarse en función de otro elemento, que es tener título para la misma: entrar a poseer con título suficiente para usar, gozar, administrar o custodiar una cosa ajena, que son los cuatro casos de posesión derivada que se presentan a través de los diferentes contratos o actos jurídicos translativos de uso y goce, o que confieren la administración o custodia de las cosas ajenas.

Sánchez Román, *ob. cit.*, t. III, págs. 257 y 258.

La razón por la cual el Código vigente ha estimado que la buena o mal fe no deben definirse en función del justo título y del *animus domini* es la siguiente: la buena fe no sólo interviene en la prescripción, es decir, como condición de la posesión originaria para adquirir el dominio; también interviene en la adquisición de los frutos, y ésta puede existir en la posesión originaria y en la derivada; consecuentemente, puede hablarse de posesión de buena fe en el arrendatario o en el usufructuario o en cualquiera posesión derivada, sin mezclar, como en el Código anterior, la buena fe con el dominio, y este mismo ordenamiento tiene que reconocer que para la adquisición de los frutos la buena fe no se define en función del dominio, del *animus domini*, sino en función del título por virtud del cual se entró a poseer.

Para el efecto de la prescripción, la buena fe en el Código vigente, relacionándola con la posesión originaria, consistirá en poseer teniendo título subjetiva u objetivamente válido para adquirir el dominio. Para la adquisición de los frutos, la buena fe consistirá en tener título para usar o gozar de la cosa.

También ha habido una modificación esencial por lo que toca a la reglamentación de la buena o mala fe, entre el Código vigente y el anterior. El anterior sólo requería la existencia de la buena fe para adquirir el dominio, en el momento en que se entraba a poseer, así como sólo exigía la posesión pacífica en ese momento. Si posteriormente el poseedor, ya en uso de la cosa, advertía que no tenía título o que era viciado,

y que por tanto su creencia fue infundada, este conocimiento no viciaba la posesión; podía continuarse reputándolo de buena fe, a pesar de que posteriormente conociera los vicios de su título. Ej.: El heredero aparente que ya en la posesión de la cosa sabía que el testamento era nulo o que había sido revocado.

Según el Art. 1082 del Código de 1884, la buena fe sólo es necesaria en el momento de la adquisición. En cambio, el vigente dispone que la buena fe debe ser permanente, que en el momento en que se conozcan los vicios del título comienza la posesión de mala fe y que entonces el término de prescripción aumenta a diez años para los inmuebles, y a cinco para los muebles.

La ley presume que el poseedor es de buena fe, y por tanto lo releva de prueba en este sentido; pero su contrario sí podrá demostrar que no lo es; que en cierto momento se le hizo ver al poseedor que su título era viciado, y comprobado el vicio la posesión será de mala fe y el término tendrá que aumentarse.

El Código anterior sólo admitía que podía interrumpirse la buena fe por los mismos medios que podían interrumpir la prescripción: demanda o interpelación judicial, pérdida de la cosa por más de un año o reconocimiento expreso en favor del propietario. El vigente reconoce que la buena fe puede interrumpirse por cualquier medio que tenga por objeto hacer saber al poseedor que su título es insuficiente, viciado o nulo. Bastará, por tanto, una prueba testimonial o documental que justifique que el poseedor supo que su título era nulo o viciado, para la interrupción de buena fe.

Se requiere que la buena o la mala fe deban ser estrictamente personales; que como situaciones subjetivas, dependan exclusivamente de la creencia fundada que tenga el poseedor mismo con respecto a su título, o del conocimiento de los vicios de éste, o de la falta del mismo. Por consiguiente, la buena o mala fe del causante que transmite la posesión, no influye ni origina buena o mala fe en el causahabiente, es decir, aquel que adquiere la posesión.

Si existe buena fe en el causante, por ejemplo, el autor de una herencia que transmite la posesión a sus herederos, o en el enajenante que por un contrato transmite el dominio, esta circunstancia no quiere decir que necesariamente el causahabiente deba tener buena fe. El heredero puede conocer los vicios del título que no conoce el autor de la herencia, o bien el adquirente puede conocer los vicios que desconoció el enajenante, y en este caso el causahabiente es de mala fe, no obstante que el causante lo fue de buena fe. La situación inversa también puede pre-

sentarse: El causante puede ser de mala fe porque conozca los vicios del título, y el causahabiente de buena fe porque los ignore.

José Castán Tobeñas, ob. cit., t. II, pág. 174.

La mala fe en el causante no es una presunción de mala fe en el causahabiente, porque todo poseedor tiene en su favor la presunción de poseer de buena fe, de manera que aquí opera la presunción contraria.

Facilitará la prueba del contrario que impugne la posesión, el demostrar que el causante conocía los vicios del título y que procedió por consiguiente, de mala fe, pero el juez no puede derivar de aquí una presunción legal por este solo hecho para inferir mala fe en el causahabiente; tendrá que demostrarse el conocimiento personal de éste respecto de los vicios del título. Será, por tanto, una situación exclusivamente personal por ser estrictamente subjetiva. Veremos después que para la adquisición de los frutos también sigue siendo la buena o mala fe una situación estrictamente personal y subjetiva.

En el Código civil vigente se reputa posesión de mala fe la adquirida por violencia y la delictuosa. En el caso de posesión violenta hay un vicio que hace inútil la posesión para adquirir el dominio, pero este vicio puede purgarse cesando la violencia. En el momento en que cesa y comienza la posesión pacífica, se considera ésta de mala fe, no obstante que ya cesó el vicio por el solo hecho de haberse adquirido en forma no pacífica. Por tanto, se aumentará el término de prescripción.

En cambio, en la posesión delictuosa la situación es más estricta. El término de prescripción para adquirir el dominio no puede comenzar a correr sino hasta que se purga la pena o se extingue la acción penal o bien cuando se declara prescrita la pena o la acción penal. Hasta ese momento comenzará la posesión útil; pero también esta posesión se considera de mala fe y se aplicará el término máximo de prescripción.

Por ejemplo, un inmueble objeto de despojo. Supongamos que la pena corporal es de cinco años. Una vez cumplida la pena o extinguida la acción penal, si no se llegó a aprehender al delincuente, comenzará a correr el plazo de la posesión útil; pero ese plazo de prescripción adquisitiva será de diez años por tratarse de un inmueble poseído de mala fe.

La interrupción de la buena fe en el Código anterior sólo tenía como efecto la pérdida de los frutos de la cosa. Según el Código citado, los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos; en el momento en que su buena fe es interrumpida ya no tienen derecho a percibirlos, pero sí a prescribir conforme el término de buena fe, por el solo hecho de haber entrado a la posesión en esas condiciones. (Art. 836, Cód. 84).

El Código vigente dispone que la interrupción de la buena fe produce, por cuanto a los frutos, el mismo efecto, es decir, una vez dictada sentencia el poseedor debe devolver los frutos desde que se interrumpió la buena fe, siempre y cuando en la sentencia se declare esta circunstancia.

b) Por último, otra condición que afecta el término de prescripción y que sólo regula el Código Civil vigente, es el uso o el abandono de los bienes inmuebles. Para los rústicos o urbanos destinados a habitación, se crea esta condición para aumentar el término de prescripción, según que el inmueble se abandone por falta de cultivo, si es rústico, o por falta de reparaciones, si no puede ser habitado siendo urbano.

Este abandono se sanciona en el Código vigente con un aumento de una tercera parte del término de prescripción. Para los bienes muebles no existe esta condición del uso, ni en el Código anterior se establecía para ninguna clase de bienes.

En el Código vigente se ha venido a utilizar en parte el sistema francés, sólo para aumentar el término de prescripción por lo que toca a inmuebles, en una tercera parte, cuando se demuestre que la cosa no ha sido poseída continuamente desde el punto de vista material, aunque desde el punto de vista jurídico sí sea una posesión continua porque no se haya interrumpido. En el derecho francés el abandono o la discontinuidad traerían como consecuencia un vicio para hacer absolutamente inútil la posesión para adquirir el dominio. En el Código vigente esta modificación que se hace, no se regula como vicio, sino simplemente como condición que aumenta el término de prescripción, sin hacer ineficaz la posesión misma. (Art. 1152 Frac. IV).

8.—*Reglas generales de la prescripción.*—Sólo estudiaremos la prescripción adquisitiva llamada por los romanos usucapión. Por prescripción positiva se entiende el medio de adquirir la propiedad o ciertos derechos reales mediante la posesión en concepto de dueño o de titular de un gravamen, en forma pacífica, continua, pública, cierta y por el término que fije la ley.

En cuanto a la prescripción negativa o liberatoria, es un medio de extinguir obligaciones o derechos por el transcurso del tiempo, en virtud de que el acreedor no exija el pago en los plazos señalados por la ley o el titular no ejerza su derecho real.

El estudio de la prescripción adquisitiva está relacionado con la propiedad y la posesión, porque es una forma de adquirir el dominio mediante una posesión originaria con las cualidades legales.

El Art. 1135 del Código Civil vigente dice:

“Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley”. “La adquisición de bienes en virtud de la posesión se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa” (Art. 1136).

Sánchez Román, ob. cit., t. III, págs. 252 y 253.

Las reglas generales que existen en esta materia son:

1a.—Sólo los bienes y derechos susceptibles de apropiación lo son de prescripción. La razón es que la prescripción adquisitiva tiene como finalidad adquirir el dominio y si las cosas o derechos no son susceptibles de apropiación, no se podrá lograr su objeto, porque un texto lo prohíbe.

2a.—Sólo los que tienen capacidad de goce para adquirir el dominio la tienen para adquirir por prescripción. Los que por algún precepto legal tienen incapacidad para adquirir el dominio, no pueden adquirir por prescripción.

Sánchez Román, ob. cit., t. III, pág. 255.

Los extranjeros tienen incapacidad absoluta para adquirir el dominio en la zona prohibida respecto de bienes inmuebles. También las sociedades extranjeras tienen incapacidad para adquirir bienes raíces en la República. Las sociedades religiosas, que conforme a la ley no tienen personalidad jurídica y por tanto no se les puede considerar como personas morales, tienen también, como agrupaciones de hecho, incapacidad para adquirir el dominio de bienes raíces destinados al servicio o propaganda de algún culto. Las sociedades mercantiles por acciones tienen incapacidad de goce para adquirir fincas rústicas destinadas a la agricultura; las instituciones de crédito tienen incapacidad de goce para adquirir bienes raíces que no estén exclusivamente destinados a su objeto, de suerte que si una institución de esta naturaleza posee bienes que no tienen ninguna relación con su objeto, esta posesión no llegará a producir el dominio.

3a.—Los que tienen incapacidad de ejercicio pueden adquirir por prescripción, por conducto de sus representantes legítimos. La incapacidad de ejercicio supone la capacidad de goce, es decir, la aptitud de ser titular de derechos; pero la imposibilidad de ejercitar esos derechos directamente, por sí mismos. El incapacitado en cuanto al ejercicio, puede adquirir el dominio y, por consiguiente, puede adquirir por prescripción la propiedad, pero como no puede ejercitar sus derechos tendrá que hacerlo por conducto de su representante legal.

El Art. 1138 estatuye: “Pueden adquirir por prescripción positiva todos los que son capaces de adquirir por cualquier otro título; los me-

nores y demás incapacitados pueden hacerlo por medio de sus legítimos representantes”.

El Código vigente admite que además de la posesión por conducto del representante, se tenga la posesión por conducto de tercero, que no tenga representación, siempre y cuando se ratifique la posesión misma.

4a.—Se presume que el que comenzó a poseer con determinado carácter, continúa poseyendo en esa misma forma. Entre tanto no se cambie la causa de la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, a menos que se pruebe que ha cambiado la causa de la posesión”. (Art. 827 del Código Civil vigente). “Para los efectos de los artículos 826 y 827 se dice legalmente cambiada la causa de la posesión, cuando el poseedor que no poseía a título de dueño comienza a poseer con este carácter, y en tal caso la prescripción no corre sino desde el día en que se haya cambiado la causa de la posesión”. (Art. 1139 del Código Civil vigente).

5a.—La posesión del causante aprovecha al causahabiente, quien puede sumar aquélla al tiempo que haya poseído, siempre y cuando ambas posesiones reúnan los caracteres legales (Art. 1149).

6a.—El derecho para prescribir en lo futuro es irrenunciable; sólo puede renunciarse la prescripción ya consumada o el tiempo transcurrido (Art. 1141).

9.—*Inscripción de la posesión.*—La posesión puede registrarse tanto en su principio, como durante el tiempo necesario para prescribir, o una vez consumado el plazo de prescripción.

De esta suerte, es necesario distinguir dos casos: 1o. Antes de que transcurra el término de prescripción; 2o. Una vez transcurrido este término.

En el segundo caso es necesario distinguir dos hipótesis:

a) Los bienes inmuebles objeto de la inscripción, aparecen registrados a favor de determinada persona; b) Esos bienes no se hallan inscritos en el Registro Público de la Propiedad.

Primer caso.—Antes de que transcurra el tiempo de prescripción, aquel que está en posesión de un inmueble con las cualidades necesarias para prescribirlo, puede solicitar la inscripción de su posesión cumpliendo los requisitos siguientes:

1o.—Es necesario que ese inmueble no aparezca inscrito a favor de determinada persona.

Para cumplir con este requisito se debe justificar con el certificado que expida el director del Registro Público de la Propiedad, la circunstancia de la no inscripción del inmueble con respecto a otra persona.

2o.—Es necesario justificar, además, que el inmueble se ha po-

seído en concepto de dueño, en forma pacífica, continua y pública. Para esto se deberá presentar una información testimonial de tres testigos de notorio arraigo en el lugar, y esta información se recibirá con audiencia del Agente del Ministerio Público y el Director del Registro Público de la Propiedad. Además, se le dará publicidad en los periódicos que determine el juez.

En el Código Civil se reglamenta esta forma de inscripción de la posesión, que tiene como efecto considerarla como posesión de buena fe, y, por consiguiente, adquirir el dominio de los bienes inmuebles por el transcurso de cinco años. (Art. 3048).

Con motivo de la publicación de la solicitud puede un tercero oponerse, bien sea a que se ordene la inscripción o, si ya está ordenada, a que se lleve a cabo el registro correspondiente, o, si su oposición se presenta después de haber hecho la inscripción, para que se haga una anotación marginal en la misma, haciendo constar la oposición. Y debe otorgar fianza para responder de los daños y perjuicios que se causen al poseedor, si su oposición no prospera.

Antes de que se lleve a cabo la inscripción, el efecto de la oposición, otorgada la fianza, será suspenderla hasta que se ventile esa oposición y se decida si el tercero tiene derecho a la posesión, y por consiguiente, si no debe inscribirse la que ha solicitado el que se ostentó como poseedor.

Si la oposición se presenta ya registrada la posesión, su efecto será que se anote al margen de la partida correspondiente esta oposición, para que si prospera se cancele la partida respectiva, según el Art. 3054. Finalmente, el 3055 establece que una vez transcurridos los cinco años para la posesión inscrita, su efecto será que el Director del Registro Público de la Propiedad declare que el poseedor se ha convertido en propietario.

Segundo caso.—Este se refiere a la inscripción de la posesión, una vez transcurrido el plazo necesario para prescribir, a efecto de que se declare que el poseedor se ha convertido en propietario. Comprende, como dijimos, dos hipótesis:

a) El bien aparece inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de determinada persona. Entonces es necesario seguir un juicio ordinario para justificar que se ha poseído con todos los requisitos legales contra aquel a cuyo nombre aparezca inscrito el inmueble. Si prospera la acción, el efecto será declarar que el poseedor se ha convertido en propietario, cancelándose la inscripción de propiedad anterior, para que se registre el dominio en favor del poseedor. (Art. 1156).

b) El bien no aparece inscrito en el Registro Público de la Propiedad en favor de determinada persona. El procedimiento, entonces, para

inscribir el dominio en favor del poseedor, ya no será un juicio contencioso, sino un procedimiento en jurisdicción voluntaria para justificar, primero, con el certificado del Registro Público de la Propiedad, que esos bienes inmuebles no están registrados a favor de determinada persona, y, segundo, con una información testimonial con personas de notorio arraigo, que ha poseído con todos los requisitos legales.

10.—*Presunción de propiedad*.—Con relación al segundo efecto de la posesión originaria, que crea una presunción de propiedad, ya hemos estudiado, al exponer las distintas teorías, cuál es el alcance de esta presunción, tanto en el Código anterior, aplicable sólo a la posesión que se tenía con justo título, como en el vigente, al referirse sólo a la posesión originaria, para derivar de ahí una presunción de propiedad, que como hemos visto, es *juris tantum* y admite prueba en contrario.

El Código vigente hace la distinción entre posesión originaria y derivada, considerando que la presunción de propiedad sólo es consecuencia de la posesión originaria. Cuando se posea en virtud de un derecho real distinto de la propiedad, o de un derecho personal, no existirá esa presunción, como es evidente; pero esto no perjudicará el derecho a poseer por lo que toca a efectos distintos, como la adquisición de los frutos, el derecho a entablar interdictos o acciones posesorias, que son propios tanto de la posesión originaria como de la derivada. (Art. 798).

11.—*Adquisición de frutos*.—Pasaremos a estudiar los demás efectos de la posesión, que se presentan en la originaria y en la derivada.

Estos efectos comprenden la adquisición de los frutos y el ejercicio de las acciones posesorias.

Por lo que se refiere a los frutos, existe como principio general que el poseedor *animus domini* (siempre y cuando derive este ánimo de un título objetiva o subjetivamente válido), y sea además de buena fe, hace suyos los frutos de la cosa.

Encontramos aquí en la posesión a título de dueño y de buena fe una excepción al principio general de que sólo el propietario y el usufructuario tienen derecho a los frutos de la cosa, o aquel a quien por contrato se le ha transmitido ese derecho.

El derecho a los frutos, o *jus fruendi* es, o una consecuencia de la propiedad, o de un derecho real o personal que expresamente reconozca la ley o el propietario. Pero se presenta un primer caso de excepción en la posesión con justo título y buena fe, que sin implicar propiedad, ni un derecho real o personal para percibir los frutos, da, no obstante, derecho al poseedor a adquirirlos mediante las condiciones que después indicaremos.



Un segundo caso de excepción existe cuando se declara la ausencia de una persona en el sentido jurídico-legal de la palabra, y se confiere la posesión provisional de los bienes del ausente a la persona que determine la ley. Esta persona, si posteriormente aparece el ausente, hace suyos los frutos industriales y la mitad de los naturales y civiles. Esto, antes de la declaración de presunción de muerte del ausente, pues cuando se ha declarado ésta, los herederos del ausente tienen derecho a los frutos y si después aparece, no están obligados a restituirlos.

"Si el ausente se presenta o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte, recobrará sus bienes. Los que han tenido la posesión provisional, hacen suyos todos los frutos industriales que hayan hecho producir a esos bienes y la mitad de los frutos naturales y civiles" (Art. 697 del Código Civil vigente).—"Si el ausente se presentare o se probare su existencia después de otorgada la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se hallen, el precio de los enajenados, o los que se hubieren adquirido con el mismo precio, pero no podrá reclamar frutos ni rentas". (Art. 708 del mismo Código).—"Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe, mientras el ausente no comparezca, sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes, o por los que por contrato o cualquiera otra causa tengan con él relaciones jurídicas". (Art. 719 del Código citado).

De manera que en nuestra legislación encontramos, por una parte, la excepción relativa a la posesión con justo título y buena fe y, por otra, la de la posesión en el caso de ausencia. Fuera de estos dos casos, todos los demás de adquisición de los frutos suponen o la propiedad, o la constitución de un derecho real o personal que confiera el *jus fruendi*.

El primer caso de excepción es el que para nosotros tiene mayor interés; tiene lugar como consecuencia de la posesión con justo título y buena fe, y en este caso sí es necesario repetir el término del Código anterior "posesión con justo título" y no simplemente posesión *animus domini*.

Para los frutos se requiere tener un título objetivo o subjetivamente válido, y no bastaría tener la intención de apropiarse la cosa con sus productos, como consecuencia de un acto ilícito, pues este poseedor será entonces de mala fe y no tendrá derecho a los frutos. Sólo el poseedor que adquiere por título translativo de dominio, si éste es válido legalmente o si ignora los vicios del mismo por un error de hecho o de derecho, hace suyos los frutos.

Con estos requisitos, el poseedor tiene derecho a todos los frutos

de la cosa, en tanto su buena fe no sea interrumpida, y puede interrumpirse, según el Código vigente, por cualquier acto que lleve al conocimiento del poseedor con justo título la insuficiencia de éste para transmitir el dominio.

Conforme al Código de 1884, sólo los medios que interrumpían la prescripción, interrumpían la buena fe, en cuanto a la adquisición de los frutos. Disponía al efecto el artículo 835: "La buena fe se interrumpe por los mismos medios que la prescripción, conforme a lo que se previene en el Art. 1117".

En el Código Civil anterior se hacía la distinción siguiente: 1o. Poseedor de buena fe, con justo título; 2o. De mala fe, pero con título translativo de dominio y, 3o. Poseedor por delito. El vigente distingue una clase más de poseedores: 1o. Los que tienen justo título y buena fe; 2o. Los que tienen título translativo de dominio, de mala fe, pero que han poseído más de un año; 3o. Los que tienen título translativo de dominio, de mala fe, pero que han poseído hasta un año o menos, y 4o. Los poseedores por virtud de un delito.

Tiene importancia hacer esta clasificación, porque los derechos del poseedor dependen, por lo que toca a los frutos, de la clase en que respectivamente se le clasifique en el Código anterior o en el vigente.

En el Código anterior se reglamentaban las tres clases de poseedores, de la manera siguiente:

a).—En el primer grupo, o sea poseedores de buena fe con justo título, si se les privaba de la cosa por sentencia, tenían derecho a los frutos producidos, a los gastos necesarios, útiles y voluntarios, y a retener la cosa por los dos primeros, o bien a retirar las mejoras voluntarias, si no se causaba perjuicio a la cosa, o reparando el causado. También tenían derecho a que se les reembolsaran las cantidades que hubieren erogado para la recolección de frutos pendientes, así como los intereses de esas sumas, toda vez que al interrumpirse su buena fe por la demanda ya no podrían recogerlos.

b).—En cuanto al segundo grupo, es decir, poseedores con justo título, pero de mala fe, por conocer los vicios del mismo, no tenían derecho a los frutos de la cosa; deberían restituir los frutos percibidos (si se les condenaba a restituir la cosa) y responder de los daños y perjuicios causados por hechos propios; no respondían de los daños y perjuicios originados por caso fortuito o fuerza mayor. Esta clase de poseedores no eran responsables de los frutos que hubiere podido producir la cosa y no produjo por omisión del poseedor. Tenían derecho a los gastos necesarios y útiles que hubiesen efectuado, pero no podían retener la cosa como en el grupo anterior, hasta reembolsarse esos gastos.

c).—Finalmente, los poseedores del tercer grupo, o sea los que adquirirían por virtud de un delito, deberían restituir todos los frutos percibidos; responder de los frutos que pudo haber producido la cosa y no produjo por omisión del poseedor así como de los daños y perjuicios causados tanto por hecho propio como por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que demostraren y que necesariamente se hubieran producido en la cosa, aunque la hubiera retenido el propietario. Esta clase de poseedores tenían derecho al reembolso de los gastos necesarios, pero no podían retener la cosa como condición de ese reembolso.

Según el Código Civil actual, las cuatro clases de poseedores a que nos hemos referido, se encuentran reguladas de la manera siguiente:

1a.—Poseedores con título translativo de dominio y buena fe. Se les reconocen los mismos derechos que en el Código anterior, es decir, adquieren los frutos de la cosa, y sólo hasta que su buena fe sea interrumpida tienen la obligación de restituir esos frutos, a partir de la interrupción, si por sentencia ejecutoria se declara ésta en cierto momento. Estos poseedores tienen derecho a los gastos necesarios, útiles y voluntarios.

2a.—Poseedores con título translativo de dominio, con mala fe, que han poseído por más de un año. Estos poseedores tienen derecho a las dos terceras partes de los frutos industriales; deben restituir los naturales y los civiles. Frutos industriales son aquellos que se obtienen por virtud del trabajo del hombre; frutos naturales son las producciones espontáneas de la tierra y las crías de los animales, y frutos civiles son las rentas de los bienes, los intereses de los capitales y los beneficios obtenidos por contrato o acto jurídico. "El que posee en concepto de dueño por más de un año, pacífica, continua y públicamente, aunque su posesión sea de mala fe, con tal que no sea delictuosa, tiene derecho: I.—A las dos terceras partes de los frutos industriales que haga producir a la cosa poseída, perteneciendo la otra tercera parte al propietario, si reivindica la cosa antes de que se prescriba; II.—A que se le abonen los gastos necesarios y a retirar las mejoras útiles, si es dable separarlas sin detrimento de la cosa mejorada. No tiene derecho a los frutos naturales y civiles que produzca la cosa que posee, y responde de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa". (Art. 813 del Código Civil vigente).

La innovación en el Código vigente, respecto del anterior, está en que el último no permitía a estos poseedores la apropiación de ninguna clase de frutos; en cambio, el vigente, considerando que los frutos industriales tienen su fuente principalmente en el factor trabajo y no en el capital representado por la cosa, ha considerado que desde el punto

de vista económico procede reconocer al trabajo una participación de las dos terceras partes de los frutos industriales, y al capital la tercera restante.

Además, el poseedor no sólo invierte su trabajo, sino su propio capital, de manera que dentro de un cálculo arbitrario (como tienen que ser estos cálculos) se estima la participación del poseedor por su industria y por el capital que invierte en la cosa.

Lo anterior es una consecuencia de las doctrinas económicas sobre la producción, y sobre el papel que juega en la misma el trabajo.

En el Código anterior se desconocía desde el punto de vista legal, aunque no económico, esta participación del trabajo, y se sancionaba la mala fe con una pérdida total por implicar una pena; es decir, aun reconociendo una participación al trabajo del poseedor, se le quiso sancionar privándole de una ganancia que le pertenecía por su trabajo. El vigente persigue no una sanción o pena, sino el restablecimiento de una situación en un terreno de estricta equidad, tomando en cuenta que si hay mala fe, también existe título y por esta circunstancia ordena compensar lo debido a cada quien.

3a.—Poseedores con título translativo, de mala fe y que han poseído menos de un año. Esta clase de poseedores deben restituir los frutos naturales, civiles e industriales. En nuestro concepto, el tiempo no debe ser el factor predominante para atribuir participación en los frutos industriales, o negarla. Si la razón está en la retribución del trabajo y del capital que invierte el poseedor, existe igual fundamento en la posesión de más de un año que en la de menos de un año. El poseedor de más de un año sólo puede invocar cierta situación ya adquirida que le da confianza para invertir su trabajo y capital, sin que el dueño o el poseedor legítimo hubieren intentado en tiempo el interdicto de recuperar.

4a.—Poseedores que han adquirido la cosa por un delito y no tienen, por tanto, título translativo de dominio, aunque posean *animus domini*; son de mala fe. No tienen derecho a los frutos, pero, además, deben restituir no sólo los adquiridos, sino pagar el importe de los que hubiere producido la cosa y no produjo por omisión culpable del poseedor. Es, pues, imputable al poseedor delictuoso no haber explotado la cosa y, en consecuencia, debe pagar los daños y perjuicios calculando los frutos que hubiere producido la cosa y no produjo por su omisión.

Estos poseedores responden también de los daños y perjuicios causados por caso fortuito, fuerza mayor y hechos del poseedor. No respon-

den de los daños que sobrevengan natural e inevitablemente por el tiempo y sólo tienen derecho a los gastos necesarios, como en el tercer grupo, pero no a los útiles. "El poseedor que haya adquirido la posesión por algún hecho delictuoso, está obligado a restituir todos los frutos que haya producido la cosa y los que haya dejado de producir por omisión culpable. Tiene también la obligación impuesta por la fracción II del artículo 812". (Art. 814 del Código Civil vigente).

*Excepciones.*—El precepto legal que permite al poseedor de buena fe con título translativo de dominio, adquirir los frutos, tiene dos excepciones principales: 1a.—El caso de nulidad del título. 2a.—El de rescisión o resolución del título o del acto jurídico que haya dado origen a la posesión.

1a. Nulidad del título o del acto jurídico: La nulidad se caracteriza por tener un efecto restitutorio una vez que ha sido declarada judicialmente por sentencia que ha causado ejecutoria, es decir, opera retroactivamente reponiendo las cosas a su estado primitivo. Por lo tanto, si el acto jurídico por virtud del cual se adquirió la cosa es nulo, el efecto de la nulidad será la restitución de la cosa con sus frutos.

Si el poseedor con justo título y buena fe, que ignora los vicios del mismo, es posteriormente demandado, intentándose la acción de nulidad será condenado a restituir la cosa con sus frutos, si la demanda prospera.

No hay en este caso contradicción entre el principio general que permite al poseedor de buena fe, con justo título, adquirir los frutos, y el principio especial de nulidad que estamos señalando: El primer principio supone la validez del título y es, por consiguiente, de carácter general; el segundo es especial y sólo se refiere a los títulos nulos. Así quedan armonizados los artículos 810 y 2239 del Código Civil que aparentemente podrían entrar en contradicción.

Los efectos provisionales de la nulidad, en tanto no es declarada, permiten la adquisición de los frutos. La sentencia de nulidad, una vez que causa ejecutoria, será la que imponga la restitución de los mismos. Estos efectos provisionales se reconocen en el Código Civil vigente tanto respecto a la nulidad absoluta, por regla general, como para la nulidad relativa en todo caso. Es necesario hacer esta distinción, porque en la teoría clásica de las nulidades, algunos autores sostienen que en la nulidad absoluta no hay efectos provisionales, sino sólo en la relativa.

En nuestro derecho, la nulidad absoluta, por regla general, no impide que el acto produzca efectos; sin embargo, requiere una declaración judicial (previo el juicio correspondiente), en que se haga constar

esa nulidad, para que se destruyan retroactivamente. Esto por regla general, es decir, se necesita disposición expresa en determinados casos de nulidad, para que se diga que el acto no producirá efecto legal alguno, y cuando no haya ese precepto expreso, habrá que aplicar el Art. 2226. En cuanto a la relativa, siempre produce provisionalmente sus efectos, según el Art. 2227.

2a. Rescisión.—La segunda excepción a la regla general que permite a los poseedores de buena fe retener los frutos, se presenta cuando existe rescisión o resolución del acto por el cual se entró a poseer. Presenta, por consiguiente, esta excepción dos casos: primero, resolución del acto por el cumplimiento de una condición resolutoria y, segundo, rescisión del contrato por incumplimiento.

Fuera de ciertos casos especiales que se reglamentan por la ley, como regla general debe decirse que cuando el poseedor tenga que devolver la cosa por el cumplimiento de una condición resolutoria, deberá, a pesar de su buena fe, restituir todos los frutos que produjo la cosa.

Un segundo caso dentro de esta excepción, ocurre cuando se rescinde el contrato por virtud del cual se entró en posesión. La rescisión y la nulidad producen iguales consecuencias a este respecto: el poseedor que tiene que devolver la cosa por la rescisión declarada, habrá de restituir los frutos. Este segundo caso generalmente se debe a un incumplimiento del contrato. Cuando un contrato no es cumplido, la otra parte puede pedir la rescisión y como consecuencia de ésta, el juez ordenará, si hubo entrega de alguna cosa, que se restituya con sus frutos. Por consiguiente, si el poseedor entró a poseer por virtud de un contrato que no cumplió y su contratante le exige la devolución de la cosa, deberá también devolver los frutos, a pesar de que entró a poseer de buena fe.

#### JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1989

12.—*Prescripción adquisitiva. Necesidad de revelar la causa de la posesión.*—“El actor en un juicio de prescripción positiva, debe revelar la causa de su posesión, aun en el caso del poseedor de mala fe, porque es necesario que el juzgador conozca el hecho o acto generador de la misma, para poder determinar la calidad de la posesión, si es en concepto de propietario, originaria o derivada, de buena o mala fe y para precisar el momento en que debe empezar a contar el plazo de la prescripción”. (Tesis 259. Compilación de Jurisprudencia editada en el año de 1965, cuarta parte, pág. 780).

13.—*Prescripción adquisitiva. Posesión con justo título.*—“En los Estados de la República donde la ley exige como requisito para prescribir

adquisitivamente, que la posesión esté fundada en justo título, como lo hacía el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de 1884, no basta con revelar el origen de la posesión y afirmar que se posee a título de dueño; sino además, el actor debe probar la existencia del acto que fundadamente se cree bastante para transferir el dominio, porque el justo título no se presume, sino debe ser acreditado". (Tesis 260. Compilación de Jurisprudencia editada en el año de 1965, cuarta parte, pág. 781).

14.—*Prescripción adquisitiva. Posesión en concepto de propietario.*— "La exigencia del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y las legislaciones de los Estados de la República que contienen disposiciones iguales, de poseer en concepto de propietario para poder adquirir por prescripción, comprende no sólo los casos de buena fe, sino también al caso de la posesión de mala fe, por lo que no basta la simple intención de poseer como dueño, sino que es necesario probar la ejecución de actos o hechos, susceptibles de ser apreciados por los sentidos, que de manera indiscutible y objetiva demuestren que el poseedor es el dominador de la cosa, el que manda en ella y la disfruta para sí, como dueño en sentido económico, aun cuando carezca de un título legítimo, frente a todo el mundo, y siempre que haya comenzado a poseer en virtud de una causa diversa de la que origina la posesión derivada". (Tesis 261. Compilación de Jurisprudencia editada en el año de 1965, cuarta parte pág. 787).

*Prescripción. La presentación de la demanda interrumpe la.*—Del artículo 258 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se desprende que la simple presentación de la demanda es la que interrumpe la prescripción, mientras que del artículo 1168 fracción II, del Código Civil, aparece que la prescripción se interrumpe por demanda judicial u otro cualquier género de interpelación, siempre que sea notificada al poseedor o al deudor, en su caso. La contradicción sólo es aparente porque debe prevalecer la norma procesal, en primer término, por aplicación del principio de especialidad, pues aunque la prescripción es una figura instituida en el Código Civil con base en la necesidad de dar firmeza, seguridad y juricidad a determinadas situaciones de hecho convirtiéndolas en situaciones de derecho, debe tenerse en cuenta que su interrupción por demanda judicial presentada o notificada, implica la verificación de actos de naturaleza procesal, por lo que en este aspecto deben imperar las reglas del procedimiento; en segundo lugar, si desde el punto de vista subjetivo, la prescripción es abandono del derecho que deriva de la inactividad de su titular, es inconcuso que tal omisión se destruye con la sola presentación de la demanda judicial, pues este acto unilateral significa el ejercicio de la acción, mientras que la notificación es obligación del órgano judicial; por último, el artículo 1168

del Código Civil, en su fracción II, sólo exige la notificación cuando el acto interruptor consiste en "otro cualquier género de interpelación judicial", mas no cuando consiste en la demanda, cuya regulación, en lo atinente, deja a las normas procesales.

Amparo directo 627/79.—Servicio de Transportes Eléctricos del Departamento del Distrito Federal.—15 de agosto de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luz María Perdomo Juvera.—Secretario: Jorge Arenas y Gómez.

*Precedente:*

Amparo directo 464/79.—Servicio de Transportes Eléctricos del Departamento del Distrito Federal.—26 de junio de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luz María Perdomo Juvera.—Secretario: Jorge Arenas y Gómez.

Informe 1979. Primer Tribunal Colegiado en Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 19. Pág. 164.

*Prescripción positiva. Necesidad de acreditar la causa de la posesión.*—La causa de la posesión es un hecho que necesariamente debe demostrarse para acreditar la prescripción positiva, dado que el título de dueño no se presume, y quien invoca la usucapión tiene la obligación de probar que empezó a poseer como si fuera propietario, lo cual constituye propiamente la prueba de la legitimación del poseedor en el ejercicio de su posesión, pues no basta que éste se considere a sí mismo, subjetivamente, como propietario y afirme tener ese carácter, sino que es necesaria la prueba objetiva del origen de su posesión, como es la existencia del supuesto acto traslativo de dominio.

Amparo directo 212/75.—María Luisa Campos Chávez.—29 de marzo de 1976.—5 votos.—Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

*Precedentes:*

Sexta Epoca:

Volumen LXXVI, Cuarta Parte, Pág. 36.

Volumen XCVII, Cuarta Parte, Pág. 92.

Séptima Epoca:

Volumen 78, Cuarta Parte, Pág. 39.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca. Volumen 87. Cuarta Parte. Marzo 1976. Tercera Sala, Pág. 35.

*Prescripción positiva y negativa entre copropietarios. No corre el término sobre los.*—El artículo 1167 del Código Civil establece los supuestos en los cuales no puede comenzar ni correr la prescripción, pero sin distinguir si se refiere ello a la prescripción positiva o a la negativa. En tal virtud ha de considerarse que la prohibición que contiene resulta aplicable en todos los casos de prescripción ya sea adqui-



sitiva o liberatoria (positiva o negativa). Para corroborar dicha conclusión, ha de atenderse a que en forma expresa, no existe alguna otra disposición legal que regule la interrupción de la prescripción positiva o negativa en forma exclusiva, entre copropietarios o coposeedores respecto del bien común, por lo que, considerando que en donde existe la misma razón debe existir la misma disposición, se impone concluir que, si bien con la misma norma legal se cuida que no corra la prescripción de un copropietario en contra del otro (en relación con el bien común) este interés subsiste y por ende se colma la finalidad del precepto, si se establece que tampoco corre dicha prescripción en los que atañe a diversos derechos y obligaciones que tiene como origen el mismo bien común.

Amparo directo 466/79.—Porfiria González Carrillo.—23 de agosto de 1979.—Unanimidad de votos.—Ponente: Guillermo Baltazar Alvear.—Secretaria: Ana María Vega Cid.

Informe 1979. Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil. Núm. 19. Pág. 197.

*Prescripción adquisitiva. La información ad perpetuam, no demuestra la posesión apta para prescribir.*—Las diligencias de información ad-perpetuam promovidas en jurisdicción voluntaria para demostrar la posesión de un bien, no satisfacen los extremos del artículo 2932 del Código Civil del Estado de Tabasco al cual remite el artículo 2933 del propio Código sustantivo, pues dichos preceptos legales prevén que la información se recibirá con citación del Ministerio Público, del respectivo Registrador de la Propiedad y de los colindantes; que los testigos deben ser por lo menos tres de notorio arraigo en el lugar de la ubicación de los bienes a que la información se refiere y que no se recibirá la información sin que previamente se haya dado una amplia publicidad por medio de la prensa y de avisos fijados en los lugares públicos, a la solicitud del promovente, circunstancias que en la información ad perpetuam no se efectúan, por lo que sólo establece una presunción de la posesión pero no basta para probar que se trata de una posesión útil para la prescripción, pues las declaraciones de las personas que en ellas intervienen no engendran, en manera alguna, los efectos de la prueba testimonial por no satisfacer las garantías de publicidad y protección del derecho de contradicción reconocido a las partes por las normas que regulan la recepción de la prueba en un juicio.

Amparo directo 197/80.—Cecilia Guzmán Carrera.—2 de septiembre de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Vicente R. del Arenal Martínez.—Secretaria: Rosa Edilia Quevedo Ramos.

Informe 1980. Tribunal Colegiado del Décimo Circuito. Núm. 16. Pág. 282.

*Prescripción, concepto de propietario y no justo título exige el artículo 1151 del Código Civil, al demostrar la posesión para la.*—Es manifiesto que el Código Civil que está en vigor en la actualidad suprimió para la posesión necesaria para prescribir el requisito de que sea fundada en justo título, pues exige sólo en ese aspecto, que sea en concepto de propietario.

Amparo directo 1062/79.—Carmen Guadarrama de Cruz.—30 de julio de 1978.—Unanimidad de votos.—Ponente: Gustavo Rodríguez Berganzo.

Informe 1980. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Núm. 11. Pág. 166.

*Prescripción positiva, cómputo de la.*—*Efectos del sobreseimiento de un juicio de amparo.*—Los efectos del sobreseimiento decretado en un juicio de garantías interpuesto por los colonos, en contra del acuerdo que nulificó los contratos de compra-venta por virtud de los cuales empezaron a poseer, son el de poner en el juicio de amparo correspondiente sin hacer declaración alguna sobre si la Justicia de la Unión ampara o no a la parte quejosa, dejando las cosas tal y como se encontraban antes de la interposición de la demanda de garantías, que en el caso sería, que los colonos poseen sin documentos de propiedad desde la fecha de la presentación de la demanda de amparo, y a partir de esta fecha, comenzaba a correr el término de diez años necesarios para prescribir, lapso que se dio con exceso, si la demanda reivindicatoria fue presentada más de diez años después.

Amparo directo 3574/74.—Anselmo Kammfer Spda y otros.—10 de julio de 1978.—Unanimidad de 4 votos.—Ponente: Raúl Lozano Ramírez.

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Volúmenes 115-120. Cuarta Parte. Julio-diciembre 1978. Tercera Sala. Pág. 140.

*Prescripción positiva, alcance de la.*—La excepción de prescripción positiva no tiene como única consecuencia que el inmueble objeto del litigio quede identificado, porque, además, en el caso de estimarse justificada tal excepción elimina el derecho de propiedad del actor.

Tribunal Colegiado del Quinto Circuito.

Amparo directo 615/80. Alfredo Servín de la Mora, 17 de febrero de 1981. Unanimidad de votos. Ponente Andrés F. Zárate Sánchez.

*Emplazamiento por edictos, cuando procede el.*—Para que proceda emplazar por edictos, es requisito indispensable no sólo que el actor manifieste desconocer el domicilio del demandado, sino que debe acreditar que ese desconocimiento es general o sea que las personas de

quienes pudiera obtener información también desconocen el domicilio; y no se cumple con tal exigencia, cuando sólo se acompaña constancia de que la policía realizó la búsqueda del demandado en el domicilio de la finca que el autor pretende adquirir mediante juicio de prescripción positiva, finca en el que obviamente tenía conocimiento no vivía el demandado.

Tribunal Colegiado del Octavo Circuito.

Amparo en revisión 39/82. Roberto Flavio Borunda Ortiz. 19 de marzo de 1982. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo García Romero.

### PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, NO BASTA CON REVELAR LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN, SINO QUE DEBE ACRE-DITARSE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

El artículo 911 del Código Civil del Estado de México, establece que la posesión necesaria para usucapir debe ser en concepto de propietario, pacífica, continua y pública. De ahí que uno de los requisitos para que opere la prescripción adquisitiva, es el relativo a que el bien a usucapir se posea con el carácter de propietario y tal calidad sólo puede ser calificada si se invoca la causa generadora de la posesión, dado que si ésta no se expone, el juzgador está imposibilitado para determinar si se cumple con tal elemento. Así, el precepto en comento, en cuanto a la condición reseñada se complementa con lo dispuesto en el artículo 801 del ordenamiento citado, en cuanto a que sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la usucapión. De tal manera que, cuando se promueve un juicio de usucapión, es menester que el actor revele dicha causa y puede ser: el hecho o acto jurídico que hace adquirir un derecho y que entronca con la causa; el documento en que consta ese acto o hecho adquisitivo; el derecho mismo que asiste a una persona y que la legitima activa o pasivamente, tanto para que la autoridad esté en aptitud de fijar la calidad de la posesión, originaria o derivada, como para que se pueda computar el término de ella, ya sea de buena o mala fe. Por lo cual, si alguna de las partes invoca como origen generador de su posesión, un contrato verbal de compraventa, ello no significa que haya cumplido con el requisito citado, pues la adquisición, desde el punto de vista jurídico, es la incorporación de una cosa o derecho a la esfera patrimonial de una persona, en tanto que aquella declaración solamente constituye una expresión genérica que se utiliza para poner de manifiesto que un bien o un derecho ha ingresado al patrimonio de una persona, pero no indica, por sí misma, el medio o forma en que se ingresó, como tampoco señala las cualidades específicas o los efectos de la obtención, ni precisa si esa incorporación es plena o limitada, si es originaria o derivada. Consecuentemente, en términos de los numerales

aludidos así como de su interpretación armónica sistemática con los demás que se refieren al título tercero (De la posesión), título cuarto (De la propiedad en general y de los medios para adquirirla) y capítulo quinto (De la usucapión), no basta con revelar la causa generadora de la posesión, sino que debe acreditarse. Lo cual se corrobora con la jurisprudencia de rubro: "PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. PARA QUE SE ENTIENDA SATISFECHO EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA DE LA 'POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO' EXIGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y POR LAS DIVERSAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA QUE CONTIENEN DISPOSICIONES IGUALES, ES NECESARIO DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO DEL QUE SE DERIVE LA POSESIÓN.", en la que la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llegó a la misma conclusión, al analizar los artículos 826, 1151, fracción I y 1152 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que contienen iguales disposiciones que los artículos 801, 911, fracción I y 912 del Código Civil del Estado de México.

#### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 555/99. María Asunción García Martínez. 15 de febrero de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Romero Vázquez. Secretario: José Fernando García Quiroz.

Amparo directo 365/2000. Antonio Álvarez Martínez. 18 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Serrano Oseguera de Torres. Secretario: José Antonio Franco Vera.

Amparo directo 747/2000. José Carmen Martínez Moreno. 22 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuente Barrera. Secretario: Guillermo Hindman Pozos.

Amparo directo 557/2000. Transportes y Montajes, Construcciones, S.A. de C.V. 16 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Ana María Serrano Oseguera de Torres. Secretario: José Antonio Franco Vera.

Amparo directo 456/2001. Guadalupe Torres García, en su carácter de albacea de la sucesión intestamentaria de Carlos Manuel Cedillo Arce. 9 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Felipe Alfredo Fuentes Barrera. Secretario: José del Carmen Gutiérrez Meneses.

Nota: La tesis citada aparece publicada con el número 322, en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo IV, Materia Civil, página 271.

Nota: Esta tesis contendió en la contradicción 26/2003-PS que fue declarada improcedente por la Primera Sala en sesión de fecha 12 de noviembre de 2003.

No. Registro: 188,142

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Diciembre de 2001

Tesis: II.3o.C. J/2

Página: 1581

### PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. POSESIÓN CON JUSTO TÍTULO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

El artículo 1402 del Código Civil del Estado de Puebla, establece que el que hace valer la usucapión debe probar la existencia del título que genere su posesión, es decir, el acto que fundadamente se considera bastante para transferir el dominio; por tanto, si el quejoso afirma que el bien materia de la controversia lo poseía a justo título, en los términos del precepto invocado, debe probar la existencia de este título; de tal manera que al no hacerlo así, debe concluirse que la acción de que se trata no quedó acreditada.

### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 303/88. Guadalupe González Ramírez. 23 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: María Guadalupe Herrera Calderón.

Amparo directo 349/88. Pedro Flores de Jesús. 20 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: María Guadalupe Herrera Calderón.

Amparo directo 28/2000. Ciro Mendoza Márquez y otros. 16 de marzo de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretaria: Violeta del Pilar Lagunes Viveros.

Amparo directo 566/2000. Catarino Huerta y otros. 5 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Teresa Munguía Sánchez. Secretaria: Rosalba García Ramos.

Amparo directo 199/2001. Agustín Priego Forcelledo y otros. 7 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Teresa Munguía Sánchez. Secretaria: Julieta Esther Fernández Gaona.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000, Tomo IV, Materia Civil, página 620, tesis 653, de rubro: "USUCAPIÓN. CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN. DEBE SEÑALARSE PROPORCIONANDO TODOS AQUELLOS DATOS QUE REVELAN SU EXISTENCIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)."

No. Registro: 189,005

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Agosto de 2001

Tesis: VI.3o.C. J/41

Página: 1077

**PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA ES UN MEDIO APTO PARA ACREDITAR LA POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO, AUN CUANDO SE ENCUENTRE PENDIENTE DE SATISFACER EL PAGO RESPECTIVO.**

Para demostrar la posesión en concepto de dueño es necesario acreditar la existencia de un título del que se derive la posesión originaria, es decir, de un título cuya naturaleza sea traslativa de dominio; por consiguiente, si el contrato de compraventa, cuando es de fecha cierta y tratándose de un bien cierto y determinado, tiene tal carácter, es inconcuso que es apto para acreditar que el comprador posee a título de dueño, resultando irrelevante la falta de pago del precio, pues ese incumplimiento no afecta el carácter de la posesión originaria del comprador, la cual se detenta en virtud de un título cuya finalidad es la transmisión permanente de la propiedad, misma que no se altera por la omisión en el pago, toda vez que ello es materia del cumplimiento del contrato, que no modifica su naturaleza y, por ende, la de la posesión originaria.

Contradicción de tesis 12/2000. Entre las sustentadas por el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 28 de marzo de 2001. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

Tesis de jurisprudencia 40/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintitrés de mayo de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro.

No. Registro: 189,280

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIV, Julio de 2001

Tesis: 1a./J. 40/2001

Página: 320

**PRESCRIPCIÓN POSITIVA O ADQUISITIVA. DEBE DEDUCIRSE MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN O RECONVENCIÓN CORRESPONDIENTES, SIN QUE PUEDA PROSPERAR A TRAVÉS DE UNA EXCEPCIÓN.**

Desde un punto de vista general el término «excepción» consiste en un derecho de defensa, y constituye la facultad legal que tiene el demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aducido ante los órganos jurisdiccionales. Cabe precisar, que las excepciones que opone el demandado en el juicio natural, tienden a destruir la acción que se ejerce, pero no pueden constituir un derecho, es decir, no conducen a obtener una declaración a favor de la excepcionante. Ahora bien, de la lectura de los artículos 1157 y 1155, del Código Civil para el Distrito Federal y Código Civil del Estado de Sinaloa, respectivamente, se advierte que la prescripción adquisitiva sólo puede deducirse como acción, porque esos numerales aluden al caso de que sea procedente la acción, y no, cuando se declara procedente la excepción, por lo que no puede ampliarse el contenido de dichos preceptos legales, para incluir esta última hipótesis. La excepción

de prescripción como tal, no debe confundirse con la facultad que otorga la ley al demandado de reconvenir a su contraria, en tanto que la figura jurídica de la reconvencción, es la actitud que adopta el demandado, en la que aprovechando que la relación procesal ya se encuentra establecida, formula nuevas pretensiones contra el actor. Siguiendo este orden de ideas, exigir que la prescripción se deduzca como acción o en vía reconvenccional y no como simple excepción, es sencillamente respetar el derecho de defensa de la parte actora, en virtud de que con las excepciones que se opongan no se corre traslado al actor para que dentro de un plazo a su vez oponga excepciones y ofrezca pruebas. En cambio, cuando se ejerce un derecho como acción o en vía reconvenccional, sí se corre traslado a la contraria para que pueda excepcionarse, es decir, de este modo la contraria tendría la oportunidad de contradecir. Lo expuesto no implica que el demandado forzosamente tenga que hacer valer la reconvencción, ya que el hecho de omitirla, no hace que precluya su derecho, para ejercer, en juicio por separado, alguna acción derivada de la misma causa o título que dio origen a la demanda principal.

Contradicción de tesis 70/97. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. 16 de junio de 1999. Cinco votos, por lo que respecta a los puntos resolutivos primero y tercero y al considerando de existencia de contradicción de tesis. Por mayoría de tres votos de los señores Ministros José de Jesús-Gudiño Pelayo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Humberto Román Palacios, en relación con el segundo punto resolutivo, las restantes consideraciones del proyecto y la tesis propuesta para prevalecer. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz. Se comisionó al Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo para la formulación de la parte considerativa del engrose rectora del sentido de la resolución.

Tesis de jurisprudencia 9/2001. Aprobada en aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 70/97, por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintiocho de marzo de dos mil uno, por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

No. Registro: 189,627

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época



Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XIII, Mayo de 2001

Tesis: 1a./J. 9/2001

Página: 170

**PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. ES UNA INSTITUCIÓN DE DERECHO CIVIL Y NO AGRARIA, POR LO QUE EL ACCIONANTE DEBE AJUSTARSE A LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y A LA JURISPRUDENCIA DEFINIDA AL RESPECTO.**

Si bien es cierto que no existe disposición expresa en el Código Civil para el Estado de Baja California que obligue a manifestar solemnemente en la demanda de prescripción positiva, la frase «causa generadora de la posesión», la Suprema Corte de Justicia en la jurisprudencia por contradicción de tesis número 18/94, visible en la página 1235, del Tomo IV, Tercera Sala; Segunda Parte, Octava Época, de la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis, se pronunció al respecto bajo el rubro: "PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. PARA QUE SE ENTIENDA SATISFECHO EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA DE LA 'POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO' EXIGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y POR LAS DIVERSAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA QUE CONTIENEN DISPOSICIONES IGUALES, ES NECESARIO DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO DEL QUE SE DERIVE LA POSESIÓN". Siendo así, el hecho de que se hayan manifestado, la fecha a partir de la cual entró a poseer, considerándose el accionante subjetivamente como propietario, y la fecha en que se solicitó al gobernador del Estado la tenencia de la tierra, como lo exigía la Ley Federal de Reforma Agraria, vigente en la época de los acontecimientos, resulta insuficiente atendiendo a que la prescripción adquisitiva es una institución de derecho civil, por tanto, de derecho estricto, de ahí que para la procedencia de la usucapión se hace necesaria la prueba objetiva del origen o causa generadora de la posesión que se narre en la demanda, como sería la existencia de determinado acto traslativo de dominio, verbal o escrito, que produzca consecuencias de derecho y que legitime al poseedor para comportarse ostensible y objetivamente como propietario del inmueble sobre del cual ha realizado actos que revelan dominio o mandato; la precisión y prueba de dicha causa generadora en los términos apuntados, permite establecer si la posesión es en concepto de propietario, originaria o derivada, de buena o mala fe y determina la calidad y naturaleza de la

posesión, por tanto, el momento en que debe empezar a contar el plazo de la prescripción positiva.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 91/96. Antonio Armenta Lomelí. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Adán Gilberto Villarreal Castro. Secretaria: Magaly Herrera Olaiz.

Amparo directo 95/96. Antonio Armenta Lomelí y otro. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Adán Gilberto Villarreal Castro. Secretaria: Edith Ríos Torres.

Amparo directo 103/96. Grupo Solicitante de Tierras Jardines del Rincón. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Javier Coss Ramos. Secretaria: Nora Laura Gómez Castellanos.

Amparo directo 89/96. Grupo Solicitante de Tierras Jardines del Rincón. 16 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Humberto Trujillo Altamirano. Secretario: José Neals André Nalda.

Amparo directo 293/96. Antonio Armenta Lomelí. 26 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Sergio Javier Coss Ramos. Secretario: Joaquín Gallegos Flores.

No. Registro: 199,535

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Enero de 1997

Tesis: XV.2o. J/1

Página: 320

## PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL JUICIO.

Si el interesado en la usucapación sabe quién es el propietario del bien inmueble objeto de su pretensión pero en el Registro Público de la Propiedad aparece como titular una persona distinta, no es válido conside-

rar, sobre la base exclusiva de una aplicación gramatical del artículo 1156 del Código Civil para el Distrito Federal, que el juicio de prescripción adquisitiva deba dirigirse únicamente contra la persona cuyo nombre aparezca inscrito en el Registro Público, sino que conforme a una interpretación lógica y jurídica del mencionado precepto, en la hipótesis mencionada, la demanda debe enderezarse también contra el verdadero propietario del bien inmueble, con lo cual surge un litisconsorcio pasivo necesario, integrado por éste, como auténtico titular de los derechos de dominio, y la persona anotada en el Registro Público de la Propiedad, por figurar como titular de un derecho registral. La legitimación del primero obedece al fundamento de la usucapión, el cual, desde el punto de vista del sujeto activo, responde a la necesidad de poner fin a un estado de incertidumbre de derechos (los generados por la posesión apta para usucapir que tiene el actor y los de propiedad que le asisten al titular del dominio), en tanto que centrada la atención en el sujeto pasivo, la prescripción adquisitiva descansa en la inercia del auténtico propietario del bien, quien lo abandonó en manos de otro poseedor, inercia que da lugar a la usucapión, que constituirá la sanción impuesta al propietario negligente. Vistas así las cosas, es claro que el fundamento de la usucapión no tendría operancia, si la prescripción adquisitiva se demandara de alguien que no fuera el verdadero propietario, porque el estado de incertidumbre aludido no cesaría, al no haber sido tomados en cuenta los derechos del auténtico dominador de la cosa; además, no tendría sentido atribuir el abandono del bien inmueble a quien no es realmente su dominador; tampoco sería lógico sancionar a quien no puede imputársele la calidad de «propietario negligente». Por estas razones, si está determinado quién es el propietario del bien inmueble que se pretende usucapir, tal titular del dominio está también legitimado pasivamente en la causa, aun cuando no aparezca inscrito en el Registro Público de la Propiedad, porque sólo su actitud de abandono y negligencia podrían constituir la causa para el acogimiento de la acción de prescripción y, por otra parte, la estimación de la demanda, en su caso, implicaría la privación de los derechos de dominio del original propietario, privación que se llevaría a cabo sin que hubiera sido llamado a juicio, con una manifiesta infracción a la garantía de audiencia, prevista en el artículo 14 constitucional.

#### CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 274/90. Javier Mora López y otros. 14 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 222/93. Taurino Reyes Andrés. 28 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores.

Amparo directo 1154/94. Luis Limón Cedillo. 10 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 3584/95. Eva Rosales Flores y otras. 13 de julio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana Ma. Serrano Oseguera.

Amparo directo 5664/95. Maura Angeles Barco Pérez. 26 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: José Juan Bracamontes Cuevas.

Nota: Por ejecutoria de fecha 16 de mayo de 2001, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 4/2000 en que había participado el presente criterio.

No. Registro: 203,528

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Enero de 1996

Tesis: I.4o.C. J/3

Página: 178

#### PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. JUSTO TÍTULO.

El justo título, aun cuando no en todos los casos es absolutamente necesario para prescribir, no ha sido desterrado del Código Civil del Estado de Jalisco, pues a él corresponden las nociones de título objetiva o subjetivamente válido a que se hace referencia en el artículo 849, en la medida en que previene, en lo que interesa, que es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho a poseer y el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho. Por tanto, cuando se invoca como causa de la posesión, por tratarse de un supuesto privilegiado para usucapir, es necesario acreditarlo, y no solamente revelar el origen de la posesión y afirmar que

se posee a título de dueño. De no ser así, el Juez estaría imposibilitado para establecer si es en concepto de propietario, originaria o derivada, de buena o de mala fe y a partir de qué momento debe contarse el plazo para usucapir.

#### PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 840/88. Carlota Reynoso Castillo. 3 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretario: Juan Bonilla Pizano.

Amparo directo 227/91. José Pagua Montañón y otra. 28 de junio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretario: Juan Bonilla Pizano.

Amparo directo 531/91. Margarito Ramos Lomelí. 17 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Simón Daniel Canales Aguiar.

Amparo directo 107/94. José Guadalupe Bejarano Casillas. 13 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Arturo González Zárate. Secretario: José Luis Fernández Jaramillo.

Amparo directo 44/95. José de Jesús Hernández Olivares. 18 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Soto Gallardo. Secretario: Simón Daniel Canales Aguiar.

No. Registro: 204,375

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Septiembre de 1995

Tesis: III.1o.C. J/6

Página: 475

## TITULO V

### PROTECCION POSESORIA

#### CAPITULO I

#### ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN

1.—*Características generales.*—Un cuarto efecto de la posesión originaria consiste en el ejercicio de la acción plenaria de posesión o acción publiciana. Dicha acción no puede ejercitarse por un poseedor derivado.

Esta acción compete al adquirente con justo título y buena fe; tiene por objeto que se le restituya en la posesión definitiva de una cosa mueble o inmueble. Se da esta acción en contra del poseedor sin título, del poseedor de mala fe y del que tiene título y buena fe, pero una posesión menos antigua que la del actor. No procede esta acción en contra del legítimo dueño, o cuando el actor no tiene registrado su título tratándose de inmuebles y el demandado sí lo tiene, o bien, cuando las posesiones sean dudosas, de manera que no haya certeza respecto a la calidad de la posesión.

José Gomiz y Luis Muñoz, Elementos de Derecho Civil Mexicano, t. II, págs. 352 a 354.

El artículo 9º del Código Procesal vigente señala estos requisitos para el ejercicio de la acción plenaria de posesión.

2.—*Objeto de la acción plenaria de posesión.*—Esta acción se intenta para que se resuelva sobre la mejor posesión: la controversia se referirá siempre a la calidad de la posesión; se trata siempre de investigar quién tiene una mejor posesión originaria entre actor y demandado.

El objeto de esta investigación es proteger la posesión definitiva; reconocer el mejor derecho para poseer, a efecto de que sólo en juicio reivindicatorio se pueda privar al poseedor de la cosa, o bien en juicio

de nulidad respecto al título, para que como consecuencia de la misma proceda la restitución.

Para el Código Civil es mejor la posesión amparada con título, y tratándose de inmuebles la posesión que esté registrada; si ambas tienen título, será mejor la posesión más antigua, y si no puede determinarse la antigüedad, bien sea porque los títulos no tengan fecha o porque exista duda, será mejor la causa del que detenta la cosa. En igualdad de condiciones siempre es mejor la causa del que posee (Art. 803).

Manresa, ob. cit., t. IV, págs. 240 y 241.

Conforme al artículo 9º del Código de Procedimientos Civiles, sólo compete la acción plenaria o publiciana, al adquirente con justo título y buena fe. Ya se emplea en este Código la denominación del Civil anterior "justo título y buena fe". Por consiguiente, la acción plenaria de posesión, conforme a nuestro derecho procesal, no puede intentarse por el poseedor animus domini que haya adquirido por virtud de un delito o de un acto ilícito, ya que no tiene título ni menos buena fe.

La acción procede en contra del poseedor que no tiene título, del que conoce sus vicios, es decir, que es de mala fe y, finalmente, respecto del poseedor con título y buena fe, pero que ha poseído por menos tiempo que el actor. Aunque el Código de Procedimientos no lo dice, podríamos agregar otro caso, tratándose de inmuebles, esta acción procede cuando el actor tiene su título registrado y el demandado no la ha inscrito, independientemente de la antigüedad en este caso, siempre y cuando el actor sea poseedor de buena fe (Art. 803).

En la doctrina se estudian tres hipótesis fundamentales: 1º Ambas partes tienen título. 2º Sólo una de ellas lo tiene. 3º Ninguna de las partes tiene título.

Las hipótesis anteriores cuando la acción prospera suponen una mejor posesión del actor, porque litiga contra un poseedor que no tiene título, o que es de mala fe, o contra un poseedor que tiene título y buena fe, pero menos antigüedad.

La aludida hipótesis, no prevista en el Código Procesal para bienes inmuebles, supone que el actor tiene menor antigüedad, pero ha registrado su título, y el demandado no lo ha inscrito. Conforme al Código Civil (Art. 803) tratándose de inmuebles, la mejor posesión no es la más antigua, sino la primeramente registrada. Prosperará, por consiguiente, la acción plenaria de posesión, aunque el demandado demostrase mayor antigüedad, si el actor comprobara el registro de su título y la no inscripción del título contrario.

3.—*Ambas partes tienen título.*—Esta hipótesis está prevista por el artículo 9º del Código de Procedimientos Civiles y supone dos variedades: a) Ambas partes tienen título y buena fe; b) Ambas partes tienen título, el actor con buena fe y el demandado de mala fe. Podría agregarse una tercera hipótesis no prevista en el artículo 9º: ambas partes tienen título y conocimiento de los vicios del mismo, es decir, son poseedores de mala fe.

Manresa, ob. cit., t. IV, págs. 241 y 242.

Respecto al primer caso, en que ambas partes tienen título y buena fe, ya vimos las reglas para resolverlo en el artículo 803 del Código Civil.

Oscar Morineau, ob. cit., pág. 95.

En cuanto al segundo, el actor tiene título y buena fe; el demandado tiene título viciado y conoce los vicios del mismo, procede de mala fe. Según el artículo 803, es mejor la posesión del actor. Por lo que hace al tercer caso no previsto en el artículo 9º y que conforme a nuestro derecho no puede darse desde un punto de vista estrictamente legislativo, ambas partes tienen título y proceden de mala fe. Según el artículo 9º es requisito para intentar la acción, tener justo título y buena fe, de manera que la controversia no se podrá iniciar, o iniciada no prosperará la acción porque faltaría un elemento necesario para su procedencia: la buena fe. Sin embargo, como el juez no puede prejuzgar al dar entrada a la demanda, sobre requisitos que serán objeto de la controversia y que quedarán aclarados según las pruebas del juicio, puede darse el caso de que se intente la acción por un adquirente de mala fe, y que en la controversia se aclare una de estas situaciones: el actor fue de mala fe y el demandado ha poseído con justo título y buena fe, en cuyo caso la acción no prosperará, primero, porque no se cumplió un requisito de procedencia indispensable para intentar la acción, es decir, comprobar la buena fe; segundo, porque a mayor abundamiento, el demandado comprobó tener mejor derecho que el actor, comprobó mejor posesión, dado que justificó tener buena fe.

O bien puede ocurrir que de las pruebas rendidas se demuestre que ambas partes tienen justo título y mala fe, es decir, conocimiento de los vicios del mismo. En este caso, la acción tampoco prosperará, porque falta un elemento indispensable para su procedencia, aun cuando la posesión del demandado sea también de mala fe, y, además, en igualdad de condiciones será mejor la causa del que posee, que es el demandado.



4.—*Sólo una de las partes tiene título.*—Según las reglas estudiadas, será mejor la posesión amparada con título. Desde un punto de vista estrictamente jurídico sería el único caso en el que la controversia puede iniciarse, y en la misma se esclarecerá que el actor tiene título y el demandado no; prosperando la acción plenaria de posesión. En el caso contrario: el actor no tiene título y el demandado sí, no procederá la acción y deberá ser confirmada la posesión del demandado. Sólo podrá ser inquietado o desposeído si el actor intenta la acción de nulidad para destruir el título de su contrario, y en igualdad de condiciones comprueba un mejor derecho para poseer.

Oscar Morineau, ob. cit., pág. 94.

Según el artículo 9º del Código Procesal esta hipótesis sólo se admite cuando el actor tiene título y el demandado no, pues es requisito indispensable para la procedencia de la acción, exhibir el justo título si éste es un documento, o bien invocar la causa generadora de la posesión exhibiendo la prueba preconstituida de la misma, cuando conforme a derecho sea necesaria, o comprobando esa causa generadora de la posesión durante el curso del juicio. Estrictamente no podrá darse el segundo caso, es decir, que el actor no tenga título y el demandado sí lo tenga, porque para la procedencia de la acción es necesario tener justo título; pero considerando que el justo título no siempre es un documento, que no siempre existe prueba preconstituida del mismo, y que en la demanda puede invocarse una causa generadora de la posesión, sujeta a prueba, el juez tendrá que darle entrada, ya que el justo título puede suponer un hecho jurídico que dio origen a la posesión, que será acreditado en el juicio. Al dictar sentencia, el juez puede declarar que el actor no comprobó el justo título, y bastará esta circunstancia para que no proceda la acción plenaria de posesión. Ya no tendrá que entrar al estudio de que el demandado sí justificó tenerlo; pues aun cuando no lo tuviera, basta que el actor no lo haya probado, para que no prospere la acción plenaria de posesión.

Conviene recordar que el justo título puede implicar un documento, cuando se ha transmitido el dominio por contrato, por herencia, o bien puede suponer un hecho sujeto a prueba, cuando se ha adquirido la cosa por prescripción, por ocupación o accesión, y en ese caso el actor no puede exhibir una prueba preconstituida de su título.

5.—*Ninguna de las partes tiene título.*—Nuestro derecho resuelve la controversia declarando que es mejor la posesión más antigua. En el derecho francés se hace una distinción que es necesario tomar en cuenta,

no para innovar nuestro derecho, pero sí para comprender que no siempre la posesión más antigua debe prevalecer. La jurisprudencia y la doctrina distinguen entre posesión cierta y posesión antigua; la posesión más antigua debe prevalecer cuando es una posesión cierta; es decir, triunfará aquel que acredite que desde antes ha tenido una posesión a título de dueño; pero cuando la posesión más antigua sea una posesión incierta, de tal suerte que no pueda determinarse si fue a título de dueño o en nombre de otro, según el derecho francés debe prevalecer la posesión cierta aunque sea reciente; es decir, la certeza en la posesión es mejor que la antigüedad; sólo cuando antigüedad y certeza se reúnen, es indiscutible la posesión más antigua, pero no debe preferirse la antigüedad a la certeza.

Según nuestro derecho se preferirá la posesión más antigua. Sin embargo, se puede relacionar el precepto que admite la presunción de propiedad para la posesión cierta y llegar a una conclusión semejante a la de la jurisprudencia francesa. Dice el artículo 803: "Es mejor la posesión que se funda en título y cuando se trata de inmuebles la que está inscrita. A falta de título o siendo iguales los títulos, la más antigua". En la hipótesis que examinamos en la que ninguno de los poseedores tiene título, dicho precepto resuelve que prevalece la posesión más antigua; pero como el artículo 798 dice que: "La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario para todos los efectos legales..." y como además en el juicio plenario de posesión se protege la posesión originaria que da presunción de propiedad, es lógico considerar que debe protegerse la posesión más antigua cuando es originaria y cierta; pues el que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario, según el propio artículo 798 que en su segunda parte dice: "El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído". Por consiguiente, si el poseedor antiguo no justifica que posee a título de propietario, existirá duda respecto a la calidad de su posesión si es originaria o derivada, y en el caso de duda la presunción de propiedad no se aplica. El poseedor debe acreditar, para que se le presuma propietario, que posee en concepto de dueño. Así es como debe interpretarse el artículo 803 al decir que en igualdad de condiciones la posesión más antigua es la que prevalece, es decir, entre dos posesiones ciertas, es mejor la más antigua; pero si se trata de posesiones distintas por ser una originaria y otra derivada, o por ser una dudosa y la otra cierta, debe ampararse

la posesión cierta por ser la que tiene presunción de propiedad, pues el legislador ampara la posesión, entre otras razones, porque implica una presunción de propiedad.

#### JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1981

6.—*Acción plenaria de posesión*.—“La acción plenaria de posesión, o publiciana, compete al adquirente de buena fe que no está en posesión de la cosa que tiene derecho a poseer con justo título aunque no lo acredite como propietario; se da contra quien posee con menor derecho y tiene la finalidad de obtener la restitución de la cosa con sus frutos y accesiones. Consecuentemente el actor deberá probar los siguientes elementos: 1.—Que tiene justo título para poseer. 2.—Que es de buena fe. 3.—Que el demandado posee el bien a que se refiere el título. 4.—Que es mejor el derecho del actor para poseer que el que alega el demandado. Para este efecto, el juzgador debe examinar cuál de los títulos invocados por las partes es mejor para acreditar el derecho a la posesión civil”. (Tesis 5 de la nueva compilación de Jurisprudencia, cuarta parte, volumen I, pág. 31).

#### ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN. NO ES REQUISITO DEMOSTRAR HABER DISFRUTADO DE LA POSESIÓN MATERIAL DEL BIEN.

Para que se declare fundada la acción publiciana deben acreditarse los siguientes elementos: a) tener justo título para poseer; b) que ese título se haya adquirido de buena fe; c) que el demandado posee el bien a que se refiere el título; y d) que es mejor el derecho del actor para poseer materialmente, que el que alegue el demandado. Por lo que el juzgador debe examinar únicamente la existencia de tales requisitos, sin que deba exigir la comprobación de que el actor tuvo la posesión material del bien, ya que, de acuerdo con las circunstancias especiales del caso, lo dejaría en estado de indefensión, a pesar de contar con los elementos anteriores, al ser improcedentes la reivindicación, por no tener el dominio de la cosa, y los interdictos posesorios que proceden, dentro de un año, cuando se ha sido despojado de la posesión material del bien, o existe perturbación en la posesión; de tal manera que la acción publiciana protege la posesión jurídica y no la material.

Contradicción de tesis 50/95. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Segundo Circuito

y el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. 11 de febrero de 1998. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca.

Tesis de jurisprudencia 13/98. Aprobada por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro, en virtud de la comisión que se le confirió el día dieciocho de febrero del presente año por el Tribunal Pleno.

1.1 No. Registro: 196,640

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Marzo de 1998

Tesis: 1a./J. 13/98

Página: 99

## CAPÍTULO II

### INTERDICTOS

1. —*Generalidades.*—Como un quinto efecto de la posesión podemos señalar el ejercicio de los interdictos.

Eduardo Pallares, Tratado de los Interdictos, págs. 3 a 5.

Los interdictos son acciones posesorias provisionales que tienen por objeto proteger la posesión interina (originaria o derivada), de los bienes inmuebles o de los derechos reales constituidos sobre los mismos. Se dice que el objeto del interdicto es proteger la posesión interina de los inmuebles; es decir, no se trata de juzgar sobre la posesión definitiva, ni tampoco de resolver sobre la calidad de la posesión para decidir quién tiene mejor derecho a poseer.

El objeto del interdicto es, simplemente, proteger la posesión provisional, interina, de un bien inmueble, y por esto se da tanto al po-

seedor originario como al derivado. Se toma en cuenta el hecho mismo de la posesión en un momento dado; su finalidad, en otras palabras, es mantener un estado determinado de posesión, contra aquel que la perturbe, despoje o amenace por la ejecución de obras que puedan dañarla, prescindiendo del mejor derecho para poseer que pueda existir entre el actor y el demandado que la ataque, y también sin prejuzgar a quién deba ser confirmada definitivamente la posesión, porque esto último será materia del juicio plenario de posesión.

Eduardo Pallares, *ob. cit.*, págs. 13 y 14.

Los interdictos pueden tener diversas finalidades para proteger la posesión; es decir, existen diferentes maneras de protegerla, según se trate de una perturbación de la misma, en cuyo caso se llama interdicto de mantener la posesión; de un despojo, llamándose entonces interdicto de recuperar la posesión; de daños causados por una obra nueva, recibiendo el nombre de interdicto de obra nueva; o bien, de daños causados por una obra peligrosa que amenace ruina, por la caída de un árbol u otro objeto, y entonces se llama interdicto de obra peligrosa. También para la posesión hereditaria el Código Procesal anterior reconocía el interdicto de adquirir la posesión; pero actualmente, según veremos, ya no se trata propiamente de un interdicto, sino de una acción posesoria que tiene por objeto confirmar al heredero en la posesión de los bienes, de tal suerte que juzga sobre la calidad de la posesión y no simplemente protege la posesión interina del heredero.

Esta acción se denomina actualmente de petición de herencia; en el Código anterior se llamó interdicto de adquirir la posesión hereditaria.

Tomando en cuenta estas cinco finalidades que tradicionalmente se han reconocido a los interdictos, en el Código Procesal anterior se definía a éstos como juicios sumarísimos que tenían por objeto proteger la posesión interina de los bienes inmuebles, manteniendo o restituyendo al poseedor, o bien, evitándole algún daño que se le causara por una obra nueva o peligrosa.

“Se llaman interdictos los juicios sumarísimos que tienen por objeto adquirir, retener o recobrar la posesión interina de una cosa, suspender la ejecución de una obra nueva, o que se practiquen, respecto de la que amenaza ruina o de un objeto que ofrece riesgo, las medidas conducentes para precaver el daño”. (Art. 1131).

En dicho Código Procesal se decía que los interdictos eran juicios sumarísimos; en realidad, los interdictos no son juicios, sino acciones que se entablan en juicios sumarísimos. Fuera de esta confusión entre acción y juicio, el artículo 1131 contenía una definición completa de

los interdictos, señalando las cinco modalidades ya citadas, que tienen como objeto único proteger la posesión: 1º Adquirir la posesión; es el interdicto que se denominaba de adquirir la posesión hereditaria. 2º Retener la posesión; en los casos de perturbación se concedía este interdicto para que el poseedor no fuera molestado por un tercero que estuviera ejecutando actos tendientes al despojo. 3º Recobrar la posesión, cuando el despojo se había consumado y era protegido el poseedor para ser restituido en un procedimiento rápido. Se indicaba en el mismo artículo que estos interdictos tenían por objeto adquirir, retener o recobrar la posesión interina; es decir, no se prejuzgaba sobre la posesión definitiva ni sobre la mejor calidad de la posesión. 4º Evitar el daño, por obra nueva, y 5º Defender la posesión de los peligros que implica una obra peligrosa.

En la última parte del precepto se hablaba del interdicto de obra nueva o peligrosa, al indicar que también podría tener por objeto suspender la ejecución de una obra nueva, o que se practicaran respecto de una obra peligrosa las medidas urgentes para evitar el daño.

Relacionaremos estos interdictos con las características de la acción plenaria de posesión, para determinar las diferencias entre estas distintas clases de acciones posesorias:

En cuanto a la finalidad, en términos generales puede decirse que todas las acciones posesorias tienen por objeto proteger la posesión; pero la manera de lograrlo y la causa contra la cual se protege es muy distinta en la acción plenaria que en los interdictos. La acción plenaria protege la posesión definitiva no contra un ataque o un daño que se pretendan causar o se hayan causado, sino que la defiende en cuanto se confirma al poseedor, después de haber investigado quién tiene el mejor derecho a poseer. De manera que la acción plenaria de posesión no supone generalmente ni un ataque ni una situación de violencia o de daño contra la posesión, sino simplemente una controversia entre dos personas que en una forma pacífica discuten sobre quién tiene mejor derecho a poseer, y sin que ninguna de ellas, de propia autoridad, ejecute actos de ataque a la posesión.

En los interdictos se persigue la misma finalidad general de protección de la posesión, pero contra una causa muy distinta, que supone un ataque consumado en el despojo, o en vías de consumarse en la perturbación, o un daño que en forma lícita o ilícita se pueda causar por la ejecución de una obra nueva o bien por el estado ruinoso de una construcción, por la caída de un árbol o de cualquier otro objeto.

Este daño puede tener una causa ilícita, si hay descuido en la ejecución de la obra o abandono al no tomar las medidas necesarias para

evitar el estado ruinoso de una construcción, es decir, si hay culpa en cualquiera de sus grados establecidos por el derecho romano (grave, leve o levísima) que implique imprudencia y, por tanto, un acto ilícito; o bien puede causarse el daño en una forma lícita procediendo con toda diligencia al tomar las precauciones necesarias, pero no obstante ello, causando el daño.

En el caso de los interdictos, y tomando en cuenta la causa que motiva la protección, no se tratará, por consiguiente, de resolver quién es el mejor poseedor y quién debe ser confirmado definitivamente en la posesión. Se tratará sólo de impedir el ataque, provenga de quien provenga, o el daño que con la ejecución de las obras pueda causarse. Por esta razón no se prejuzga sobre la calidad de la posesión y se otorga el interdicto tanto al poseedor originario como al derivado. No importa en este caso el mejor derecho para poseer; interesa sólo el hecho de la posesión y el evitar un daño a la misma por un acto lícito o ilícito de tercero, e inclusive cuando el tercero sea el propietario de la cosa, que pretenda despojar al poseedor o perturbarlo. Si el poseedor, por virtud de un contrato, está en el uso y goce de la cosa, v. g.: el arrendatario, el usufructuario o el comodatario, y el dueño lo despoja o lo perturba, se protegerá al poseedor, porque no se va a prejuzgar si el dueño tiene mejor derecho a poseer respecto al arrendatario, sino simplemente se va a evitar un acto ilícito de ataque a una posesión adquirida por contrato, así provenga de un tercero este ataque o del mismo dueño de la cosa.

Eduardo Pallares, ob. cit., págs. 91 y 92.

Por esto Savigny dice que principalmente en los interdictos la razón de proteger la posesión es evitar un acto ilícito.

Tomando en cuenta estas diversas formas de protección de la posesión, y las causas que la motivan, los interdictos se caracterizan, desde el punto de vista jurídico, en forma muy diversa a la acción plenaria de posesión. Se han reconocido en la doctrina y en la legislación reglas generales en esta materia, que en realidad son una consecuencia de esta finalidad que persiguen los interdictos, al proteger la posesión de los bienes inmuebles contra actos ilícitos o contra daños que puedan causarse. Estas reglas pueden resumirse así:

1a.—Los interdictos sólo se ocupan de la posesión interina de los bienes inmuebles, en tanto que la acción plenaria de posesión tiene por objeto resolver sobre la posesión definitiva de los bienes, excepto el antiguo interdicto de adquirir la posesión hereditaria.

2a.—En los interdictos no se discute sobre el mejor derecho para poseer; simplemente se toma en cuenta el hecho de la posesión. En la acción plenaria se discute sobre el mejor derecho para poseer y se resuelve sobre la calidad de la posesión.

3a.—Los interdictos se otorgan a los poseedores originarios o derivados de bienes inmuebles, en tanto que la acción plenaria de posesión se confiere sólo al poseedor con justo título y buena fe de una cosa mueble o inmueble; es decir, al poseedor originario amparado con justo título.

4a.—En los interdictos tampoco se prejuzga sobre la propiedad de los bienes. El juez no puede recibir pruebas relacionadas con la propiedad, porque el objeto en el interdicto no es proteger la posesión en atención al dominio o al justo título. El juez puede tomar en cuenta las pruebas que se le presenten para acreditar la propiedad o la posesión definitiva, sólo para deducir de ahí que el actor que entabla el interdicto tiene la posesión jurídica, es decir, originaria, como dicen los artículos 16, 17 y 20 del Código de Procedimientos Civiles.

5a.—El juicio sumario de interdicto no puede acumularse al juicio ordinario de propiedad o al plenario de posesión, y el interdicto debe resolverse previamente. Se prohíbe la acumulación de estos juicios en que se ventilan acciones posesorias diferentes, tomando en cuenta la naturaleza jurídica distinta de ambas acciones posesorias y la diversa finalidad de la protección posesoria.

El objeto de una acumulación es resolver en una misma sentencia, acciones que tengan conexidad porque provengan de una misma causa, o se ejerciten en relación a una misma cosa y contra una misma persona; pero como en los interdictos el objeto de la acción posesoria provisional es distinto del de la plenaria o de la acción de dominio, no podrán resolverse en una misma sentencia cuestiones jurídicas distintas, y por esto no deben acumularse. El artículo 31 del Código Procesal dice: "No pueden acumularse en la misma demanda, las acciones contrarias o contradictorias, ni las posesorias con las petitorias; ni cuando una dependa del resultado de la otra".

Además, como los interdictos deben resolverse previamente, tampoco hay posibilidad de acumular, ya que el objeto de la acumulación es resolver al mismo tiempo distintas acciones intentadas en diferentes juicios.

La razón por la cual los interdictos deben resolverse previamente a la acción plenaria de posesión o a la de dominio es la siguiente: en el interdicto simplemente se protege el hecho de la posesión, sin importar el mejor derecho para poseer; consecuentemente, cualquier ataque o daño



a la posesión debe resolverse en una forma sumaria, inmediata, tanto para el poseedor originario como para el derivado. No importará después que en el juicio plenario de posesión se determine que el que intentó el interdicto no tenía mejor derecho a poseer que el despojante o perturbador.

Por otra parte, se considera que el que es vencido en el juicio de interdicto, puede entablar la acción plenaria de posesión o la reivindicatoria. En cambio, el que es vencido en el juicio plenario de posesión o de propiedad, no puede entablar el interdicto. Si se entabla éste y no se obtiene sentencia favorable, esto puede obedecer a que no haya existido el despojo, la perturbación o el daño, o bien que no se hayan probado, aunque en rigor existan; pero estas circunstancias no prejuzgan sobre el mejor derecho para poseer o sobre la propiedad que tenga el actor. Por esto, aunque se pierda el interdicto, se puede entablar todavía la acción plenaria de posesión o la reivindicatoria. Por ejemplo, se priva al poseedor por un despojo de un bien inmueble; se entabla el interdicto y se descuida la prueba, de manera que no se justifica el despojo o el hecho mismo de la posesión; el interdicto no prosperará, pero puede intentar el poseedor el juicio ordinario de posesión para demostrar su mejor derecho para poseer en contra del despojante, su justo título y buena fe y que el despojante carece de título. También puede suceder que el interdicto se entable después del plazo de un año de ocurrido el despojo, cuando de acuerdo con la ley ha caducado la acción de interdicto, pero no ha caducado ni prescrito la acción plenaria de posesión.

Esta es la razón, por consiguiente, para no acumular los interdictos con los juicios de posesión, ni resolverlos en la misma sentencia, ya que las cuestiones resueltas en un caso no son la verdad legal ni la cosa juzgada para el otro.

Eduardo Pallares, ob. cit., págs. 87 y 88.

Los principios generales que hemos expuesto para caracterizar los interdictos, fueron reconocidos por el Código de Procedimientos Civiles de 1884 en los siguientes preceptos:

Artículo 1134: "Los interdictos no preocupan las cuestiones de propiedad y de posesión definitiva".

Artículo 1135: "Los interdictos no pueden acumularse al juicio de propiedad, y deberán decidirse previamente".

Artículo 1136: "El que ha sido vencido en el juicio de propiedad o plenario de posesión, no puede hacer uso de los interdictos respecto de la misma cosa".

Artículo 1137: "El vencido en cualquier interdicto puede hacer uso después, del juicio plenario de posesión o del de propiedad, salvo lo dispuesto en el artículo 1160".

Artículo 1138: "En ningún interdicto se admitirán pruebas sobre la propiedad, sino sólo las que versen sobre el hecho de la posesión".

Artículo 1139: "El interdicto de adquirir solamente procede tratándose de la posesión hereditaria".

2.—*Interdicto de adquirir la posesión hereditaria.*—En el interdicto de adquirir la posesión hereditaria conforme al Código anterior, no se entablaba controversia entre los poseedores para saber cuál era la posesión mejor; simplemente se amparaba al heredero que justificaba su título contra el que no lo tenía; primero se le ponía provisionalmente en posesión a reserva de hacer las publicaciones correspondientes y de que un tercero se opusiera a esa posesión.

Si había oposición de parte de tercero, entonces se ventilaba un juicio en el cual se discutía el mejor derecho a poseer entre el heredero y el opositor; pero el interdicto tenía principalmente como función que se diera la posesión provisional de los bienes hereditarios a los herederos.

Actualmente, el Código Procesal vigente cambió radicalmente esta acción posesoria, no sólo en cuanto al nombre, al denominarla "acción de petición de herencia", sino también en cuanto a la naturaleza jurídica de la acción. En los artículos 1146 al 1169 del Código de Procedimientos Civiles anterior, se regulaba el interdicto de adquirir la posesión hereditaria.

3.—*Petición de herencia.*—En el Código Procesal en vigor, esta acción posesoria cambia radicalmente, por cuanto que ya no se trata sólo de discutir la posesión, sino el carácter de heredero del poseedor. Dicen al efecto los artículos 13 y 14 del Código de Procedimientos Civiles:

"La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o abintestado, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria, y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero, o cesionario de éste, y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario, o dolosamente dejó de poseerlo". "La petición de herencia se ejercitará para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus accesiones, sea indemnizado y le rindan cuentas".

Conforme a los elementos de la acción de petición de herencia, el juicio se referirá al mejor derecho para poseer a título de herederos.

Esta acción, dice el Código Procesal vigente, se entabla contra el poseedor con el carácter de heredero, el albacea, el que posea sin título o el que tenga título viciado (poseedor de mala fe); de manera que admite todas las hipótesis posibles para una controversia sobre la calidad de la posesión. La primera, que es la fundamental, se refiere a una controversia entre dos herederos, y aquí se discutirá el mejor derecho a poseer justificando mejor título hereditario por diferentes causas que pueden presentarse, como la nulidad del testamento, la caducidad de una disposición testamentaria, la incapacidad de una persona para heredar o la revocación del testamento por otro posterior; en la sucesión legítima, el mejor derecho que justifique un heredero que fue excluido en el juicio sucesorio se comprobará acreditando un parentesco más próximo que aquél que había sido reconocido por el juez en el intestado.

Lo esencial, a reserva de estudiar todos estos casos que pueden suponer una controversia entre herederos y un mejor derecho de los mismos para poseer, está por lo pronto en que la acción de petición de herencia es de carácter mixto, ya que versa sobre la mejor posesión y sobre el título para adquirir. Una parte se refiere a la posesión definitiva y otra al dominio o mejor derecho para adquirir a título de herencia. Supone, como en el caso del interdicto de adquirir la posesión hereditaria, que el actor no está en posesión de los bienes, sino que el demandado se encuentra en esa posesión; que el actor debe justificar su derecho hereditario, así como la posesión del autor de la herencia respecto a esos bienes; pero se distingue del Código anterior en que esta acción se endereza en contra de un poseedor a título de dueño, como es el heredero que retiene los bienes de la sucesión y que en concepto del actor los retiene indebidamente.

El segundo caso que regula el Código de Procedimientos vigente se refiere a la controversia entre el heredero y un poseedor que no tenga título, o un poseedor que tenga título viciado.

Nuevamente se confirma aquí que el juicio se refiere a la calidad de la posesión, y al mejor derecho para poseer. Por último, esta acción puede entablarse en contra del albacea. El Código Procesal anterior no permitía que el interdicto se entablara en contra del albacea. Actualmente se discute sobre el mejor derecho a poseer del heredero. Puede existir un albacea judicial porque no haya heredero que hubiere acreditado hasta determinado momento su derecho, o puede estar un heredero gozando de la posesión de los bienes como albacea por habersele declarado heredero único, o por habersele designado albacea por la mayoría de los herederos o por el testador. El actor puede sostener

que el albacea está en posesión de los bienes por causas que suponen la no existencia de un mejor derecho, ya que el actor contradice ese derecho, y, v. g.: demuestra que si es albacea judicial, se hizo ese nombramiento porque no había herederos, pero que él sí acredita su derecho a la herencia; o si es testamentario, que el testamento es nulo o quedó revocado y por tanto su carácter de albacea no está fundado; o si es nombrado por la mayoría de los herederos discutirá su mejor derecho contra ellos para que sea declarado heredero único y, por consiguiente, el nombramiento de albacea carezca de base.

Todo esto ocurre, v. g.: si se considera que ha muerto el único hijo del autor de una herencia y se nombran herederos a los hermanos de éste como parientes más próximos, suponiéndose que no existan cónyuge, ascendientes o descendientes. Después el hijo que se presume muerto o se había declarado ausente, aparece y viene a discutir sus derechos contra los hermanos del autor de la herencia que han nombrado un albacea por mayoría, de manera que si justifica su derecho, entonces el nombramiento hecho por los hermanos del autor queda sin efecto y también la posesión que se concedió al albacea.

En cambio, conforme al Código anterior, como el interdicto primero se refería a la posesión provisional, sin resolver sobre la definitiva, el que se hubiese nombrado un albacea en estas condiciones no prejuzgaba respecto al derecho de un futuro heredero que entablara la acción correspondiente, ya que el albacea poseía a nombre de aquel a quien en definitiva se reconociera como heredero. Por la misma razón, el Código anterior no permitía que se entablara el interdicto contra el cónyuge superviviente en los casos de sociedad conyugal, ya que éste era el administrador y, por tanto, poseedor precario de los bienes de la sucesión.

Además, esta acción de petición de herencia se distingue también en cuanto a la finalidad que persigue, que es la de que se declare al actor heredero, se le entreguen los bienes, se le rindan cuentas y se le indemnice. La sentencia entonces tendrá que resolver definitivamente no sólo sobre la posesión, sino sobre el título y el derecho del heredero para que además de entregársele las cosas de la sucesión, se le indemnice y se le rindan cuentas. Estas finalidades no las encontramos en el interdicto de adquirir la posesión hereditaria.

Puede considerarse que la acción de petición de herencia participa más bien de las características de la acción plenaria de posesión. Hemos visto que esta última implica una controversia entre poseedores con título. Ahora bien, en la petición de herencia la controversia de los

herederos es una discusión entre poseedores con título hereditario para decidir quién tiene mejor derecho a la herencia.

4.—*Interdicto de retener la posesión.*—Este se ha conferido siempre al poseedor en nombre propio o en nombre ajeno. Actualmente dice el artículo 16 del Código Procesal que: "Al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble compete el interdicto de retener la posesión". En la denominación poseedor jurídico se refiere al poseedor originario. En el Código Procesal anterior decía el artículo 1170: "Compete el interdicto de retener al que estando en posesión civil o precaria de las cosas o derechos a que se refieren los artículos 1132 y 1133, es amenazado grave e ilegalmente de despojo por parte de un tercero, o prueba que éste ha ejecutado o hecho ejecutar actos preparatorios que tienden directamente a una usurpación violenta".

"En resumen, pueden promover el interdicto de retener: el propietario, el usufructuario, el arrendatario, el depositario o los que tengan la cosa por títulos análogos a éstos. No pueden promoverlo los simples detentadores por no ser poseedores ni originarios ni derivados.

Puede promoverlo, igualmente, el que es simple poseedor jurídico sin ser propietario ni poseedor derivado.

Es también poseedor de un bien inmueble el que posee una servidumbre, porque el Código Civil considera a las servidumbres como bienes inmuebles. Tradicionalmente se ha otorgado el interdicto de retener a esa clase de poseedores, y generalizando este punto de vista, puede formularse el siguiente principio: los poseedores de derechos reales sobre inmuebles pueden servirse del interdicto de retener porque poseen un bien inmueble al poseer el derecho real, excepto en los casos en que se trate de derechos reales accesorios, derechos de garantía, que, por su propia naturaleza no puedan ser poseídos, como el de hipoteca". (Eduardo Pallares, ob. cit., págs. 102 y 103).

En el artículo 16 invocado se dice que el interdicto de retener se da "contra el perturbador, el que mandó tal perturbación, o contra el que, a sabiendas y directamente, se aproveche de ella, y contra el sucesor del despojante". En esta última parte incurre el precepto en una confusión, pues es evidente que el referido interdicto sólo procede contra el sucesor del que ha perturbado; en cambio, en el interdicto de recuperar la posesión, sí procede éste contra el sucesor del despojante, como lo dice el artículo 17.

En el Código Procesal de anterior vigencia no existe un precepto que de manera categórica diga en contra de quiénes procede el interdicto de retener la posesión; pero del artículo 1170 se desprende que esta acción sumarísima deberá intentarse demandando al tercero que ha amenazado al actor grave e ilegalmente de despojo, o ha ejecutado

o hecho ejecutar actos preparatorios tendientes directamente a una usurpación violenta. Como se ve, tal parece que la acción debe deducirse exclusivamente en contra del perturbador, sin comprender, como en el Código vigente, al que hubiese ordenado la perturbación, ni al que, a sabiendas y directamente, se aproveche de ella, ni menos aún, al causahabiente del perturbador. Por lo tanto, en este aspecto la reforma que introdujo la nueva ley vino a regular un sistema completo en cuanto a las personas que puedan ser demandadas en el interdicto que nos ocupa.

Eduardo Pallares, ob. cit., págs. 118 a 122.

El objeto del interdicto es evitar o terminar la perturbación manteniendo al poseedor en la cosa; apercibir al demandado que se abstenga de ejecutar los actos de perturbación, debiendo rendir fianza para garantizar el cumplimiento de esta abstención, e indemnizar por las molestias que hubiese causado en la posesión al actor. Además, se le apercibirá con multa o arresto en caso de reincidencia, y con hacer efectiva la fianza que debe otorgar si reincide en los actos de perturbación. Dice sobre el particular el artículo 16:

"El objeto de esta acción (se refiere a la de interdicto para retener la posesión) es poner término a la perturbación, indemnizar al poseedor y que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa o arresto para el caso de reincidencia".

En el Ordenamiento anterior decían los artículos 1180 y 1181: "En caso afirmativo (o sea, cuando proceda el interdicto), mantendrá (el juez) en la posesión al que la tenía, mandando hacer las intimaciones oportunas al que resulte que ha intentado turbarla, y condenándole al pago de costas e indemnizaciones de daños y perjuicios". "Sea cual fuere la sentencia, contendrá siempre la expresión de que se dicta reservando su derecho al que lo tenga para proponer la demanda de propiedad".

Los actos de perturbación deben ser tendientes al despojo, es decir, actos graves que amenacen la posesión, que preparen en forma directa la usurpación violenta o a impedir el ejercicio de un derecho.

Esta acción no prosperará cuando el actor ha adquirido de su contrario la posesión en forma violenta, clandestina o a ruegos. Es lógico que si una persona, por violencia, en forma clandestina o a ruegos ha recibido una posesión, después el poseedor que ha sido despojado puede tratar de recuperar esa posesión, y sus actos no se considerarán como de perturbación contra los cuales el derecho ampare a quien en forma indebida se apoderó de la cosa. En el Código vigente dice así la parte

conducente del artículo 16: "La procedencia de esta acción requiere: que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta o a impedir el ejercicio del derecho; que se reclame dentro de un año y el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente, o a ruegos".

Los interdictos se refieren sólo a las cosas raíces o a los derechos reales constituidos sobre bienes raíces, de manera que sólo puede entablarse el interdicto de retener la posesión cuando los actos de perturbación se refieren a bienes inmuebles corporales o incorporales. El artículo 1132 del Código Procesal de 1884 disponía: "Los interdictos sólo proceden respecto de las cosas raíces y derechos reales constituidos sobre ellos".

En el artículo 16 del Código Procesal en vigor se dice que al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble le compete el interdicto de retener la posesión. Al emplear el Código la denominación genérica de "bien inmueble" comprende de acuerdo con el artículo 750 del Código Civil las fracciones I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, XI, XII y XIII del dicho precepto. Es decir, en términos generales el suelo y las construcciones adheridas a él; los árboles y lo que esté unido al inmueble; las estatuas y objetos colocados por el dueño del inmueble en forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo; los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando también el propietario los conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca de manera permanente; la maquinaria en general y los aparatos eléctricos, cuando una y otros estén adheridos al suelo o a los edificios; los manantiales, estanques, aljibes, acueductos y cañerías; los diques y construcciones; los derechos reales sobre inmuebles; las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas. No se incluyen dentro de los inmuebles protegidos por el interdicto de retener la posesión, los animales que forman el pie de cría de los predios rústicos, así como los abonos destinados al cultivo de las fincas, que se mencionan en las fracciones VII y X del artículo 750 invocado, en virtud de que por su naturaleza misma dichos bienes no constituyen cosas raíces como decía el Código Procesal anterior, que puedan ser amparadas por el interdicto de recuperar la posesión.

Puede, por ejemplo, el usufructuario que está siendo perturbado en su derecho de usufructo sobre un bien inmueble, entablar el interdicto de retener. El Código Procesal anterior admitía el interdicto de retener la posesión de estado de hijo o de padre; cuando alguien perturbaba esa posesión de estado, podía el poseedor de aquel estado de

mandar para que se condenara al reo a no ejecutar los actos de perturbación.

Eduardo Pallares, *ob. cit.*, págs. 110 y 111.

Este interdicto debe entablarse en el término de un año de comenzados los actos de perturbación; pasado este término prescribe o caduca la acción, y tendrá que defenderse entonces la posesión en un juicio plenario.

Conforme al Código vigente puede entablar el interdicto de retener la posesión el que se encuentre en la tenencia de la cosa, aun cuando no haya tenido una posesión de más de un año; basta con que justifique su derecho a esa tenencia por posesión originaria o derivada.

En cambio, en el Código anterior se exigía como primer requisito tener la posesión anual para entablar el interdicto, y si no se tenía esa posesión anual, debería acreditar el actor su mejor derecho para poseer que el demandado. Actualmente el poseedor puede, al día siguiente de recibir la cosa, entablar el interdicto contra los actos de perturbación de tercero, e incluso del mismo dueño de la cosa; basta con que justifique su derecho a la tenencia por posesión originaria o derivada; en cambio, bajo el anterior si no tenía la posesión anual era necesario que justificara mejor derecho que el demandado. A este respecto, entre los requisitos que señala el Código de Procedimientos vigente ya no se menciona el de poseer por más de un año. En cambio, en el Código Civil anterior, el artículo 859 referente tanto al interdicto de retener como al de recuperar, decía: "Si la posesión es de menos de un año, nadie puede ser mantenido ni restituido judicialmente sino contra aquel cuya posesión no sea mejor". El Código Civil vigente, en su artículo 803 no exige ya ese término de un año; dice así: "Todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer. Es mejor la posesión que se funda en título, y cuando se trata de inmuebles, la que está inscrita. A falta de título o siendo iguales los títulos, la más antigua.

Si las posesiones fueran dudosas, se pondrá en depósito la cosa hasta que se resuelva a quién pertenece la posesión."

Se toma en la actualidad, independientemente del tiempo, sólo el mejor derecho para poseer; pero debe entenderse este mejor derecho no para discutir la posesión originaria, sino la tenencia de la cosa, bien sea por posesión originaria o derivada, ya que el Código Procesal dice que esta acción se confiere al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble. Pero puede haber controversia sobre el



mejor derecho entre poseedores derivados que discutan sólo respecto a la tenencia de la cosa, como cuando la misma se da en arrendamiento sucesivo a dos o más personas en forma indebida por el arrendador. Habrá aquí una discusión entre los distintos arrendatarios para acreditar quién tiene el mejor derecho a la tenencia de la cosa, y para esto se toma en cuenta al primer arrendamiento. También ocurre cuando una cosa se da sucesivamente en usufructo a dos o más personas; si los usufructuarios discuten como poseedores derivados, quién tiene el mejor derecho a la tenencia.

5.—*Interdicto de recuperar la posesión.*—El interdicto de recuperar compete al poseedor jurídico o derivado de un bien inmueble que ha sido despojado del mismo y tiene por objeto que se le restituya, indemnizarlo, obtener del demandado que afiance su abstención y a la vez conminarlo para el caso de reincidencia. Dice así el artículo 17 del

Código de Procedimientos Civiles vigente:

“El que es despojado de la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, debe ser ante todo restituido, y le compete la acción de recobrar contra el despojador, contra el que ha mandado el despojo, contra el que, a sabiendas y directamente, se aprovecha del despojo, y contra el sucesor del despojante. Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado que afiance su abstención y, a la vez, conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia”. Oscar Morineau, ob. cit., págs. 91 y 92.

En el Código Procesal anterior, el artículo 1184 disponía:

“El interdicto de recuperar compete al que estando en posesión pacífica de una cosa raíz o de alguno de los derechos a que se refieren los artículos 1132 y 1133, aunque no tenga título de propiedad, ha sido despojado por otro”.

El artículo 1132 se refería a los derechos reales constituidos sobre cosas raíces y el artículo 1133 a la posesión de estado civil.

Eduardo Pallares, ob. cit., págs. 158 y 159.

En el Código Procesal de 1884, al definirse el interdicto de recuperar la posesión diciendo que competía al que estando en posesión pacífica de una cosa raíz aun cuando no tuviera título de propiedad, hubiera sido despojado por otro, precisaba que bastaba la posesión pacífica (excluida la violenta), pero no se refería a la posesión clandestina o a la rogada, que en el Código actual son causa de improcedencia del interdicto. El ordenamiento anterior sólo exigía la posesión pacífica, mismo requisito que exige el vigente al decir que la posesión no sea violenta.

En el artículo 18 del Código Procesal en vigor se estatuye:

“La acción de recuperar la posesión se deducirá dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo. No procede en favor de aquel que, con relación al demandado, poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego, pero sí contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato”.

La posesión clandestina a que se refiere el citado precepto es aquella que ha mantenido oculta el actor, frente al demandado en el interdicto. Así expresamente lo reconoce el artículo 18 al decir que no puede entablar la acción interdictal de recuperar la posesión aquel que, con relación al demandado, venía poseyendo clandestinamente. Por lo tanto, el hecho de ocultar esa posesión a los terceros en general no hará improcedente el interdicto, si la misma ha sido del conocimiento del demandado en dicho juicio.

Para los efectos de interpretar el artículo 18 en cuanto a la posesión obtenida por la fuerza, que hace improcedente el interdicto en favor del poseedor violento, debe estarse a lo dispuesto por el artículo 823 del Código Civil, aplicado a contrario sensu, es decir, será violenta la posesión cuando en el momento de adquirirla se recurrió a la fuerza para poder entrar a disfrutar de ella; pero será pacífica la que se adquiriera sin violencia, como dice textualmente el citado artículo 823, aun cuando después se tenga que recurrir a la violencia defensiva para mantenerse en dicha posesión que se comenzó a disfrutar pacíficamente. Por lo tanto, no podrá entablar el interdicto aquel que para entrar a poseer recurrió a la fuerza o violencia en contra de aquel que demanda posteriormente, porque a su vez éste hizo uso de la misma violencia para recuperar la posesión que por la fuerza se le había arrebatado.

Cabe observar que al prohibir el artículo 18 que el poseedor violento use el interdicto de recuperar en contra del poseedor que fue víctima de la violencia, pero que a su vez logró posteriormente arrebatarse la posesión, permite en cierta forma hacerse justicia por propia mano, en contra de lo dispuesto por el artículo 17 de la Constitución General de la República, pues en última instancia viene a autorizar a todo poseedor violentado que perdió la tenencia de la cosa, que a su vez, haciéndose justicia por sí mismo, recupere dicha posesión, con la seguridad de que una vez logrado este efecto, no podrá el primer poseedor que hizo uso de la violencia, recurrir al interdicto. A propósito de esta situación caben dos hipótesis: que el poseedor violentado recupere la tenencia por actos violentos; o bien, que lo haga por vías de hecho sin ejecutar tales actos. En ambos casos, conforme al artículo 18 invocado, existe el despojo: uno de carácter violento, otro ejecutado por vías de hecho. Ahora bien, el poseedor que fue privado de la cosa por violencia, puede recuperarla mediante actos violentos o por vías de hecho, sin que en ninguno de esos casos pueda entablar el interdicto aquel que en forma violenta le arrebató la posesión.

El concepto de posesión violenta había sido ya definido por los romanos a propósito del interdicto *Unde vi*.

Para la posesión rogada que también hace improcedente el interdicto, el citado autor estima que se trata de la posesión a título precario.

"Del precario, nos da una definición el proemio y las primeras leyes del tít. XXVI, lib. XLIII del Digesto.

'Se llama precario lo que se concede a alguno a su ruego, para gozar de él por todo el tiempo que juzgue bueno quien lo concede'.

'Es una especie de liberalidad que procede del derecho de gentes. El precario difiere de la donación en que el que dona una cosa no tiene intención de recuperarla mientras que el que concede una cosa a título precario tiene la intención de recuperarla de nuevo cuando le plazca poner fin al precario'.

'La equidad natural quiere que no gocéis de mi liberalidad sino por el tiempo que yo quiera y que pueda revocarla cuando cambie de voluntad. Se considera tener una cosa a título precario cuando se tiene la posesión de ella, de hecho o de derecho por la única razón de que se ha obtenido por ruegos la posesión o el uso de ella'.

De la exposición anterior se infiere que el precario puede definirse por los siguientes caracteres:

a).—Porque se constituye a ruego de quien recibe la cosa. De esta circunstancia procede su nombre.

b).—Porque consiste en una liberalidad de parte de quien la otorga.

c).—Porque no transfiere la propiedad de la cosa sino sólo el uso.

d).—Porque es revocable a voluntad de quien lo constituye a pesar de pacto en contrario.

Porque no otorga derecho alguno irrevocable al precarista". (Pallares, ob. cit., págs. 127 a 129).

El artículo 1142 del Código de Procedimientos Civiles de 1884, contenía la siguiente definición:

"Se llama precario, para los efectos del artículo que precede, cualquier título que sin ser traslativo de dominio, sólo confiere la simple tenencia o posesión natural de la cosa en nombre de otro".

Creemos, dados los antecedentes transcritos, que en la actualidad la posesión rogada que hace improcedentes los interdictos de retener y recuperar, no es la posesión a título precario a que se refiere el artículo 1142 del Código anterior, sino aquella que caracterizó el derecho romano en la definición que hemos transcrito y que se encuentra en el Digesto, pues sólo en el caso de que alguien haya entrado a poseer a título gratuito, obligándose a restituir en el momento en que lo solicite aquel que le transmitió la posesión, estará impedido de ejercitar los interdictos, cuando sea perturbado o despojado por este último, ya que tal situación implicaría una negativa infundada de su parte para restituir la cosa raíz que se obligó a devolver inmediatamente que fuere requerido.

La interpretación que antecede está confirmada por el último párrafo del artículo 18, al decir que sí procede el interdicto de recuperar contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato. En efecto, los únicos contratos que a la vez confieren el uso y aprovechamiento de las cosas, es decir, la facultad de usar y disfrutar (percibir los frutos), son respectivamente el contrato constitutivo de usufructo, de enfiteusis, de anticresis y de arrendamiento (este último en parte). Ahora bien, en ninguno de ellos, se puede hablar de una posesión rogada u obtenida a ruegos, según se ha caracterizado anteriormente.

Mantresa, ob. cit., t. IV, pág. 223.

En cambio, cuando el propietario transfiera sólo el uso en forma gratuita, como ocurre en el comodato y en los contratos constitutivos de los derechos reales de habitación y de uso gratuito, podrá darse el caso de la posesión rogada, si además se estipula que la misma se confiere con el carácter de revocable a voluntad de quien la constituye, de tal manera que el poseedor se obligue a restituir la cosa en cualquier momento en que sea requerido para ello. Entendemos que sólo con estos requisitos sería improcedente el interdicto de retener o de

recuperar, cuando a pesar de haber sido requerido dicho poseedor, se negase a devolver, motivándose por tal negativa una perturbación o un despojo por aquel que constituyó aquella posesión rogada. En tales condiciones, el perturbado o despojado no podría entablar en su contra los interdictos aludidos.

No procede este interdicto después del término de un año de consumado el despojo, ni tampoco cuando el poseedor ha adquirido en forma violenta, clandestina o a ruegos de su contrario.

En el Código vigente ya no se requiere término especial de posesión para promover el interdicto; puede entablarse aun cuando la posesión sea de menos de un año. En cambio, en el ordenamiento anterior en principio se requería posesión de más de un año, y sólo cuando la posesión era menor del año, pero mejor que la del contrario, se podía entablar este interdicto.

Oscar Morineau, ob. cit., págs. 93 y 94.

El artículo 1185 del Código de Procedimientos Civiles de 1884 disponía:

"Puede usar del interdicto de recuperar: I. Todo el que ha poseído por más de un año en nombre propio o en nombre ajeno; II. Todo el que haya poseído por menos de un año, siempre que haya sido despojado por violencia o vías de hecho, y salvo lo dispuesto en los artículos 859 y 860 del Código Civil".

A su vez el Código Civil de anterior vigencia contenía las siguientes disposiciones:

Artículo 858: "El poseedor tiene derecho de ser restituido a su posesión, si lo requiere dentro de un año contado conforme a lo dispuesto en el artículo 856".

Artículo 859: "Si la posesión es de menos de un año, nadie puede ser mantenido ni restituido judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor".

Artículo 860: "Es mejor que cualquiera otra la posesión acreditada con título legítimo: a falta de éste, o siendo iguales los títulos, se prefiere la más antigua: si fueren dudosas ambas posesiones, la cosa que se litigue se pondrá en depósito".

En la legislación vigente, ni el Código Procesal ni el Código Civil exigen el requisito de la posesión de más de un año para promover el interdicto de recuperar la posesión. Ya hemos visto que en el artículo 803 de este último Ordenamiento se dispone de manera general que todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer. Es decir, sin

distinción se protege a todos los poseedores para ser mantenidos o restituidos en su posesión, independientemente del tiempo que hayan poseído, exigiéndose sólo que tengan una mejor posesión frente al perturbador o despojante.

Los artículos 804 y 805 del mismo Código disponen en relación con esta materia:

“Para que el poseedor tenga derecho al interdicto de recuperar la posesión se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo”.

“Se reputa como nunca perturbado o despojado, el que judicialmente fue mantenido o restituido en la posesión”.

El término de un año a que alude el artículo 804 está en relación con el mismo plazo señalado por el artículo 828 fracción V al estatuir: “La posesión se pierde: V.—Por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año”.

Para los derechos estatuye el artículo 829: “Se pierde la posesión de los derechos cuando es imposible ejercitarlos o cuando no se ejercen por el tiempo que baste para que queden prescritos”.

Manresa, ob. cit., t. IV, págs. 233 y 234.

En este interdicto los hechos sujetos a prueba son dos: 1o. La posesión, bajo cualquier concepto que se tenga. 2o. El despojo.

El despojo supone generalmente actos en que de propia autoridad, un tercero se apodera de la cosa. No siempre hay violencia en el despojo; basta con que de propia autoridad un tercero se apropie de la cosa para que se considere que hay despojo. Por esto en el Código anterior se decía que si el poseedor tenía menos de un año en la posesión, pero se le había privado por violencia, podía recurrir al interdicto; pero si se le privaba pacíficamente no podía recurrir a él. El artículo 1186 de dicho ordenamiento disponía:

“Para los efectos del artículo que precede, se considera violencia cualquier acto por el cual una persona usurpa de propia autoridad la cosa o derecho materia del interdicto; y por vías de hecho los actos graves, positivos, y de tal naturaleza que no puedan ejecutarse sin violar la protección que las leyes aseguran a todo individuo que vive en sociedad”.

Conforme a los artículos 1187 a 1189 del citado Código Procesal anterior, el que entablaba el interdicto de recuperar debería justificar el hecho de la posesión o tenencia de la cosa o del derecho, bien exhibiendo los documentos respectivos, o a falta de los mismos ofre-

ciendo información supletoria de testigos. Además debía acreditar el hecho del despojo, designando al autor de éste.

Eduardo Pallares, ob. cit., págs. 150 y 151.

Independientemente de la solución que se deriva del artículo 1186 del Código de Procedimientos Civiles de 1884, admitiendo el despojo violento y el despojo realizado por vías de hecho a través de actos graves, positivos y de tal naturaleza que no puedan ejecutarse sin violar la protección que las leyes aseguran a todo individuo que vive en sociedad, cabe observar que esta distinción está expresamente admitida por el artículo 18 del Código Procesal vigente, toda vez que distingue el despojo ejecutado a través de actos violentos y el que se realiza por vías de hecho. En efecto, dice el precepto:

"La acción de recuperar la posesión se deducirá dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo".

Creemos que al aludir el citado precepto a las vías de hecho no hace sino recordar y, por lo tanto, aceptar, lo que respecto a las mismas decía el artículo 1186 del ordenamiento anterior.

"En conclusión, mientras que en el derecho romano no se consideraba que había despojo sino cuando se había perdido la posesión por medio de la violencia o procedimientos clandestinos, en el canónico no eran indispensables estos requisitos.

En la legislación española, la nota de violencia aparece en las leyes que se refieren al despojo. La ley 2a., tít. I lib. VIII del Fuero Juzgo, que sanciona el despojo, comienza con estas palabras: 'Quien echa a otro omne por FUERZA, etc. . .'; la ley IV, tít. IV, lib. IV del Fuero Real, dice: 'Si algún home entrare o tomase por fuerza alguna cosa que otro tenga en juro o en poder, y en paz, si el forzador algún derecho tuviese, piérdalo, etc. . .'; la ley XXX, tít. II, Partida Tercera, ordenaba: "Forzado seyendo algún ome, de cosa que quissiese después demandar en juyzio, en su escogencia es de fazer esta demanda a aquel que la fallare o al otro que la forzo por si o mandó a otro forzarla, a aquel que la recibió del que sabía que la auia forzado. . ." En esta ley que determina los casos de procedencia del interdicto de despojo, se llama el despojador forzado, con el cual se acentúa la idea de que el despojo debe realizarse por la fuerza. La ley, del tít. X, Part. Séptima se intitula: 'Qué pena merece aquel que por sí mismo, sin mandamiento del juzgador, entra, o toma por fuerza, heredamiento o cosa agena'. En su texto leemos: 'Entrando, o tomando alguna por fuerza por sí mismo sin mandato del Juzgado, cosa agena, quier sea, muebles, quier, raíz, etc.'

Estas leyes y otras que con ellas concuerdan demuestran que en el derecho español eran elementos constitutivos del despojo, el apoderarse de cosa ajena, mueble o inmueble, por medio de la violencia y de propia autoridad sin mandato judicial, castigándose ese hecho ilícito con la pérdida de los derechos que sobre la cosa tenía el autor intelectual o material del despojo". (Eduardo Pallares, ob. cit., págs. 143 a 145).

6.—*Interdicto de obra nueva.*—De acuerdo con el artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles vigente, esta acción se otorga a todo poseedor de predio o derecho real constituido sobre el mismo, cuando se esté ejecutando una obra que perjudique su posesión.

El objeto de esta acción es el de obtener la suspensión, demolición o modificación, en su caso, de la citada obra, así como la restitución de las cosas a su estado primitivo.

También se confiere el interdicto de obra nueva a los vecinos del lugar en donde la misma se ejecuta, cuando ésta se construye en bienes de uso común y es perjudicial a sus posesiones.

Por obra nueva se entiende aquella que abarca una construcción de nueva planta, y la que se realiza sobre un edificio antiguo, añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta.

Todos los elementos anteriormente especificados, están comprendidos en la caracterización que hace el citado artículo 19, en los siguientes términos:

“Al poseedor de predio o derecho real sobre él, compete la acción para suspender la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones, su demolición o modificación, en su caso, y la restitución de las cosas al estado anterior a la obra nueva. Compete también al vecino del lugar cuando la obra nueva se construye en bienes de uso común.

*Se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye.*

Para los efectos de esta acción por obra nueva, se entiende por tal no sólo la construcción de nueva planta, sino también la que se realiza sobre edificio antiguo, añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta”.

Es pertinente hacer notar que este interdicto es el único respecto del cual el Código vigente no establece la distinción que hace respecto a los demás, confiriendo respectivamente las acciones de retener o recuperar la posesión y de obra peligrosa, tanto al poseedor jurídico como al derivado. Es más significativo aún este hecho, si se toma en cuenta que el artículo 1141 del Código anterior, estatúa categóricamente:

“No puede usar del interdicto de obra nueva el que posee la cosa con título precario”.

No obstante las consideraciones que anteceden, creemos que el artículo 19 del Código vigente no sólo confiere el interdicto de obra nueva al poseedor originario, sino que también se lo otorga al poseedor derivado, dado que su objeto es impedir el daño que la obra nueva pueda causar a la casa inmueble en sí o a la posesión que se disfrute respecto de ella o al goce del derecho real constituido sobre un predio.



es decir, en nombre propio, sino que contrariando el principio general contenido en el artículo 1134, en el sentido de que los interdictos no preocupan las cuestiones de propiedad, dispuso que: "Cuando alguno se crea perjudicado en sus *propiedades* con una obra nueva. . .", dando a entender así que es el propietario al único a quien se otorgaba el citado interdicto.

En el ordenamiento anterior se hizo la distinción en los artículos 1195 a 1197, de obras nuevas que perjudiquen a un determinado particular, y aquellas que dañen al común, porque se ejecuten en un camino, plaza o sitio públicos. En este último caso, se reconocía una acción popular.

El Código vigente reconoce también esta acción en favor de los vecinos cuando la obra se ejecute en bienes de uso común y perjudique sus posesiones.

En este interdicto de obra nueva se puede proteger al poseedor contra el acto ilícito de tercero, que por culpa o negligencia causa daño a una posesión, o bien contra el acto lícito que ejecutado con todas las precauciones requeridas por la ley y los reglamentos, puede no obstante causar daño a la posesión vecina. El artículo 839 del Código Civil vigente dice: "En un predio no pueden hacerse excavaciones o construcciones que hagan perder el sostén necesario al suelo de la propiedad vecina; a menos que se hagan las obras de consolidación indispensables para evitar todo daño a este predio".

El ordenamiento de 1884 permitía un procedimiento prejudicial consistente en dar entrada al interdicto sin citar a la parte contraria, a efecto de que el juez inmediatamente ordenara al escribano de diligencias que se trasladase al lugar en que se ejecutaba la obra, y ordenara desde luego la suspensión de la misma, apercibiendo al dueño de la obra o al constructor, de demolición en caso de desobediencia.

Una vez adoptada esta medida urgente, se corría traslado de la demanda, y en el juicio sumarísimo habría que resolver si procedía la suspensión de la obra. Si se concedía ésta, podía continuarse la obra, para cuyo efecto el demandado tenía que pedir autorización judicial, la cual sólo se otorgaba previa fianza para responder de los daños y perjuicios, pero el interesado estaba obligado a entablar, dentro de los cinco días, una demanda para justificar su derecho a con-

tinuar la obra, demostrando en juicio ordinario que no se le causaba daño al actor que entabló el interdicto. De no entablarse la demanda, se procedía a la demolición de todo lo construido.

En el capítulo de actos prejudiciales del Código vigente, no se menciona la posibilidad de recurrir al interdicto de obra nueva, pero en los artículos transitorios sólo se derogan las leyes procesales anteriores que en alguna forma se opongan o contradigan a las vigentes, y de ahí podría derivarse un fundamento para invocar, en el Código actual, este procedimiento prejudicial de gran utilidad que reconocía el Código de 1884.

La razón de haber suprimido este procedimiento es más bien de orden práctico, pues es la autoridad administrativa la que en la actualidad interviene en forma eficaz, imponiendo multas o bien procediendo a la reforma o adopción de medidas urgentes para evitar el daño que se pueda causar en una obra nueva o peligrosa. Ya el Código anterior admitía este mismo procedimiento de recurrir a la autoridad administrativa, y en la práctica, dada la intervención más eficaz e inmediata de esta autoridad, que tiene un servicio técnico, un conjunto de ingenieros, arquitectos, etc., podrá en forma más urgente que el juez llevar a cabo las medidas necesarias para evitar el daño.

*El interdicto de obra nueva es de gran utilidad, especialmente por los problemas que crean las construcciones pesadas en el Distrito Federal. Se presentan múltiples casos de daños causados a las propiedades vecinas por la ejecución de obras nuevas.*

En nuestro concepto la forma más eficaz y jurídica para obtener la reparación del daño, la otorga el interdicto de obra nueva, pues conforme al artículo 19 del Código Procesal vigente, el perjudicado no sólo puede obtener la suspensión, demolición o modificación, en su caso, de la citada obra sino también la restitución de las cosas a su estado primitivo. Esta restitución comprende la reparación integral del daño causado y para el efecto resultan aplicables los artículos 1910 y 1915 del Código Civil.

Conforme al artículo 1915 es imperativo que la reparación del daño consista en el restablecimiento de la situación anterior a él, y sólo

cuando tal cosa no sea posible, en el pago de daños y perjuicios. De esta suerte dicho precepto coincide con uno de los objetos que persigue la acción de interdicto de obra nueva, consistente como ya se ha dicho en la restitución de las cosas al estado anterior a dicha obra.

Las ventajas que implica el ejercicio de la citada acción interdictal, sobre la acción personal de daños y perjuicios causados por hecho ilícito, son las siguientes:

a) La acción de interdicto no requiere demostración del hecho ilícito, sino simplemente del daño causado por la obra nueva. Al efecto, el artículo 19 simplemente comprende como elemento de la acción, el perjuicio causado por la obra a la posesión del actor. En consecuencia, puede incluso originarse el daño por caso fortuito o fuerza mayor, existiendo en ambos casos la obligación de repararlo. En la ciudad de México, la mayor parte de las construcciones pesadas causan daño a las propiedades contiguas, por un verdadero caso fortuito, dada la naturaleza inestable del subsuelo, que a su vez depende de causas unas previsibles y otras imprevisibles.

Si en lugar de intentar el interdicto, se deduce la acción personal de daños y perjuicios con apoyo en el artículo 1910 del Código Civil, será necesario acreditar que el daño se produjo por un hecho ilícito, es decir, por la no observancia de determinados reglamentos en el ramo de construcciones, o bien, que hubo vicios de construcción, defectos de la cimentación, no ejecución de las obras de consolidación indispensables, o cualquier otro tipo de culpa, descuido o negligencia. En la actualidad, existe la corriente, reconocida en parte por la Suprema Corte, de considerar que independientemente de toda idea de culpa o hecho ilícito, las construcciones pesadas son cosas peligrosas por su propio peso y, en tal virtud, resulta aplicable el artículo 1913 del citado Código Civil, sin que sea por lo tanto necesario demostrar como un elemento de la acción, la existencia de la culpa o del hecho ilícito en general.

b).—La acción de interdicto tiene un efecto más enérgico que la acción personal de daños y perjuicios, pues no sólo se obtiene la restitución de las cosas al estado anterior a la obra nueva (punto en el cual coinciden ambas acciones, según los artículos 19 del Código Procesal y 1915 del Código Civil), sino que además se evitan daños futuros como son los relativos a la continuación de la obra o al hecho de que ésta no sufra modificación alguna. Además, si ésta implica una usurpación de la posesión del demandado, o sea el caso de la construcción extralimitada de que ya tratamos en el capítulo V, páginas 141 a 147 de este volumen, se ordenará la demolición previa fianza que otorgue el actor.

c).—En la actualidad, la acción de interdicto de obra nueva, no está limitada para su ejercicio al plazo de un año, como expresamente disponía el artículo 1140 del Código de Procedimientos Civiles de 1884. Conforme a dicho precepto, pasado ese término, el perjudicado tenía a salvo su derecho para pedir en la vía ordinaria la demolición de la obra.

d).—El interdicto puede intentarse no sólo por el propietario de la construcción perjudicada, como ocurre en la mayoría de los casos en los que se intenta la acción personal de reparación del daño, sino también por el poseedor del predio, o del derecho real constituido sobre el mismo, que sufran algún perjuicio por virtud de la obra nueva, y en los casos en los que ésta construya en bienes de uso común, se otorga también acción al vecino del lugar que resulte dañado. En cambio, la experiencia demuestra que todas las demandas que se entablan exigiendo la reparación del daño a través de una acción personal, se deducen por los propietarios perjudicados.

e).—La acción de interdicto de obra nueva se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye; en cambio, la acción personal se intenta en contra del propietario de la obra. Por lo tanto, existe mayor amplitud en el interdicto, dado que a la vez que comprende al propietario, que es el que encarga la construcción, puede también abarcar al poseedor o detentador del terreno que la mandó construir, al que materialmente la haga, si tiene tales caracteres, o al que edifica en suelo ajeno.

Se han señalado algunos inconvenientes en cuanto al ejercicio del interdicto, lo que quizá explique el porqué se deduce generalmente la acción personal. Tales supuestos inconvenientes, que en nuestro concepto no existen, se hacen consistir en que la acción personal permite reclamar un pago de dinero y el interdicto no. Esta idea es errónea, pues conforme al anterior artículo 1915 del Código Civil: “La reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él, y cuando ello sea imposible, en el pago de daños y perjuicios”. La forma imperativa del precepto claramente indicaba que no queda a elección del perjudicado exigir a través de la acción personal el pago de daños y perjuicios o el restablecimiento de la situación anterior al hecho causante del daño, sino que la demanda debe formularse exigiendo dicho restablecimiento, y sólo en los casos especiales en los que éste no pueda llevarse a cabo, lo cual tendrá que fundarse debidamente y probarse en su oportunidad, podrá el actor reclamar un pago en dinero. Desde este punto de vista, coinciden el interdicto y la acción personal, ya que en el primero tam-

bién se demanda la restitución de las cosas a su estado anterior a la obra nueva.

Cabe aclarar que el artículo 1915 del Código Civil fue reformado y actualmente la víctima puede elegir entre el restablecimiento de la situación anterior cuando ello sea posible o en el pago de daños y perjuicios.

En cuanto al tiempo en que pueda entablarse una u otra acción, cabe observar que no existiendo ya la limitación temporal de un año que estatuyó el artículo 1140 del Código Procesal anterior, se está en una situación probablemente más firme para los casos en que hayan transcurrido dos años a partir del momento en que se causaron los daños, pues si se entabla la acción personal ésta ya habría prescrito. En efecto, el artículo 1934 del Código Civil dispone:

"La acción para exigir la reparación de los daños causados, en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño".

En la hipótesis del interdicto, es evidente que durante el proceso de construcción de la obra se puede obtener la suspensión, modificación o demolición, en su caso, de la misma. El mismo artículo 1140 del Código Procesal anterior disponía que el plazo de un año para entablar el interdicto comenzaba a correr después de la terminación de la obra. En la actualidad, creemos que una vez concluida ésta, es jurídico exigir su modificación o demolición, según se estime necesario para evitar o disminuir el daño causado. Conforme al título I, libro XXXIX del Digesto, este interdicto no procedía con relación a las obras ya hechas, pues sólo se otorgaba respecto a las que estuviesen en construcción.

Sobre el particular se expresa así Pallares:

"El objeto del interdicto no sólo consiste en suspender la obra sino también en demolerla, cuando en su totalidad perjudica, sin derecho a ello, a quien promueve el interdicto, o a modificarla cuando únicamente el perjuicio lo causa parte de ella.

¿Qué quiere decir el artículo 19 cuando habla "de restituir las cosas al estado anterior a la obra nueva?"

En mi concepto, se refiere al hecho de que la obra haya dañado al predio contiguo cuarteándolo, derribándolo o de alguna otra manera dañándolo. En este caso, quien ordenó la obra debe hacer las reparaciones necesarias para que el predio recupere el estado que tenía antes de la obra.

Respecto al concepto de obra nueva nos remitimos a los principios del derecho romano que hemos expuesto y que tratan la cuestión con cierta amplitud" (ob. cit., págs. 185 y 186).

7.—*Interdicto de obra peligrosa*.—También se da esta acción al poseedor jurídico o derivado de un bien inmueble o derecho real constituido sobre cosa raíz y tiene por objeto evitar los daños que se le puedan

causar por la ruina de un edificio, por la caída de un árbol o de un objeto cualquiera.

Este interdicto produce, asimismo, acción para proteger no sólo la posesión, sino el derecho público o privado de paso de terceros. En cuanto a la posesión, tiene como finalidad evitar el daño, independientemente de que haya culpa o negligencia de parte del dueño de la obra peligrosa.

Generalmente existe una presunción de culpa, puesto que se trata de un edificio en ruinas o que por vicios de construcción, o falta de reparaciones, pueda causar daño; pero puede presentarse el caso fortuito, derivado, por ejemplo, de un temblor, que sin implicar culpa en el dueño de la obra, origina riesgo para las posesiones vecinas, y el interdicto se confiere no para sancionar un acto ilícito que no existe, sino para evitar el daño que pueda provenir de fuerza mayor o caso fortuito. El objeto del interdicto es la demolición de la obra, o la adopción de medidas que a juicio de peritos sean necesarias para evitar el daño. Ya tampoco en el Código vigente encontramos el procedimiento prejudicial que regulaba el ordenamiento anterior en sus artículos 1217 a 1219, cuando la demanda tenía por objeto que se adoptaran medidas urgentes de precaución, para evitar los riesgos que pudiera ofrecer el mal estado de una obra, árbol u otro objeto; pero podrían invocarse, en la actualidad, de acuerdo con el artículo 16 transitorio que no ha derogado expresamente estas normas, tomando en cuenta que no se oponen ni contradicen las vigentes. Dice así el artículo 20 del Código Procesal Civil vigente:

"La acción de obra peligrosa se da al poseedor jurídico o derivado de una propiedad contigua o cercana que pueda resentirse o padecer por la ruina o derrumbe de la otra, caída de un árbol u otro objeto análogo, y su finalidad es la de adoptar medidas urgentes para evitar los riesgos que ofrezca el mal estado de los objetos referidos; obtener la demolición total o parcial de la obra, o la destrucción del objeto peligroso. Compete la misma acción a quienes tengan derecho privado o público de paso por las inmediaciones de la obra, árbol u otro objeto peligroso".

La lectura del mencionado precepto nos hace ver que en el interdicto de obra peligrosa el legislador parece limitarlo en favor de los poseedores de aquellas propiedades contiguas o cercanas que puedan sufrir daños por la ruina o derrumbe de una obra, por la caída de un árbol u otro objeto análogo. Es decir, ya no se menciona, como ocurre para el interdicto de obra nueva, a los poseedores o titulares de los derechos reales constituidos sobre esas propiedades contiguas o cercanas que pudieran resultar afectadas; sin embargo, creemos que nada se opone, dentro de la finalidad general de los interdictos, el conferir este tipo de

protección posesoria a los titulares o poseedores de esos derechos reales, pues en definitiva lo que se busca es evitar el daño que amenaza causar la obra peligrosa.

En el artículo 20 del Código Procesal en vigor se alude expresamente a la ruina de una obra, relacionándose así con el 1931 del Código Civil, conforme al cual:

“El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción”.

Aun cuando el artículo 20 citado se refiere en general a los poseedores de las propiedades contiguas o cercanas, debe entenderse que se trata de bienes inmuebles, dado que se mantiene el mismo principio tradicional que quedó consagrado en el artículo 1132 del Código Procesal anterior al estatuir que:

“Los interdictos sólo proceden respecto de las cosas raíces y derechos reales constituidos sobre ellas”.

La prueba de que el Código vigente mantiene ese principio, la tenemos en los artículos 16, 17 y 19, que requieren que se trate de bienes inmuebles a propósito de los demás interdictos.

En el interdicto de obra peligrosa no es necesario que exista ya el daño, basta con la amenaza del mismo, por esto el precepto dice que la propiedad contigua o cercana pueda resentir o padecer algún daño por la ruina o derrumbe de la obra, la caída de un árbol u otro objeto análogo. Precisamente por esto, su finalidad consiste fundamentalmente en prevenir o evitar ese daño adoptando medidas urgentes, que pueden llegar hasta la demolición parcial o total de la obra o a la destrucción del objeto peligroso.

Se distingue este interdicto del de obra nueva, en que para su procedencia requiere que tratándose de obras se encuentren en estado ruinoso o en peligro de derrumbe, en cambio, en el otro interdicto, se trata de una obra en construcción, o bien, de la que ha concluido, pero que no amenaza ruina o derrumbe.

En el Código Procesal anterior se permitía que incluso la demolición de la obra pudiera decretarse como medida urgente por la autoridad administrativa. El vigente ya no menciona esta posibilidad, porque resulta contraria a los artículos 14 y 16 Constitucionales, ya que sólo previo juicio podría ordenarse.

En el artículo 1213 de dicho ordenamiento, no se requería que la

construcción se encontrara en estado ruinoso o en peligro de derrumbe, sino que simplemente estuviera en "mal estado". Para los árboles y otros objetos cualquiera, se disponía lo mismo, en tanto que el Código en vigor toma en cuenta el peligro que pueda originarse por su caída.

En cuanto a la finalidad del interdicto, coinciden ambos ordenamientos distinguiendo la adopción de medidas urgentes para evitar los riesgos respectivos, o la demolición de la obra o destrucción del objeto peligroso.

En cuanto a los sujetos activos del interdicto existe una diferencia, pues en tanto que el Código anterior otorgaba la acción al dueño de la propiedad en peligro, el vigente se la confiere al poseedor jurídico o derivado de la misma. Coinciden en otorgar la acción a quienes tengan derecho público o privado de paso por las inmediaciones de la obra u objeto peligroso, pero en el artículo 1216 del citado Código de 1884 se precisaba cuándo existía esa necesidad de pasar.

#### JURISPRUDENCIA DEFINIDA HASTA 1980

8.—*Interdicto de recuperar. Elementos de la acción.*—"Para que proceda el interdicto de recuperar la posesión, se requiere la prueba de tres elementos: 1.—Que quien lo intente haya tenido previamente la posesión jurídica o derivada del inmueble de cuya recuperación se trata. 2.—Que el demandado, por sí mismo, sin orden de alguna autoridad, haya despojado al actor de esa posesión; y 3.—Que la acción se deduzca dentro del año siguiente a los actos violentos o a las vías de hecho causantes del despojo". (Nueva compilación editada en 1965, cuarta parte, volumen II, tesis 200, pág. 637).

9.—*Interdictos, naturaleza de la sentencia que se pronuncia en los.*—"Las sentencias que se pronuncien en ellos, tienen el carácter de definitivas, para los efectos de la procedencia del amparo" (Nueva compilación editada en 1965, cuarta parte, volumen II, tesis 201, pág. 650).

10.—*Interdicto de retener la posesión (Legislación de Tlaxcala).*—"No sólo el propietario tiene derecho a promover el interdicto de retener la posesión, sino que también lo tiene todo aquel que esté en posesión de la cosa o del derecho real de que se pretende despojarlo, según lo dispuesto por el artículo 1023 del Código de Procedimientos Civiles aplicable, en relación con los artículos 991 y 992 del propio ordenamiento; por tanto, aunque el título del actor no fuese bastante para acreditar su propiedad, sí es suficiente para demostrar su posesión del predio dominante y probar así su derecho de ejercitar la acción interdictal respectiva". (Nueva compilación editada en 1965, cuarta parte, volumen II, pág. 644).



11.—*Indemnización en el interdicto de retener la posesión al que se contrae el artículo 15 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco.*—Este tribunal no comparte el criterio de la sala responsable en el que sostiene que en tratándose del interdicto de retener la posesión, del artículo 15 del Código de Procedimientos Civiles del Estado "en forma categórica establece qué derechos tutela la acción interdictal ahí especificada dentro de los cuales no se encuentra comprendido el pago de daños y perjuicios, ya que ese concepto no es elemento de la acción ejercitada, no es derecho tutelado por la norma antes citada . . .", cuenta habida de que una recta interpretación de la parte final del primer párrafo del artículo en cita lleva a concluir que la acción interdictal de retener la posesión tiene por objeto poner término a la perturbación en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, indemnizar al poseedor y obtener que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa o arresto, para el caso de reincidencia, siendo claro y patente que el vocablo indemnización se refiere, en el aspecto legal, al pago de daños y perjuicios.

Amparo directo 250/80.—Adalberto Cruz Espinoza A. y Juan Rodríguez Ponce.—7 de mayo de 1980.—Unanimidad de votos.—Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez.—Secretaria: Emma Margarita Guerrero Osio.

Informe 1980. Segundo Tribunal Colegiado del Tercer Circuito. Núm. 8 Pág. 217.

#### INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN. PROPÓSITO DE LA TESTIMONIAL RENDIDA CON ANTELACIÓN AL EMPLAZAMIENTO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

De la interpretación lógico sistemática de los artículos 803, 813 y 814 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, se llega al conocimiento de que la información testimonial a que se refiere el segundo de los preceptos invocados tiene como propósito que el Juez, en el auto que manda a emplazar al demandado, esté en posibilidad de adoptar las medidas preventivas que contempla el artículo 814. Sin embargo, esa información testimonial rendida con antelación al emplazamiento no constituye un elemento probatorio que el Juez pueda considerar en la sentencia definitiva, pues en los términos del artículo 809 invocado, los interdictos deben seguirse con las formalidades de los juicios sumarios en los que existe un periodo de ofrecimiento y recepción de pruebas. De esta suerte, la prueba testimonial tendiente a acreditar la posesión del actor deberá ofrecerse dentro del periodo probatorio del juicio, a efecto de que el demandado pueda concurrir a su desahogo y repreguntar a los testigos, conforme a lo que establece el artículo 278 del ordenamiento en consulta, que dice:

"Las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria, que se hará a más tardar, el día anterior a aquel al que deban recibirse".

### TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 353/95. Jorge Lima Ruiz. 24 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: María Guadalupe Herrera Calderón.

Amparo directo 502/2001. Constructora Kef, S.A de C.V. 17 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Teresa Munguía Sánchez. Secretaria: San Juana Mora Sánchez.

Amparo directo 3/2002. José Abraham Cruz Garrido. 25 de enero de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: Carla Isselín Talavera.

Amparo directo 120/2002. Ángel Escalona Espinoza. 18 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: Rosalba García Ramos.

Amparo directo 238/2002. Trinidad Larios Avendaño. 8 de julio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez. Secretaria: Carla Isselín Talavera.

No. Registro: 185,732

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVI, Octubre de 2002

Tesis: VI.3o.C. J/48

Página: 1219

### INTERDICTOS, NATURALEZA DE LOS.

Los interdictos no se ocupan de cuestiones de propiedad y de posesión definitiva, sino sólo de posesión interina; pero esta preocupación no es el medio, sino el fin de los interdictos. O dicho de otro modo: a lo que todo interdicto tiende es a proteger la posesión interina del promovente,

bien de que se trate de adquirir, de retener o de recuperar tal posesión, puesto que su real y positiva finalidad no es resolver en definitiva acerca de la posesión a favor del que obtiene el interdicto, sino sólo momentánea, actual e interinamente, dado que después de la protección así obtenida mediante sentencia judicial, puede muy bien discutirse la posesión definitiva en el juicio plenario correspondiente, e inclusive la propiedad en el reivindicatorio, sin que en forma alguna la resolución interdictal pueda invocarse en estos juicios con autoridad de cosa juzgada.

## SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 148/91. 5 de julio de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Gonzalo Carrera Molina.

Amparo directo 202/92. 13 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

Amparo en revisión 98/96. 22 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretaria: Laura Ivón Nájera Flores.

Amparo directo 372/2000. 19 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Ma. Elisa Tejada Hernández. Secretario: Enrique Baigts Muñoz.

Amparo directo 172/2003. 19 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Armando Pallares Valdez. Secretario: Eduardo Iván Ortiz Gorbea.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volumen 42, Cuarta Parte, página 75, tesis de rubro: "INTERDICTOS, NATURALEZA DE LOS."

No. Registro: 183,802

Jurisprudencia

Materia(s): Civil

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVIII, Julio de 2003

Tesis: VI.2o.C. J/236

Página: 876

# SUCESIONES

## TITULO I

### CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO HEREDITARIO

#### CAPITULO I

##### PROGRAMA DE ESTUDIO DEL DERECHO HEREDITARIO

1.—*Las tres grandes partes que comprende el Código Civil en el libro de las sucesiones.*—El Código Civil vigente sistematiza el estudio del derecho hereditario o sucesiones, distinguiendo tres grandes partes: a).—Sucesión testamentaria; b).—Sucesión legítima y c).—Disposiciones comunes a las sucesiones testamentaria y legítima.

2.—*El programa que observaremos.*—Aun cuando el programa de estudio seguido por el Código Civil, ha sido el que fundamentalmente se observa en los Tratados de Derecho Civil, hemos creído conveniente modificarlo en forma radical, siguiendo una división que nos parece más científica y pedagógica, basada en la clasificación que la moderna Teoría Fundamental del Derecho hace de los conceptos jurídicos fundamentales, cuya exposición, análisis y fundamentación ya hemos desarrollado en tomo I de esta obra, distinguiendo como conceptos fundamentales en el estudio del derecho, los siguientes: supuestos, consecuencias, sujetos, objetos, nexo jurídico y relaciones jurídicas.

La clasificación anterior se separará totalmente del orden seguido por el Código Civil, toda vez que en el análisis de cada una de las cinco partes enunciadas, trataremos tanto materias de la sucesión testamentaria como de la legítima o bien, cuestiones comunes a ambas formas de sucesión.

#### CAPITULO II

##### IDEAS GENERALES SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO HEREDITARIO

1.—*Grandes partes del derecho hereditario.*—Podemos dividir el estudio del derecho hereditario en cinco títulos que se referirán a los cinco conceptos jurídicos fundamentales.

- 1º Sujetos del derecho hereditario.
- 2º Supuestos del derecho hereditario.
- 3º Consecuencias del derecho hereditario.
- 4º Objetos del derecho hereditario.
- 5º Relaciones jurídicas del derecho hereditario.

En el estudio del derecho en general se analizan los conceptos jurídicos fundamentales, conforme a la clasificación siguiente: sujetos, supuestos jurídicos, consecuencias de derecho, objetos de derecho y relaciones jurídicas.

Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1931, v. II, pág. 973.

Es de gran interés científico y técnico aplicar esa clasificación al derecho hereditario, pues a través de los cinco títulos que hemos mencionado, se pueden estudiar todos y cada uno de los temas que abarca esta importante rama del derecho civil.

Explicaremos de una manera general los diversos temas que comprenderán los cinco grandes títulos del derecho hereditario.

2.—*Sujetos del derecho hereditario*.—El estudio de los sujetos del derecho hereditario tiene por objeto determinar qué personas intervienen en todas las relaciones posibles que pueden presentarse tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria.

a) En primer término se alude al autor de la herencia, dado que éste desempeña un papel activo como testador al dictar sus disposiciones de última voluntad, asumiendo en este sentido la función de un legislador respecto de su patrimonio. Salvo los casos de interés público en los que la ley declara la nulidad de las disposiciones o condiciones testamentarias, podemos afirmar que la voluntad del testador es la suprema ley en la sucesión testamentaria.

En la sucesión legítima, el autor de la herencia sólo interviene como término de relación para la transmisión a título universal que se lleva a cabo en favor del o de los herederos.

Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, 2ª ed., Valladolid, España, 1921, págs. 17 y 18.

Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español. Común y Toral*, t. IV, pág. 148.

b) Un segundo sujeto del derecho hereditario está constituido por el heredero. En su oportunidad determinaremos la función principalísima que cumple en las testamentarias e intestadas.

c) Los legatarios son sujetos del derecho hereditario por cuanto que en su carácter de adquirentes a título particular reciben bienes o derechos determinados y asumen una responsabilidad subsidiaria con los herederos para pagar las deudas de la herencia en el caso de que el pasivo de la misma sea superior al monto de los bienes y derechos que se transmitan a aquellos. También, cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios serán considerados como herederos.

d) En cuanto a los albaceas, su personalidad interesa como órganos representativos de la herencia y ejecutores de las disposiciones testamentarias.

e) Los interventores desempeñan un papel de control respecto a ciertas funciones del albacea y, además, actúan para proteger intereses determinados de ciertos herederos, legatarios o acreedores de la herencia.

f) Relativamente a la sucesión, se plantea el problema de definir si constituye una persona moral. A reserva de estudiar en su oportunidad este tema, desde luego sostenemos la tesis de que en nuestro derecho la herencia no constituye una persona jurídica, sino una copropiedad hereditaria.

"La herencia, según el concepto romano, es res incorporales, constituye una abstracción o idealidad jurídica, una nomen juris, que representa un concepto jurídico propio e independiente de su material contenido y el más perfecto desenvolvimiento del patrimonio, el cual le componen cosas, derechos, créditos y obligaciones, o sea todo el activo y pasivo del difunto. Pero este concepto de la herencia se contrapone históricamente al de los germanos. En el derecho romano la sucesión universal nació, según unos, como consecuencia de la sucesión familiar, y según los más, por motivos de orden económico; mas sea cualquiera su origen o causa, es lo cierto que para aquel derecho, la herencia se presenta como una unidad, la sucesión es universal, mientras que en el derecho antiguo germánico no se concibe la herencia como una sucesión en la totalidad de las relaciones del difunto, pues el complejo de bienes podía escindirse en diversas partes, siendo diversa la sucesión en los bienes propiamente hereditarios y en los bienes adquiridos". (Valverde, ob. cit., págs. 18 y 19).

g) Los acreedores de la herencia intervienen como sujetos activos del derecho hereditario y todas las normas de esta rama tienen por objeto garantizar el pago de las deudas hereditarias dentro de las posibilidades patrimoniales de la sucesión. Todo el derecho hereditario persigue como finalidad fundamental de la liquidación del patrimonio de la sucesión para pagar a los acreedores de la misma y en el supuesto de que hubiese un remanente, aplicarlo a legatarios y a herederos.

h) Los deudores de la herencia desempeñan un papel de sujetos pasivos, sin que puedan valerse, para disminuir su responsabilidad patrimonial, de la circunstancia relativa a la muerte del autor de la sucesión.

i) Los acreedores y deudores de los herederos y legatarios en lo

personal, son tomados en cuenta por el derecho hereditario para regular la separación de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, con las relaciones jurídicas activas y pasivas de carácter personal de los herederos y legatarios.

3.—*Supuestos del derecho hereditario.*—El estudio de los supuestos del derecho hereditario tiene por objeto determinar las diversas hipótesis normativas y su realización a través de hechos, actos o estados jurídicos, que producen consecuencias tanto en la sucesión legítima cuanto en la testamentaria.

Podemos considerar que por su orden de importancia los supuestos del derecho hereditario son los siguientes: a) Muerte del autor de la herencia; b) Testamento; c) Parentesco, matrimonio y concubinato; d) Capacidad de goce de los herederos y legatarios; e) Aceptación de herederos y legatarios; f) No repudiación de la herencia o de los legados; g) Toma de posesión de los bienes objeto de la herencia o de los legados y h) Partición y adjudicación de los bienes hereditarios.

a) La muerte del autor de la sucesión es de fundamental importancia en el derecho hereditario en virtud de que constituye el supuesto jurídico condicionante de todos los efectos o consecuencias que puedan producirse en esa rama.

b) El testamento es un acto jurídico personalísimo, revocable y libre, por virtud del cual una persona capaz dispone de sus bienes, derechos y obligaciones a título universal o particular, instituyendo herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de su muerte.

El papel del testamento como supuesto jurídico del derecho hereditario es de fundamental importancia para la sucesión que se opera por voluntad del de cujus. Por consiguiente, su papel queda limitado sólo a la sucesión testamentaria y debe combinarse con la muerte del testador para que produzca sus consecuencias jurídicas.

c) El parentesco, el matrimonio y el concubinato son supuestos especiales de la sucesión legítima que combinados con la muerte del autor de la herencia, operan la transmisión a título universal en favor de determinados parientes consanguíneos, cónyuge supérstite y concubina, en ciertos casos. Se requiere además una condición negativa, consistente en que el autor de la herencia no haya formulado testamento.

d) La capacidad de goce en los herederos y legatarios es esencial para que puedan adquirir por herencia o legado. La ley en principio considera que toda persona tiene capacidad de goce para heredar y así lo declara en el artículo 1313 del Código Civil.

e) La aceptación de herederos y legatarios es un supuesto jurídico tanto en la sucesión legítima para los primeros, cuanto en la testamen-

taria para ambos, que sólo tiene como consecuencias hacer irrevocable y definitiva la calidad de unos u otros, así como evitar la prescripción de diez años por no reclamar la herencia, a que se refiere el artículo 1652.

f) La no repudiación de la herencia o del legado es un supuesto jurídico negativo esencial para que se puedan producir las consecuencias del derecho hereditario.

g) La toma de posesión de los bienes objeto de la herencia o del legado no produce consecuencias en nuestro sistema hereditario para adquirir el dominio o la posesión originaria, pues estos efectos se producen desde el día y hora de la muerte del de cujus, de tal manera que aun cuando el heredero o legatario no tengan materialmente la posesión de los bienes, se les reputa verdaderos poseedores en derecho.

4.—*Consecuencias del derecho hereditario.*—Las consecuencias del derecho hereditario pueden ser, como en el derecho en general, de dos grandes categorías o clases: coactivas y no coactivas. En las primeras tenemos la creación, modificación y extinción de las sanciones jurídicas y su aplicación. En las segundas se agrupan todas las relativas a la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos, obligaciones o situaciones jurídicas concretas. En los objetos jurídicos directos tomaremos principalmente en cuenta las diferentes formas de inexistencia, nulidad, rescisión, caducidad, incapacidad de goce y todas aquellas que produzcan la ineficacia de los actos o situaciones jurídicas concretas.

De acuerdo con lo expuesto, el estudio de las consecuencias jurídicas tiene por objeto determinar si nace un derecho subjetivo de heredar en las sucesiones legítima y testamentaria. Resuelta esta primera cuestión fundamental deben analizarse también cuáles son los derechos y obligaciones que nacen, se transmiten, se modifican o se extinguen con la muerte del autor de la sucesión. Especialmente el derecho hereditario se ocupa de la transmisión a título universal y particular que se realiza a propósito de herederos y legatarios, con la modificación y extinción de ciertos derechos y obligaciones patrimoniales y no patrimoniales.

5.—*Objetos del derecho hereditario.*—El estudio de los objetos del derecho hereditario comprende dos grandes partes: los objetos directos y los objetos indirectos de esa rama del derecho civil.

Los objetos directos del derecho en general, comprenden tanto los derechos subjetivos como los deberes jurídicos y las sanciones, es decir, tienen que ser necesariamente formas de conducta humana en su interferencia intersubjetiva que se manifiestan en facultades, deberes y sanciones. Por consiguiente, los objetos directos del derecho hereditario se referirán a los derechos, obligaciones y sanciones relacionados con la herencia, por cuanto que se manifiestan en formas de conducta intersubjetiva, es decir, de conducta jurídicamente regulada.



El estudio de los objetos del derecho hereditario comprende asimismo los objetos indirectos sobre los cuales recae o se relaciona la conducta humana en su interferencia intersubjetiva que se manifiesta en facultades, deberes y sanciones. Ahora bien, estos objetos indirectos pueden ser por su naturaleza universalidades jurídicas, partes alícuotas de las mismas, universalidades de hecho, bienes corporales e incorporales, servicios y prestaciones que constituyen la materia patrimonial, tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria.

Atendiendo a esa diversidad de objetos indirectos, el derecho hereditario se ocupa en primer término de los problemas relacionados con la herencia como universalidad jurídica y por lo tanto debe darse especial atención al patrimonio hereditario, a la copropiedad que nace de la herencia, a la separación entre los patrimonios personales de los herederos y el que integra la masa sucesoria, al beneficio de inventario, a la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes objeto de la herencia o del legado, a la administración de la herencia, al inventario y avalúo, a la liquidación y partición de la herencia y a la transmisión hereditaria del patrimonio familiar.

6.—*Relaciones jurídicas del derecho hereditario.*—El estudio del título sexto comprenderá las distintas relaciones jurídicas que pueden presentarse entre la diversidad de interesados en la herencia, tales como los herederos, los legatarios, los albaceas e interventores, los acreedores y deudores hereditarios, y excepcionalmente los acreedores y deudores personales de los herederos y legatarios.

Se pueden combinar las diversas posibilidades de intervención de los diferentes sujetos del derecho hereditario para poder determinar relaciones jurídicas de todos ellos entre sí. Tomando como base tres de dichos sujetos o sean, los herederos, los legatarios y los albaceas, pueden formarse las siguientes relaciones.

a) Relaciones de los herederos entre sí y con los legatarios, el o los albaceas, los acreedores hereditarios, los deudores de la herencia y los acreedores y deudores personales de los herederos.

b) Relaciones de los legatarios entre sí y con los acreedores y deudores de la herencia, el o los albaceas y sus acreedores y deudores personales.

c) Relaciones de los albaceas entre sí y con los interventores de la herencia, los acreedores y deudores hereditarios.

La relación jurídica implica la articulación de todos los elementos simples que intervienen como conceptos jurídicos fundamentales en todas las disciplinas del derecho. Podemos considerar que tales elementos simples son los sujetos, los supuestos, las consecuencias y los objetos jurídicos (derechos subjetivos, deberes jurídicos, sanciones y coacciones).

## TITULO II

### SUJETOS DEL DERECHO HEREDITARIO

#### CAPITULO I

##### DEL AUTOR DE LA HERENCIA

1.—*El papel del autor de la herencia como sujeto del derecho hereditario.*—La función del autor de la herencia como sujeto del derecho hereditario es radicalmente distinta en ambas sucesiones: *la legítima y la testamentaria*. En la primera podemos decir que desempeña un papel de simple punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal, extinguiéndose su personalidad con motivo de su muerte, sin que sean admisibles las ficciones de continuidad o supervivencia de dicha personalidad en el heredero, o de representación jurídica de éste respecto del de cuius.

En la sucesión testamentaria el testador sí es un sujeto del derecho hereditario cuya conducta jurídica se encuentra regulada no sólo para dictar válidamente su testamento, sino también para definir hasta dónde alcanza el poder de su voluntad por reconocimiento de la norma y en qué aspectos debe subordinarse a disposiciones prohibitivas o imperativas que lo obligan a disponer en cierta forma de sus bienes según diversas legislaciones que no admitan plenamente la libertad de testar, o que los sometan a la necesidad jurídica de asegurar alimentos a ciertas personas, bajo la sanción de que el testamento será inoficioso en caso contrario, reduciéndose en la medida conducente para cumplir con esa obligación.

Sucesivamente determinaremos por lo tanto el diverso papel del autor de la herencia en ambas sucesiones.

2.—*Función del autor de la herencia como sujeto en la sucesión legítima.*—En la sucesión legítima o ab intestado el de cuius se toma como punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal en favor de aquellas personas que por virtud del parentesco, matrimonio

y concubinato, en nuestro derecho, y a falta de ellas el Estado, son llamadas a heredar por disposición de la ley, en el orden, términos y condiciones que la misma establece. Puede el derecho positivo imponer la transmisión a título universal, sin que exista la libertad de testar, puede reconocerla en parte como ocurre en la institución de la legítima o bien, puede dejar la libertad absoluta de testar, limitándola sólo a la obligación de dejar alimentos a determinadas personas.

En el antiguo derecho germánico se consagra el principio de que los herederos son creados por Dios en virtud del vínculo consanguíneo, de tal manera que por testamento el de cuius sólo puede instituir legatarios respetando la porción legítima de los herederos. El derecho francés sigue fundamentalmente este sistema. Los herederos legítimos adquieren de pleno derecho los bienes, derechos y acciones del difunto, con las deudas hereditarias (Art. 724 del Código Napoleón). Conforme al Art. 723 se llama primero a los parientes legítimos y a falta de ellos a los hijos naturales. En su defecto al cónyuge supérstite y si no existe, al Estado. Por modificación del Art. 724 los herederos legítimos y naturales adquieren de pleno derecho los bienes, derechos y acciones del difunto, con la obligación de pagar las deudas y cargas de la herencia. En cambio, el cónyuge supérstite y el Estado deben pedir que se les ponga en posesión. Puede considerarse según la reforma mencionada (Ley de 25 de marzo de 1896), que en el derecho francés existen dos clases de herederos: *los regulares y los irregulares*. Los primeros comprenden los parientes *legítimos y los naturales* (hijos y padres del de cuius). Los segundos son aquellos que heredan por *un título distinto, cónyuge supérstite, Estado y hermanos naturales*.

Nuestro régimen jurídico reconocido en el Código Civil de 1870, consagró el segundo sistema en la institución denominada "De la Legítima", a efecto de que las cuatro quintas partes de la herencia correspondieran a los hijos legítimos o legitimados, quedando en consecuencia sólo una quinta parte del caudal hereditario como susceptible de disposición libre por el testador. Por legítima se entendía la parte que forzosamente debería respetar el testador a sus parientes consanguíneos en línea recta descendente o ascendente en su caso. Si se violaba la legítima, se reducía la disposición testamentaria hasta el límite necesario para cumplir con aquélla. Además, la legítima comprendía la parte líquida de la herencia después de deducir las deudas hereditarias. Cuando no existían hijos legítimos o legitimados, la legítima de los naturales sólo comprendía las dos terceras partes del caudal hereditario, líquido, reduciéndose a la mitad para los hijos espurios. En cuanto a los ascendientes legítimos de primer grado (padre o madre), la legítima comprendía las dos terceras

partes del citado caudal líquido. Si eran padres naturales se reducía a la mitad. En el Código de 1870 se combinan las diferentes posibilidades según la concurrencia de hijos legítimos o legitimados con naturales y espurios, o de legítimos y naturales, naturales y espurios, etc., etc. También se combinaban dichas posibilidades con los ascendientes y descendientes en diversos grados.

Nuestro Código Civil de 1884 para el Distrito y Territorios Federales consagró la libertad de testar después de una viva polémica suscitada en el seno de la comisión encargada de elaborar ese ordenamiento.

3.—*Teorías que han pretendido explicar la continuidad de la personalidad del de cuius a través de los herederos.*—Conforme a estas tesis que son verdaderas ficciones, se pretende exaltar la personalidad del de cuius al grado de imaginar que sobrevive en los herederos. También se ha ocurrido al artificio de decir que el heredero es un representante del autor de la sucesión, sin parar mientes en que no puede haber representación jurídica cuando el representado ha muerto.

Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, traduc. de Ramón Serano Suñer y José de Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1931, v. II, págs. 971 y 972.

No necesitamos recurrir a la teoría de que el heredero continúa la personalidad del de cuius o lo representa para poder definir el papel de este último como sujeto del derecho hereditario en la sucesión legítima. Rechazamos la tesis, en virtud de que el status de la persona está integrado por todo el conjunto de sus derechos y deberes subjetivos, tanto públicos como privados, patrimoniales o no patrimoniales, absolutos o relativos y, por lo tanto, la muerte necesariamente tiene que extinguir gran parte de esa esfera jurídica e incluso terminar con ciertos derechos y deberes patrimoniales del difunto. Lo que verdaderamente ocurre es una continuidad patrimonial a través del heredero, quien recibe el universum jus del difunto en calidad de entidad jurídica distinta de sus elementos, por lo que a pesar de que se extingan algunos derechos u obligaciones estrictamente personales, pasa el patrimonio como universalidad jurídica del causante al causahabiente. Ahora bien, si ésta es la verdadera realidad jurídica y es indiscutible que la personalidad del de cuius se extingue sin que podamos hablar de continuidad de ella o de representación a través del heredero, de aquí no podemos inferir que el de cuius deje de ser sujeto del derecho hereditario, pues independientemente de que en el régimen de la legítima que ya no acepta nuestro sistema, tiene que ajustarse a las limitaciones impuestas a su libertad de testar, en todo caso se parte de la extinción de su personalidad cualquiera

que sea el sistema hereditario, para la apertura de la sucesión y para referir a ella todas las consecuencias importantes del proceso sucesorio, así como para tomar en cuenta la declaratoria de presunción de muerte en los casos de ausencia. También por lo que se refiere al patrimonio tenemos que descansar en la personalidad del de cujus para que sirva de punto de referencia en la transmisión hereditaria, dado que hablamos de causante y causahabiente a título universal. Lógicamente esta forma de sucesión requiere dos sujetos: el causante y el causahabiente, aun cuando el primero no tenga que someterse a normas jurídicas para la transmisión hereditaria, es decir, su conducta no se encuentre jurídicamente regulada en ese sentido, sufriendo sólo el patrimonio las consecuencias inherentes a su transmisión, dado que por hipótesis el titular del mismo ha dejado de existir.

## CAPITULO II

### DE LOS HEREDEROS

1.—*Diversidad de sistemas.*—Fundamentalmente existen dos sistemas, a través de los cuales se determina el diverso papel de los herederos como sujetos del derecho hereditario: a) El del beneficio de inventario con separación de patrimonios y b) El que no admite el citado beneficio por ministerio de ley, trayendo consigo la reunión de patrimonios (el personal del heredero y el hereditario).

En el primer sistema la aceptación de la herencia se entiende siempre con el beneficio de inventario, aun cuando no se exprese y, por lo tanto, no produce confusión entre el patrimonio personal del heredero y el que recibe en herencia. Este es el sistema adoptado en nuestro derecho, conforme al artículo 1678 del Código Civil: "La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese". Confirma la idea el artículo 2208 concebido así: "Mientras se hace la partición de una herencia, no hay confusión cuando el deudor hereda al acreedor o éste a aquél".

En este primer sistema la separación de patrimonios es consecuencia jurídica necesaria de la ley que sin necesidad de que se invoque el beneficio de inventario lo aplica ipso jure. En cambio, en las legislaciones en las que no funciona de pleno derecho, tiene que hacerse

valer pidiendo la separación, bien sea por los herederos, los legatarios o los acreedores de la herencia en su caso. También los acreedores personales de herederos o legatarios tienen interés en que se haga valer el beneficio de inventario.

El segundo sistema es el que acepta la confusión de patrimonios debido a que el beneficio de inventario no opera por ministerio de ley. En consecuencia, el heredero no sólo responde con los bienes hereditarios para pagar las dudas del difunto, sino también con sus bienes personales. Sólo que invoque el beneficio de inventario se determinará la separación entre su patrimonio personal y el de la herencia. Este es el sistema seguido en el derecho latineuropeo y en algunas legislaciones latinoamericanas.

2.—*El heredero como adquirente a título universal.*—Además de los preceptos que hemos indicado, el artículo 1284 estatuye:

“El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda”.

Conforme a este precepto el heredero es un verdadero continuador del patrimonio del de cuius y representa todas sus relaciones activas y pasivas de carácter pecuniario, pero con el límite que establece el beneficio de inventario. Sólo responde de las cargas de la herencia hasta donde lo permita el activo. Por cargas hereditarias deben entenderse las deudas u obligaciones personales del difunto y aquellas que tienen, además, garantía real, tales como las hipotecarias, prendarias o anticréticas. Las cargas reales que afecten a los bienes de la herencia y que, por lo tanto, implican derechos reales en favor de terceros (usufructo, uso, habitación, servidumbres, enfiteusis, etc.), pasan necesariamente a formar parte del pasivo hereditario por cuanto que continúan gravando los bienes afectados.

3.—*Institución del heredero.*—Los artículos 1378 a 1390 del Código Civil contienen reglas sobre la institución de herederos. Conforme a las mismas tal institución no es esencial para la validez del testamento, de tal manera que éste puede existir aun cuando aquélla no exista, o bien, cuando el heredero instituido no acepte la herencia o sea incapaz de heredar. En estos dos últimos casos existe una caducidad del derecho del heredero de acuerdo con las fracciones II y III del artículo 1497, que para los efectos jurídicos equivale a que no se le hubiere instituido como tal. Previene el artículo 1379 que en los tres casos a que antes se ha hecho referencia se deberán cumplir las de-

más disposiciones testamentarias que estuvieran hechas conforme a las leyes.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 1154.

4.—*Institución de heredero pura y simple e institución condicional o sujeta a modalidades.*—Los herederos pueden instituirse sin sujetar su designación a modalidades (condiciones, términos, cargas o mancomunidad). En este caso la institución se denomina pura y simple.

También es posible subordinar las instituciones de herederos a condiciones suspensivas o resolutorias. No se les puede afectar a términos, según veremos. Si cabe imponer cargas o modos en su designación o hacer una institución conjunta de tal manera que la voluntad del testador sea en el sentido de instituirlos colectivamente y de manera mancomunada. Cada una de estas modalidades serán analizadas por separado.

De acuerdo con los artículos 1344 a 1360 el testador es libre para imponer condiciones al disponer de sus bienes y, por lo tanto, para subordinar las instituciones de herederos o legatarios a condiciones suspensivas o resolutorias.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 1156 y 1157.

Tanto las condiciones suspensivas como resolutorias deben ser lícitas y posibles en sentido físico y jurídico. La ilicitud de las condiciones motivará la nulidad de la institución de herederos o legatarios. En este sentido el artículo 1347 sólo se refiere a las condiciones imposibles sin mencionar las ilícitas, pero aplicando el régimen de las obligaciones condicionales, conforme al artículo 1943 debemos concluir que las condiciones prohibidas por la ley o contrarias a las buenas costumbres, anulan la institución que de ellas dependa.

Respecto a las condiciones imposibles tanto en sentido físico como jurídico, el artículo 1347 dispone que será nula la institución de heredero o legatario que de ellas dependa. El artículo 3251 del Código Civil de 1884 declaraba no puesta la condición física o legalmente imposible y, por lo tanto, válida la institución de heredero o legatario. En nuestro concepto ambas soluciones son falsas. En efecto, si se trata de una condición suspensiva imposible, la institución de heredero debe ser inexistente, toda vez que jamás podrá llegar a nacer su derecho, pues por hipótesis se sabe de antemano que el acontecimiento futuro e incierto nunca tendrá realización. Si es imposible la condición resolutoria, entonces la institución debe ser válida, pues por

adelantado se tiene la certeza de que jamás se realizará el acontecimiento futuro e incierto del cual dependa que se resuelva el derecho del heredero, es decir, éste para nada resultará afectado en cuanto a su existencia jurídica.

En cuanto a la imposibilidad de la condición, ésta debe juzgarse en el momento de la muerte del testador y no en el de la facción del testamento, pues lo que importa es que el hecho sea posible o imposible una vez abierta la sucesión testamentaria, ya que hasta entonces existirá la posibilidad jurídica de que el heredero pueda adquirir. Antes sólo hay una expectativa de derecho que el testador podrá cambiar en todo tiempo con la revocación de su testamento.

Mateos Alarcón, ob., cit., págs. 27, 28 y 29.

Para determinar los efectos de las condiciones, la doctrina distingue tres momentos:

Primero: Antes de que la condición se cumpla;

Segundo: Una vez cumplida la condición, y

Tercero: Cuando exista certeza de que la condición no podrá realizarse.

Analizaremos los efectos en los tres casos señalados:

Primero: Antes de que se cumpla la condición suspensiva el derecho del heredero o legatario no puede nacer. Su existencia depende justamente de un acontecimiento futuro de realización incierta.

Si la condición es resolutoria, entonces nace desde luego el derecho del heredero o del legatario como si fuera puro y simple; pero su existencia jurídica dependerá de que no se realice la condición. Por consiguiente, en este caso el heredero o legatario deben recibir lo que les corresponda con los frutos respectivos desde el día y hora de la muerte del autor de la sucesión, con la posibilidad de restituirlos si la condición resolutoria se cumple.

Segundo: Una vez cumplida la condición suspensiva se retrotraen sus efectos y el derecho del heredero o del legatario se tienen por existentes desde día y hora de la muerte del de cujus. Se requiere, además, que el heredero o legatario vivan cuando se cumpla la condición, pues si hubieren fallecido antes caducarán sus derechos, no obstante que después se realice el acontecimiento futuro y que por su alcance retroactivo debiera considerarse como existente el derecho antes de la muerte. En este sentido prescribe el artículo 1360: "La condición que se ha cumplido existiendo la persona a quien se impuso, se retrotrae al tiempo de la muerte del testador, y desde entonces de-



ben abonarse los frutos de la herencia o legado, a menos que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa”.

A su vez el artículo 1497 dice:

“Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios: I.—Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que depende la herencia o el legado”

Tratándose de las condiciones resolutorias, una vez cumplidas, se destruye o resuelve el derecho del heredero o del legatario, también con alcance retroactivo a menos que el testador hubiese dispuesto lo contrario. Por lo tanto, deberán restituir lo que hubieren recibido con sus frutos.

Al extinguirse totalmente el derecho del heredero o del legatario por el cumplimiento de la condición resolutoria, debe abrirse la sucesión legítima para aquellos bienes que vuelven a la masa hereditaria debido al efecto restitutorio de esa modalidad.

Tercero: En aquellos casos en que exista certeza de que la condición suspensiva no podrá cumplirse, por haber transcurrido el plazo que se señaló para su realización o bien, porque dada su naturaleza no podrá tener verificación fuera de cierta época, entonces el derecho del heredero o legatario no llega a nacer y deberá abrirse la sucesión legítima por la parte que se les hubiese asignado. En este sentido el artículo 1599 dispone que: “La herencia legítima se abre: III.—Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero”. El caso de certeza absoluta en cuanto a que ya no podrá cumplirse la condición es igual al de no cumplimiento definitivo y, por lo tanto, debe tener la misma solución jurídica.

Respecto a las condiciones resolutorias, dado que el derecho del heredero o del legatario produce desde luego sus efectos, como si la institución fuere pura y simple, una vez que se tiene certeza de que la condición ya no podrá cumplirse, motivará que se consolide definitivamente.

5.—*Imposibilidad jurídica de afectar a un término la institución de herederos.*—Esta imposibilidad resulta de un texto expreso de la ley. El artículo 1380 estatuye: “No obstante lo dispuesto en el artículo 1344, la designación del día en que deba comenzar o cesar la institución de heredero, se tendrá por no puesta”.

Según el mencionado precepto, el testador no podrá sujetar la institución de heredero ni a término suspensivo, ni a término extin-

tivo, pues en ambos casos se tienen por no puestos y, por lo tanto, la institución surtirá sus efectos como si fuera pura y simple. En cambio, la institución de legatario sí puede quedar sujeta a términos suspensivos o extintivos como se desprende de los artículos 1363 a 1367.

Sólo por razones de tipo tradicional se sigue consagrando en los códigos la prohibición de sujetar la institución de heredero a un término suspensivo o extintivo, pues la técnica jurídica puede solucionar el caso sin que la herencia quede sin titular, evitándose así el inconveniente de que el patrimonio hereditario carezca de dueño. En efecto, si el heredero queda sujeto a un término extintivo, al extinguirse su derecho por la llegada del día prefijado se abrirá la sucesión legítima. Es verdad que el heredero fue un simple usufructuario y los sucesores legítimos adquirirán la propiedad, sólo que este efecto se producirá no el día y hora de la muerte del de cujus, sino hasta la llegada del término. Tratándose del término suspensivo, como existe la certeza de que a partir de cierto día adquirirá el heredero, correspondiéndole sólo los frutos de los bienes que reciba desde la fecha de realización del término, deberá también abrirse la sucesión legítima para que entretanto el usufructo corresponda a los herederos por disposición de la ley. No existe inconveniente jurídico alguno para que en el primer caso el heredero sujeto a término extintivo sea un simple usufructuario y en el segundo, para que tal calidad corresponda a los herederos legítimos en espera de que llegue el día que permitirá al heredero testamentario sujeto a término suspensivo recibir lo que se le hubiese dejado.

El sistema jurídico observado por el legislador al permitir condiciones suspensivas y resolutorias en la institución de los herederos nos está demostrando que es más grave la situación de incertidumbre respecto a quien o quienes serán en definitiva los titulares de la herencia.

Respecto al término extintivo, si se le compara con la condición resolutoria, se advertirá también que si la ley permite en el segundo caso la extinción del derecho por realizarse el acontecimiento futuro e incierto, llamando entonces a los herederos legítimos, también deberá aceptarse igual solución para el caso de que el derecho del heredero dependa de un término extintivo. La única diferencia consiste en que el heredero tendrá el carácter de usufructuario, eliminándose así la incertidumbre en cuanto a su calidad, pues necesariamente llegará el día en que los herederos legítimos reciban su parte.

6.—*Modo y forma en la institución de herederos.*—Los artículos 1381 a 1390 determinan el modo y forma en que deberá hacerse la institución de heredero, de acuerdo con las reglas siguientes:

a) El heredero debe siempre instituirse respecto a partes alícuotas del patrimonio hereditario, indicando mediante un quebrado la porción que represente. Por ejemplo, una mitad o una quinta parte de toda la masa integrada por activo y pasivo. Si el heredero se instituyere respecto de cosas o bienes determinados deberá tenerse como legatario de acuerdo con el artículo 1382. No obstante esta disposición expresa, la ley en algunos casos no la aplica en sus términos, como ocurre en el artículo 1770 en el que expresamente se alude a la designación de bienes determinados en la institución de herederos.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 1155.

b) El heredero debe ser instituido designándolo por su nombre y apellido, dice el artículo 1386; y si hubiere varios que tuvieren el mismo nombre y apellido deben agregarse otros nombres y circunstancias que distingan al que se quiera nombrar. Permite el artículo 1387 que se designe al heredero sin dar su nombre, siempre y cuando el testador lo identifique de modo indubitable, de lo contrario la institución no producirá efectos. El error en el nombre, apellido o cualidades del heredero originará la ineficacia de la institución si no puede indentificársele a través de otros medios o pruebas. (Art. 1388).

c) La designación de heredero puede ser individual o colectiva. La primera es aquella en la que el testador designa nominalmente al heredero y la segunda cuando se refiere a un conjunto de personas, siempre y cuando exprese claramente su voluntad en el sentido de que será el grupo integrado por varios individuos, el designado como heredero.

d) La designación de herederos puede ser simultánea o sucesiva. En la primera todos son instituidos para entrar desde luego en el goce de sus derechos a la muerte del testador; en la segunda se sujeta la adquisición hereditaria al orden señalado en el testamento y conforme a las condiciones o requisitos que en el mismo se precisen.

e) La institución de heredero puede ser subcausa, que es aquella en la cual el testador declara el motivo que lo indujo a hacer la designación. El artículo 1304 estatuye que: "la expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita". Este precepto debe entenderse en el sentido de que la causa ilícita a que se refiere no sea determinante de la voluntad del testador. Si fuese el fin o motivo determinante deberá anular la institución de acuer-

do con las reglas generales que el propio Código reconoce en los artículos 1830, 1831 y 2225. En este último se previene en general para el acto jurídico que "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley". Por consiguiente, no hay motivo para considerar que en el caso del testamento se deroga esta regla general, considerando que a pesar de que sea ilícito el fin o el motivo determinante de la voluntad del testador para instituir a determinado heredero, la institución sea válida y simplemente se declare no escrita la causa ilícita. Seguramente el artículo 1304 se ha referido a la expresión de una causa ilícita pero no determinante de la voluntad. Confirma esta tesis el artículo 1301 que se refiere a un caso análogo. Dice así: "Las disposiciones hechas a título universal o particular no tienen ningún efecto cuando se funden en una causa expresa, que resulte errónea si ha sido la única que determinó la voluntad del testador". Para este caso de causa falsa se establece la nulidad de la institución, si es determinante de la voluntad del testador. Por consiguiente, si no lo es deberá tenerse por no puesta la causa errónea.

7.—*Interpretación de la voluntad del testador en la institución de herederos.*—En las reglas anteriormente comentadas ya se han determinado las bases principales para precisar la voluntad del testador en la institución de herederos o legatarios. Además, el artículo 1302 nos da el siguiente criterio: "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados".

Mateos Alarcón, ob. cit., págs. 136 y 137.

El artículo 1302 plantea en materia testamentaria el mismo problema de interpretación que existe para los contratos y en general para los actos jurídicos.

Dos tesis se han venido disputando la primacía a efecto de definir cómo debe interpretarse la voluntad del autor de un acto jurídico: a) La denominada voluntad interna o subjetiva, y b) La de la voluntad declarada u objetiva.

Conforme a la teoría de la voluntad interna, cuando hubiese duda en el sentido literal de las palabras empleadas en la expresión del con-

sentimiento o de la voluntad unilateral, deberá prevalecer la intención verdadera que en su caso el Juez investigará acudiendo a todos los medios conducentes y recibiendo, por lo tanto, todas las pruebas que en derecho procedan. Esta es la tesis que hemos aceptado en materia de testamentos según se desprende del segundo párrafo del artículo 1302 al prevenirse que en el caso de duda sobre la inteligencia de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la intención del testador. Para este efecto se toma en cuenta no sólo el tenor del testamento sino la prueba auxiliar que pueda rendirse por los interesados. En el mismo sentido el artículo 1851 estatuye para contratos: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

De acuerdo con la teoría de la voluntad declarada debe estarse a los términos literales del acto jurídico, de tal manera que no es lícito que en el caso de duda el Juez practique una investigación para desentrañar lo que hubiere sido la verdadera intención de su autor. Se invoca la seguridad dinámica respecto de terceros a fin de que exista seguridad en las transacciones y todo mundo sepa a qué atenerse al entrar en relaciones jurídicas con aquel que finca sus derechos en el tenor literal de un contrato, de un testamento o de un acto jurídico. Si posteriormente se le diere otra interpretación a la declaración de voluntad que se desprende del tenor literal de un documento, habría una sorpresa indebida, en contra de los terceros de buena fe y la desconfianza reinaría en todo género de operaciones. Esta teoría sostiene que para el caso de duda respecto al alcance literal, el Juez sí debe interpretar, determinando el sentido del acto jurídico, pues toda hipótesis de duda requiere necesariamente una interpretación, pero no se admite que se pueda echar mano de medios o recursos ajenos al acto, es decir, a su expresión literal, permitiéndole al Juez que desentrañe la verdadera intención que como cosa íntima no fue exteriorizada y, por lo tanto, permanece fuera del acto jurídico. Si hubiese elementos que permitan directamente interpretar la voluntad sujetándose a los términos declarados, evidentemente que el Juez sí debe definir el alcance de esa voluntad pero sin salirse de dichos términos. En cambio, si se le permite acudir a pruebas o medios distintos o complementarios, en realidad se suple la voluntad del autor del acto jurídico o se altera en relación con los terceros que no tuvieron otra base para entrar en relaciones jurídicas con el o los interesados en dicho acto, que la propia expresión literal del mismo.

8.—*Inexistencia, nulidad, caducidad y revocación en la institución de herederos.*—Al desarrollar el título tercero nos referiremos a los diferentes problemas relacionados con la inexistencia, nulidad, caducidad y revocación en la institución de herederos.

9.—*La institución de heredero debe ser hecha directamente por el testador.*—Imperativamente estatuye el artículo 1297 que: "Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero". O dicho en sentido positivo: el nombramiento de heredero o la designación del legatario, así como las cantidades que a ellos correspondan, deben ser hechos por el testador sin que pueda dejarlas al arbitrio de un tercero.

10.—*Institución en favor de los parientes del testador o de los pobres en general.*—"La disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador —dice el artículo 1300—, se entenderá que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima". En consecuencia, conforme al artículo 1604, los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, exceptuándose el caso de la herencia por estirpes en favor de los descendientes del de cujus y de sus sobrinos en la forma y términos a que se refieren los artículos 1609, 1610 y 1632. También debe comprenderse aquí como excepción la consignada en favor de los ascendientes del segundo o ulterior grado, dado que en la herencia por líneas conforme al artículo 1618 cada mitad en la que se hubiere dividido la herencia, se subdividirá por partes iguales entre todos los ascendientes de una misma línea, concurriendo así abuelos, bisabuelos, etc.

Conforme al artículo 1298: "Cuando el testador deje como herederos o legatarios a determinadas clases formadas por número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los hhuérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse, observando lo dispuesto en el artículo 1330". En este precepto se previene que: "Las disposiciones testamentarias hechas en favor de personas de escasos recursos económicos en general, se regirán por lo dispuesto en la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal. Las hechas en favor de las iglesias o instituciones religiosas, se sujetarán a lo dispuesto en los artículos 27 de la Constitución Federal y 24 de la citada Ley."

11.—*El heredero no es un representante del de cuius.*—En el derecho moderno, y en el mismo derecho romano, se comprueba una evolución de fundamental importancia: la herencia y, especialmente, el testamento, tienen un objeto de naturaleza económica, operar la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones del de cuius. Es decir, lograr la continuidad patrimonial.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, págs. 148 a 149.

Pierde todo su valor la finalidad religiosa y social que aceptó el primitivo derecho romano, consistente en considerar al heredero como un continuador de la potestad y del culto en el hogar, y se impone una finalidad de carácter económico, para permitir la estabilidad del crédito, la firmeza de la contratación y la regularidad en las relaciones patrimoniales. Esta finalidad sólo puede obtenerse reputando al heredero como un continuador del patrimonio, tanto en sus relaciones activas como pasivas. Considerándolo como un sujeto responsable de las obligaciones de la herencia, y como un titular de los derechos reales y personales que por su naturaleza no se extinguen con la muerte. Esta finalidad económica se considera esencial para el régimen de los contratos. Todo el sistema de obligaciones y contratos perdería su firmeza si con la muerte del acreedor o del deudor, se extinguieran sus derechos y sus obligaciones. La muerte no debe tener ninguna consecuencia de orden patrimonial que perjudique a los terceros jurídicamente interesados. Este es el ideal que se propone el derecho; que el fenómeno de la muerte no origine un trastorno, una extinción o modificación en las relaciones patrimoniales que afecten a terceros; *todo el derecho hereditario persigue como finalidad organizar un sistema jurídico que permita la continuidad patrimonial en todos aquellos derechos reales y personales que no dependan necesariamente de la vida del titular.* No se obtiene una continuidad patrimonial absoluta, porque el heredero sólo puede ser sujeto activo o pasivo de ciertos derechos reales y personales del difunto. No obstante que la continuidad patrimonial en el derecho hereditario no es absoluta, se logra su finalidad, al garantizar respecto de terceros todas aquellas relaciones activas y pasivas que por su interés jurídico puedan persistir después de la muerte.

Ruggiero, ob. cit., t. II, pág. 1013.

Encontramos todavía en el Código Napoleón, en el italiano, en el proyecto de García Goyena, en el portugués, que inspiran a nuestra legislación de 1870, la idea de que el heredero es un continua-

dor de la persona del difunto y, además, un representante del mismo. Es decir, se hacen dos afirmaciones inexactas y sobre todo ficticias. El heredero no es un continuador de la persona, porque el status, en su esfera patrimonial y no patrimonial, sufre modificaciones sustanciales y, sobre todo, porque la personalidad jurídica se extingue con la muerte. *Hay una ficción al declarar que el heredero continúa la personalidad jurídica del difunto, y una inexactitud al decir que continúan todos los derechos. También existe una ficción al declarar que el heredero es un representante del difunto.* La representación jurídica supone necesariamente la existencia del representante y del representado y en la herencia, por virtud de la muerte, el representado ha dejado de existir.

Mateos Alarcón, ob. cit., págs. 6 y 7.

12.—*El heredero como continuador del patrimonio del de cuius.*— De tal manera que no es la personalidad del difunto la que continúa (ya explicaremos las relaciones del heredero con los acreedores y deudores de aquél), sino una personalidad nueva, la del heredero, que como causahabiente a título universal, tiene ya directamente en su patrimonio todo el conjunto de derechos y de obligaciones que fueron del difunto y que por su naturaleza no se extinguieron con su muerte. Y a esta idea de considerar al heredero como un causahabiente a título universal, responde la finalidad económica de que la muerte no cause trastornos perjudicando a todos aquellos terceros que han entrado en relación jurídica con el difunto. Y también este mismo concepto de heredero, constituye la forma jurídica correcta de explicar, sin recurrir a ficciones, por qué en el momento de la muerte todos aquellos derechos reales y personales no quedan sin sujeto. Asimismo, nos explica que el sujeto que continúa esos derechos reales y personales no es un representante del difunto, sino un titular en su propio nombre, que recibe la universalidad que constituye la herencia, para convertirse, a partir del momento de la muerte, en sujeto activo o pasivo de las relaciones patrimoniales de carácter real o personal del autor de la sucesión. Ya explicaremos dentro de esta idea del heredero como causahabiente a título universal, la separación de patrimonios que se opera desde el momento de la aceptación de la herencia, hasta la partición de la misma.

Valverde, ob. cit., 20 y 21.

A pesar de esta transmisión universal del patrimonio como entidad,



conviene precisar cuáles son los derechos patrimoniales que se extinguen con la muerte, tanto de naturaleza real como personal.

Respecto de los derechos reales, son transmisibles por herencia la propiedad, las servidumbres, los derechos de autor, la prenda, la hipoteca y la anticresis. Se extinguen con la muerte del titular: el usufructo, el uso y la habitación.

En cuanto a los derechos personales, en principio, se admite que todo derecho personal es transmisible por herencia. Sin embargo, conviene hacer una distinción, porque existen ciertos derechos personales nacidos de contrato que se extinguen con la muerte. Desde luego, todos los derechos personales que nacen de una fuente distinta del contrato, son transmisibles hereditariamente. Estas fuentes diversas del contrato son: La declaración unilateral de la voluntad, el enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, los hechos ilícitos, la responsabilidad objetiva y ciertas obligaciones nacidas de supuestos jurídicos naturales o relacionados con el hombre. Todos estos derechos de crédito no dependen de la persona del acreedor, es decir, no se le conceden como derechos personalísimos en atención a su capacidad o aptitud. Por consiguiente, son derechos que sí se transmiten hereditariamente.

Respecto a los derechos de crédito que nacen de contrato, en principio también podemos decir que se transmiten hereditariamente; pero existen ciertos derechos, que dependen exclusivamente de la persona del titular, dada su naturaleza, en atención a ciertas cualidades o aptitudes que originan un crédito que le permanecerá ligado exclusivamente durante un cierto tiempo o durante su vida. Tenemos desde luego los contratos que se llaman *intuitu personae*, que obedece a cierta confianza, capacidad o aptitud de la persona; como el depósito en el que el depositario es acreedor y deudor de ciertas prestaciones mediante un cargo de confianza; el mandato, en el que el mandatario cumple también una misión que se confía a sus aptitudes, capacidades y honradez. En esta clase de contratos, es evidente que la muerte del depositario o del mandatario, originan la extinción de ciertos derechos de crédito, tales como el de seguir custodiando el depósito, o representando al mandante. Los derechos de crédito relativos a la remuneración de los servicios prestados, que se traducen en una suma de dinero, si son transmisibles por herencia, pero los herederos del depositario o del mandatario no pueden pretender seguir en la custodia de la cosa, o en la representación del mandante.

## CAPÍTULO III

## DE LOS LEGATARIOS

1.—*Definición del legado.*—El legado, como la herencia, tiene dos acepciones, significa tanto el acto de transmisión a título particular de una cosa o derecho, como los objetos transmitidos. Generalmente el legislador, cuando emplea la palabra legado, se está refiriendo al objeto transmitido, es decir, a la cosa o al derecho objetos de una disposición testamentaria a título particular. El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, en favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente. De esta definición del legado se desprenden las siguientes consecuencias:

Primera.—El legado implica siempre una disposición a título particular; por consiguiente, el legatario adquiere un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales del autor de la sucesión, como acontece con el heredero. En tanto que el heredero adquiere el activo y pasivo, siempre bajo beneficio de inventario, y es un continuador del patrimonio del autor de la sucesión, transmitiéndosele en junto las relaciones patrimoniales activas y pasivas, el legatario simplemente es un adquirente a título particular de cierto bien, que no responde del pasivo ni continúa el patrimonio autor de la herencia.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 1170.

Segunda.—El legado constituye una liberalidad, es decir, una transmisión a título gratuito. Sin embargo, la ley habla de legados gratuitos y onerosos. El legado es oneroso sólo desde el punto de vista de que la cosa legada se transmite con una carga o gravamen, o bajo la condición de cumplir otro legado; pero a pesar de que se impone esta carga o condición, siempre existe un valor que se transmite gratuitamente, supuesto que la carga no puede ser superior al legado, y habrá un remanente, como en las donaciones onerosas que adquiere el legatario. Desde este punto de vista el legado siempre implica una transmisión gratuita; si la carga fuere igual o superior al valor del legado, no existiría propiamente éste.

Tercera.—Los legados se instituyen siempre por testamento. En tanto que la herencia puede transmitirse por testamento o por disposición

de la ley, existiendo dos clases de herederos: testamentarios y legítimos. En materia de legados sólo por virtud del testamento se pueden instituir y sólo existirán, por consiguiente, legados testamentarios.

Mateos Alarcón, ob. cit., t. VI, pág. 148.

Cuarta.—Finalmente, todo legado implica la transmisión de un bien determinado o determinable que puede consistir en un derecho, en una cosa, o en un servicio a cargo de un heredero, de otro legatario, o de la masa de la herencia. En el caso de heredero único, el legado recae sobre la masa de la herencia, pero está afectando a una persona determinada.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 1169 y 1170.

José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, Común y Foral. T. IV. Madrid, 1942, págs. 555 y 556.

Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo V, Valladolid, 1921, pág. 309.

2.—*Del legatario.*—Hemos indicado que el heredero es un continuador del patrimonio del autor de la herencia, que gracias a ello las relaciones jurídico-patrimoniales, activas y pasivas, se transmiten íntegras al heredero, siendo, por tanto, un causahabiente a título universal. En cambio, el legatario no continúa la personalidad del autor de la herencia ni las relaciones patrimoniales de éste; en tanto que para el heredero existe una transmisión del patrimonio como universalidad (el *universum jus del difunto*), como unidad abstracta, para el legatario existe simplemente una transmisión a título particular sobre un bien determinado. Esto origina que el legatario no responda de las relaciones patrimoniales activas o pasivas, quedando obligado sólo a pagar la deuda o carga con que expresamente el autor de la herencia grave el legado. Esta es la situación normal, sin embargo, excepcionalmente, puede el legatario asumir la función del heredero para representar al autor de la herencia y ser un continuador de su patrimonio. Esta situación excepcional se presenta cuando toda la herencia se distribuye en legados, de tal suerte que no hay institución de heredero. En este caso, como todo el activo hereditario se transmite a personas determinadas y a título particular, no podría dejarse el pasivo sin representante, sin continuador y sin que hubiere un sujeto responsable. Cuando existe heredero, éste es el que representa al autor, y responde del pasivo, a beneficio de inventario, es decir, hasta donde alcancen los bienes de la herencia. Cuando falte el heredero, es menester que exista un continuador; de lo contrario todas las relaciones

del autor de la herencia, activas y pasivas, quedarían sin sujeto a quién imputarlas. En este caso los legatarios a quienes se ha aplicado todo el activo hereditario, responden del pasivo hasta donde alcance el valor de los legados y continúan el patrimonio del autor de la herencia.

Además de esta situación en que se equipara al heredero con el legatario, existe otra semejante para imponer responsabilidad a los legatarios a pesar de que exista institución de heredero. Esto ocurre cuando los bienes dejados a éste son insuficientes para cubrir las deudas de la herencia. Entonces los legatarios responden y por esto su responsabilidad se llama subsidiaria. Si los bienes que se dejan al heredero alcanzan para cubrir el pasivo hereditario, el legatario recibe íntegro su legado. Pero, naturalmente que si esos bienes son insuficientes, no va a perjudicarse a los acreedores de la herencia, ya que existen otros bienes del autor de ella, que reportaban una prenda tácita para responder del pasivo hereditario. En este caso los legatarios responden subsidiariamente; primero se aplican los bienes dejados al heredero y la parte que falte para cubrir el pasivo habrá de distribuirse proporcionalmente entre los legatarios.

Precisada esta distinción entre herederos y legatarios, se aplican todas las normas que hasta ahora hemos estudiado. Es decir, deben observarse las mismas reglas que ya estudiamos para la institución del heredero o la del legatario. La capacidad para dejar bienes en el testamento por herencia es la misma que para dejar bienes en calidad de legado.

Las condiciones que pueden imponerse a los herederos, se aplican a los legatarios y las que anulan la institución de herederos, anulan la del legatario; por ejemplo, las condiciones imposibles, física o legalmente anulan tanto la institución de heredero como de legatario. La condición de testar a favor de determinada persona, impuesta al heredero o al legatario, anulan también la institución. Las condiciones que para el caso de herencia se reputan como no puestas, son aplicables también a los legados; por ejemplo, la condición de tomar estado, la de no impugnar el testamento, la de no dar o hacer que atenten contra la libertad personal del heredero o legatario.

El heredero no puede quedar sujeto a un plazo suspensivo ni a un término extintivo para que deje de serlo a partir de cierto momento. El heredero lo es desde un principio y definitivamente, nunca en forma temporal. En cambio, el legatario puede quedar sujeto a un término suspensivo o resolutorio. Si se transmite el legado bajo término suspensivo, el heredero responsable es simplemente usufructuario de él, para entregarlo cuando se cumpla el plazo fijado por el testador. Cuando se transmite un legado bajo término resolutorio, el legatario simplemente es usu-

fructuario del bien, mientras que se cumple el plazo y al vencer éste deberá entregarlo al albacea, para que entre en la masa hereditaria. Los artículos aplicables para fijar estas normas generales que se refieren a herederos como a legatarios, son los siguientes: 1391, 1345, 1380, 1363 y 1367 del Código Civil.

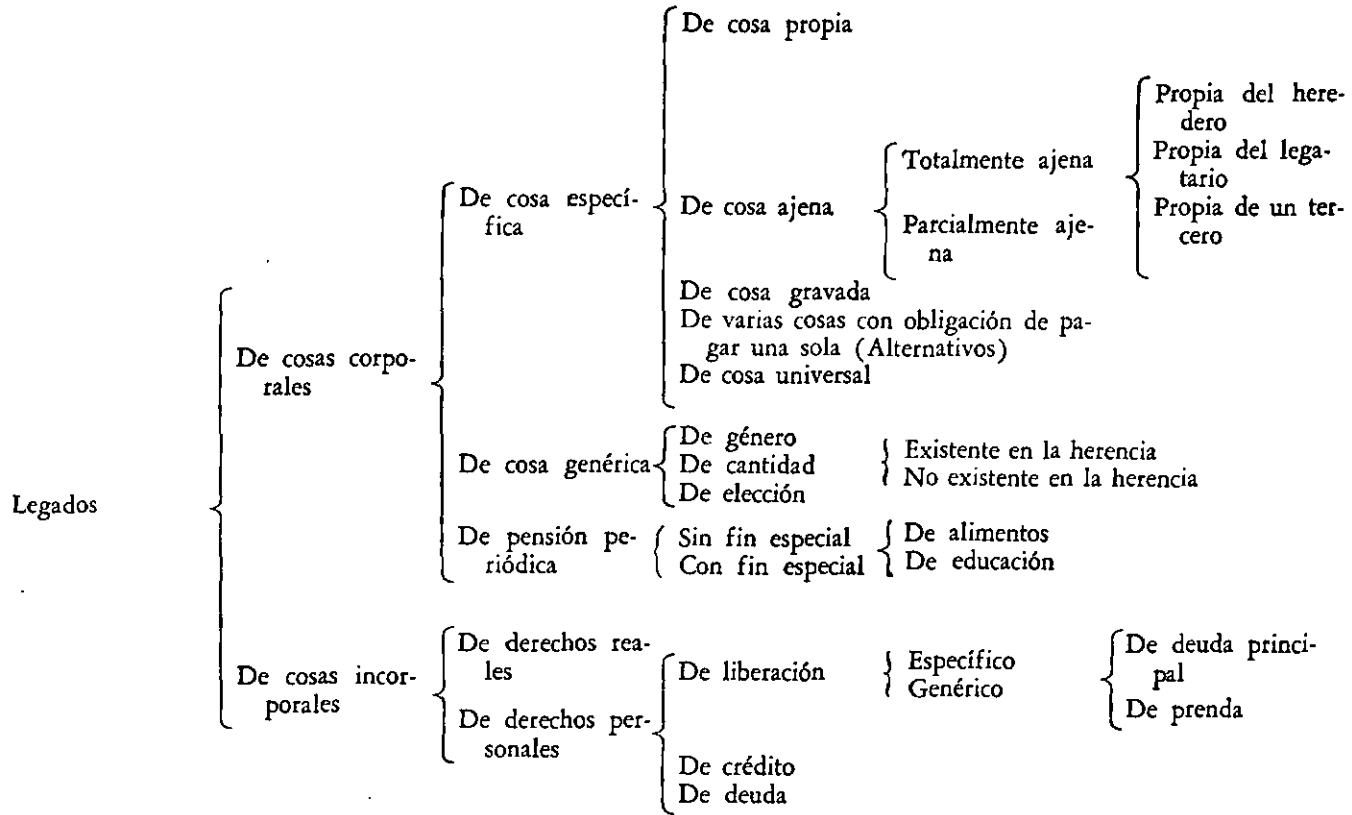
3.—*Objeto o materia del legado.*—El legado puede consistir tanto en la prestación de un bien, como de un servicio, es decir, existen legados de dar y de hacer. Los legados de dar tienen por objeto la transmisión del dominio, del uso o goce de una cosa o de un derecho. Los legados de hacer, implican una obligación impuesta a un heredero o a otro legatario para cumplir un servicio en favor del legatario instituido.

Los legados de dar que tienen por objeto cosas, bien sea la transmisión del dominio, goce o uso, suponen los siguientes requisitos: 1º—La cosa debe existir en la naturaleza; 2º—Debe estar en el comercio; 3º—Debe ser determinada o determinable.

Cuando el legado tiene por objeto la prestación de servicios, es decir, cuando es un legado de hacer, el hecho debe ser posible, tanto física como legalmente y, además, lícito.

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 1173.

Castán Tobeñas hace una clasificación de los legados partiendo de la distinción fundamental entre legados de cosas corporales y de cosas incorporales. En el primer grupo a su vez comprende los legados de cosa específica, de cosa genérica y de pensión periódica, haciendo nuevas subdivisiones que se indican en el cuadro que a continuación transcribimos. En la segunda categoría comprende los legados de derechos reales y los de derechos personales, que a su vez subdivide, en legados de liberación, de crédito y de deuda.



(Cuadro de Castán Tobeñas, ob. cit., pág. 559).

4.—*Transmisión de la propiedad y posesión del legado.*—En materia de herencia hemos expuesto un principio general diciendo que la propiedad y posesión de los bienes hereditarios se transmiten al heredero en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, y que, por tanto, desde ese momento tiene derecho a los frutos; que aunque no tenga la posesión material, desde el punto de vista jurídico se reputa poseedor, porque el albacea posee en su nombre.

Esta regla general para la transmisión del dominio a los herederos, supone excepciones tratándose de legatarios. La regla se aplica para los legatarios cuando la cosa objeto del legado está específicamente determinada. En este caso, las cosas individualmente determinadas, se transmiten al legatario en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, adquiriendo el dominio y la posesión jurídica de los bienes. (Art. 1290, en relación con el 1429).

En cambio, cuando el legado recae sobre la cosa indeterminada, pero susceptible de determinación, según las reglas antes expuestas, el legatario no adquiere el dominio ni la posesión sino hasta el momento en que la cosa sea cierta y determinada con conocimiento del legatario. Por ejemplo, se le transmite un terreno: entretanto no se haga la elección por el heredero o por el legatario, según lo haya dispuesto el testador, la cosa no se ha hecho cierta y determinada. Por consiguiente, el legatario no ha adquirido todavía la propiedad ni la posesión de ella, supuesto que no podría saberse sobre qué bien se le ha transmitido el dominio.

Es de fundamental importancia saber en qué momentos se opera la transmisión del dominio para el caso en que perezca la cosa, bien sea porque se pierda, destruya o quede fuera del comercio. Si la cosa es cierta y determinada y perece fortuitamente, se pierde para el legatario, aunque no se le haya entregado; se aplica el principio de que la cosa perece siempre para su dueño. Como el legatario es dueño de la cosa a partir de la muerte del testador, aunque no la haya recibido materialmente, su destrucción o pérdida, son a riesgo del legatario; en cambio, si la cosa es indeterminada, entretanto no se hace su determinación, no la ha adquirido el legatario; si perece, es a cargo de la herencia o del heredero gravado con el legado. Se aplica entonces otro principio que dice: "Los géneros nunca perecen". Supongamos, el heredero tiene la obligación de entregar un caballo; si uno de los caballos que el heredero recibió en herencia muere, quiere decir entonces, que el heredero sufre la pérdida. (Arts. 1429, 1430 y 1459).

5.—*De la entrega de la cosa legada y de los legados de hacer.*—La cosa legada debe entregarse con todos sus accesorios, acciones y mejoras, útiles, necesarias o voluntarias que hubiere hecho el testador o el propietario. Son a cargo del legatario los gastos de la entrega, a no ser que otra cosa hubiere dispuesto el testador. Son a cargo del legatario las contribuciones de la cosa y los gravámenes reales que pesen sobre la misma, con excepción de los gravámenes hipotecarios o prendarios, que ya después estudiaremos. Cualquier otro gravamen de usufructo, uso, habitación, o servidumbres, son a cargo del legatario que recibe la cosa gravada. El legatario no puede de propia autoridad, ocupar la cosa legada; es el albacea, como ejecutor de la herencia, el que hará la entrega, y ésta se hará una vez que se ha hecho el inventario y avalúo, y se han cubierto las obligaciones de la herencia; es decir, se ha liquidado el pasivo.

Legados de hacer.—Hasta aquí hemos analizado los legados sobre cosas. Líneas arriba indicamos que son materia de legado tanto los bienes o cosas que pueden transmitirse, como los hechos o servicios que el testador puede imponer a cargo del heredero, de la masa hereditaria o de un legatario.

Cuando el legado tiene por objeto un hecho o servicio, debe tener estos dos requisitos: ser posible y lícito. La posibilidad debe analizarse tanto desde el punto de vista físico como jurídico, es decir, el hecho debe ser posible tanto física como jurídicamente.

6.—*Legados nulos y válidos.*—Son nulos los legados en los casos siguientes:

1°—Cuando recaen sobre cosa propia individualmente determinada que no exista en la herencia.

2°—Cuando recae sobre cosa ajena, ignorándolo el testador.

3°—Cuando recae sobre un bien inmueble indeterminado comprendido en género determinado que no exista en la herencia.

7.—*Ineficacia de los legados.*—El legado queda sin efecto antes de la muerte del testador, en los siguientes casos:

1°—Si antes de la muerte del testador perece la cosa, bien sea porque se pierda, se destruya o quede fuera del comercio.

2°—Cuando el testador sufra evicción de la cosa.

3°—Cuando el testador enajena la cosa; pero si la recupera, produce entonces todas sus consecuencias.

Después de la muerte del testador, el legado queda sin efecto en los siguientes casos:



1º—Cuando perece la cosa sin ser imputable este hecho al que debe entregarla.

2º—Cuando muerto el testador, el que deba entregar la cosa sufre evicción.

8.—*Distintas clases de legados.*—A este respecto, en el capítulo referente a los legados, se hace una clasificación comprendiendo clases numerosas y estableciendo reglas especiales para cada clase.

Se distinguen las siguientes clases de legados:

- 1.—De cosa propia.
- 2.—De cosa ajena.
- 3.—De cosa determinada.
- 4.—De cosa indeterminada, pero comprendida en género determinado.
- 5.—De géneros.
- 6.—De cantidad.
- 7.—De cosa dada en prenda o hipoteca.
- 8.—De un crédito.
- 9.—De deuda determinada.
- 10.—Genérico de liberación de deudas.
- 11.—Preferentes.
- 12.—Remuneratorios.
- 13.—De alimentación.
- 14.—De educación.
- 15.—De pensión; y
- 16.—De usufructo, uso o habitación.

9.—*Legado de cosa propia.*—Sobre este legado existen las siguientes reglas: es válido si recae sobre cosa individualmente determinada propia del testador que exista en la herencia; por lo tanto, es nulo si no existe en la misma. La propiedad y la posesión de la cosa determinada, se transmite al legatario en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia. El riesgo de la cosa corre desde ese momento a cargo del legatario. Queda sin efecto el legado, si la cosa perece antes de la muerte del testador, si éste sufre evicción o si la enajena.

10.—*Legado sobre cosa ajena.*—Este legado es válido si el testador, a sabiendas de que es ajena, impone la obligación al heredero o al albacea, de adquirirla, para entregarla al legatario. Por consiguiente, será nulo si ignora esta circunstancia, es decir, si presume que es propia y con tal carácter la transmite por legado.

11.—*Legado de cosa determinada.*—La propiedad y posesión se transmite al legatario en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia. El legatario no puede exigir la entrega de la cosa sino a partir del momento en que se ha garantizado el pasivo y aprobado el inventario. Puede retener la cosa cuando ya la conservaba en su poder, antes de la muerte del autor de la herencia, pero gravada con la responsabilidad subsidiaria que se impone a todo legatario, es decir, para el caso de que el activo distribuido por herencia no alcance para saldar el pasivo.

12.—*Legado de cosa indeterminada.*—El legado de cosa indeterminada tiene la característica especial de que no transmite el dominio ni la posesión al legatario sino hasta que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento de éste. Se aplica la misma regla que hemos visto para las enajenaciones de cosas indeterminadas.

13.—*Legado de géneros.*—Los legados de géneros comprenden cosas que generalmente se determinan por su cantidad, peso o medida. Por consiguiente, para que sea válido el legado de géneros, debe indicarse por el testador, la cantidad, peso o medida u otros medios de determinación.

14.—*Legado de especie.*—El legado de especie es aquel que se hace sobre un bien individualmente determinado.

15.—*Legado de cantidad.*—Se refiere al legado en dinero, o sea de una especie determinada: cantidad de dinero.

16.—*Legado de cosa dada en prenda o en hipoteca.*—El legado de cosa dada en prenda tiene dos formas: cosa dada en prenda por el testador para garantizar un adeudo o bien, cosa que recibió en prenda el testador de un tercero para garantizar una deuda de éste. En el primer caso, la cosa propia del testador dada en prenda para garantía de un adeudo, se transmite al legatario sin el gravamen, es decir, debe desempeñarse la prenda cubriendo la obligación que garantice y entregarse al legatario libre de ese gravamen. De no cumplirse la obligación por el albacea o heredero, el legatario puede pagar la deuda a fin de evitar el remate de la prenda y en este caso se subroga en todos los derechos del acreedor para hacerlos valer en contra del heredero gravado o de la masa hereditaria, si no se ha señalado a determinado heredero responsable.

La segunda forma se refiere a la cosa ajena que el testador ha recibido en prenda para la garantía de un crédito. En este caso se trata de legado sobre cosa ajena, que el testador sólo tiene en calidad de prenda y se aplican las disposiciones relativas a la cosa ajena, es decir, será válido el legado si se hace a sabiendas de que el testador disponía de cosa ajena y a pesar de ello impuso la obligación de entregarla en calidad de legado.

Para la cosa dada en hipoteca se aplica también el mismo principio: el legatario debe recibir el bien sin el gravamen hipotecario y si tiene que cubrirlo para evitar el remate, se subroga en los derechos del acreedor. La prenda y la hipoteca son a cargo de la herencia porque forman parte del pasivo del testador.

17.—*Legado de un crédito.*—El legado de un crédito comprende todas las acciones y derechos del testador en el momento de su muerte. Por consiguiente, si el crédito se ha pagado en parte, sólo transmite el derecho sobre la parte insoluta. El legado de crédito comprende todos los intereses que se adeudan al testador. Si el crédito es litigioso, el legatario se subroga en todos los derechos del testador.

18.—*Legado de deuda determinada.*—Trae consigo la liberación de esa deuda con la obligación que tiene el heredero gravado o el albacea, de entregar el documento justificativo de pago. El legado de una deuda puede hacerse expresa o tácitamente. Se hace en forma expresa cuando el testador dice: "Lego a mi deudor A la cantidad de \$ 500.00 que me adeuda"; o bien, se puede hacer en forma tácita cuando simplemente dice: "lego a mi deudor A el pagaré que ha suscrito". En este caso la entrega del título que ampara el crédito, hace presumir la liberación de la deuda.

19.—*Legado genérico de liberación de deudas.*—Es aquel por el cual el testador libera a su deudor de todas las deudas, pero comprende sólo las anteriores al testamento, en virtud de que se presume que no puede ser otro el alcance de su voluntad, para abarcar deudas futuras que desconozca, o cuya cuantía no haga presumir que fue su intención perdonar. Este legado trae consigo la liberación no sólo de las obligaciones principales, sino también la de las accesorias (fianza, prenda o hipoteca).

20.—*Legado preferente.*—En este legado se confiesa una deuda por el testador y se reconoce respecto a los legatarios el derecho pre-

ferente del acreedor reconocido, para ser pagado antes que aquéllos, si no alcanzaren los bienes de la herencia. A pesar de que se le reconoce su derecho preferente sobre los legatarios, queda en condiciones desventajosas en relación con los acreedores cuyos créditos constan independientemente del testamento. No se le reputa en rigor acreedor ordinario para ser pagado en unión con los demás acreedores de la herencia, antes de cubrir los legados, sino que se le agrupa en una categoría intermedia entre acreedores y legatarios.

21.—*Legados remuneratorios.*—Son aquellos que hace el testador en compensación de un servicio que ha recibido del legatario, que no implica una obligación civil exigible, sino un deber de carácter moral. Cuando el testador declara dejar un legado en atención a favores o servicios recibidos, dicho legado se considera preferente respecto a todos los demás.

22.—*Legado de alimentos.*—Los legados de alimentos son aquellos que deja el testador para la subsistencia de una persona durante su vida o durante un cierto plazo. Cuando no existe disposición que fije un plazo, el legislador presume que fue voluntad del testador instituirlo por la vida del legatario, en virtud de que alguna causa seria, como enfermedad, incapacidad u otra semejante, ha motivado el legado, y sólo se concretará a cierto plazo cuando expresamente así lo determine el testador. Para fijar la pensión alimenticia, se aplican las reglas generales sobre alimentos, es decir, en relación con el caudal hereditario, con la posición social y necesidades del legatario (vestido, casa, manutención).

23.—*Legado de educación.*—Es aquel que se instituye por el testador para los menores de edad a fin de garantizar una cantidad suficiente para que se eduquen. Por consiguiente, el legado de educación cesa cuando se llega a la mayoría de edad o bien cuando se concluyen los estudios durante la minoría de edad o se tiene un oficio, profesión o arte que permita al legatario subsistir. También se termina el legado de educación cuando el legatario contrae matrimonio, porque se presume que si está en condiciones de afrontar las responsabilidades del mismo, su educación ha concluido o, por lo menos, ya debe contar con una profesión u oficio que le permitan subsistir.

24.—*Legado de pensión.*—Es aquel por el cual el testador otorga una renta vitalicia a una persona para que periódicamente perciba la

cantidad necesaria para su subsistencia. Es parecido al legado de alimentos, sólo que en el legado de pensión la cantidad se va entregando por plazos o períodos, durante toda la vida del legatario. Corre este legado desde el momento mismo de la muerte del testador y el legatario hace suya la pensión al principiar cada período, aun cuando muera inmediatamente después, transmite la pensión causada a sus herederos, lo cual no ocurre en el legado de alimentos.

25.—*Legado de usufructo, uso o habitación.*—Puede el testador instituir el legado de usufructo, uso o habitación para que durante la vida del legatario sea titular de esos derechos reales. Por consiguiente, a falta de disposición en el testamento todo legado de usufructo, uso o habitación se reputa vitalicio, o sea, durante la vida del legatario.

26.—*Clasificación de los legados por razón de sus modalidades.*—Desde el punto de vista de las modalidades, los legados se clasifican de la siguiente manera:

- 1.—Puros y simples.
- 2.—Sujetos a término.
- 3.—Condicionales.
- 4.—Onerosos.
- 5.—Alternativos.
- 6.—Remuneratorios; y
- 7.—Modales.

27.—*Legados puros y simples.*—Son aquellos en los que no se impone algún término, condición, carga o modo. Es decir, cuando el testador no fija ninguna modalidad para la transmisión del legado. En este legado, el legatario adquiere el dominio y la posesión del bien desde el momento mismo de la muerte del autor de la herencia.

28.—*Legados sujetos a término.*—Se distinguen los legados bajo término suspensivo y extintivo, de día cierto o incierto. Legados sujetos a día cierto son aquellos que dependen de un plazo prefijado por el testador. El legatario adquiere el dominio y posesión de los bienes desde el momento de la muerte del testador, pero los frutos no se entregarán sino hasta que se cumpla el plazo prefijado. El término en este caso no es para suspender el nacimiento del derecho, que ya quedó creado definitivamente por el testamento, sino simplemente para suspender la ejecución del legado hasta que se cumpla el plazo.

Puede también el término ser extintivo. En este caso el legatario adquiere derecho al legado como si fuera puro y simple, pero se

extingue al llegar el plazo prefijado. Ese plazo puede ser cierto o incierto, pero de realización forzosa. En este caso el legatario es únicamente usufructuario del bien legado, toda vez que al extinguirse tendrá que restituirlo a la masa hereditaria o a un heredero, según lo determine el testador.

29.—*Legados condicionales.*—Los legados condicionales dependen de un acontecimiento futuro e incierto, de cuya realización nacerá el derecho del legatario o habrá de extinguirse. En el primer caso, se trata de legados bajo condición suspensiva, en el segundo, de legados bajo condición resolutoria.

30.—*Legados onerosos.*—Son aquellos que hace el testador fijando un gravamen o carga para el legatario. Este gravamen o carga siempre debe ser inferior en su valor a la cuantía del legado; de otra manera no existiría propiamente transmisión gratuita si la carga fuera superior o igual al legado. El legado oneroso una vez aceptado impone al legatario la obligación de cumplir el gravamen o carga. Cuando los bienes que se transmiten en legado están sujetos a un gravamen, si no es hipotecario o prendario, se presume por disposición de la ley que el legatario deberá cumplir con esos gravámenes.

31.—*Legados alternativos.*—Son aquellos que se instituyen facultando al heredero o al legatario para elegir entre dos o más cosas. Cuando el testador no determina quién debe hacer la elección, se presume que es el heredero, toda vez que es el deudor del legado y se sigue la regla de las obligaciones alternativas en las cuales el deudor elige cuál debe cumplir. Por consiguiente, tratándose de legados alternativos, si no se ha dado la facultad de elección a favor del legatario, el heredero cumple entregando cualquiera de las cosas y, naturalmente, puede entregar la cosa de menor valor. Cuando la elección se confiere al legatario, éste está facultado para escoger la cosa de mayor valor. A fin de no dilatar indefinidamente los legados alternativos, se faculta a cualquiera de los interesados, según corresponda el derecho de elección, para ocurrir al Juez y pedir que se fije un plazo para hacer la misma. Esta puede llevarse a cabo por el heredero, su representante legítimo, o bien, si muere, por los sucesores de éste; lo mismo en el caso de que la facultad de elección la tenga el legatario; puede éste elegir, bien por representante o si muere antes de hacerlo, los herederos del legatario están facultados para hacer la elección.

En los legados alternativos se fijan reglas para los casos en que los herederos del legatario están facultados para hacer la elección.

32.—*Extinción de los legados.*—Tres causas originan la extinción de los legados: 1.—Por acto del testador; 2.—Por acto del legatario, y 3.—Con relación a la cosa legada.

Por acto del testador.—La extinción de un legado por acto del testador se debe a la revocación expresa o tácita que puede llevar a cabo del mismo. La revocación expresa reviste dos formas:

Cuando de manera categórica lo declara así el testador, o bien cuando inutiliza el testamento para dejarlo sin efecto.

La revocación tácita se presenta en los siguientes casos:

1º—Cuando el testador cambia la forma de la cosa, demostrando con ello que desea hacer un uso distinto de aquel señalado en el testamento para el legado.

2º—Cuando enajena la cosa dada en el legado; pero si recupera ésta, el legado recobra su eficacia.

3º—Cuando instituye a otro como legatario de la cosa que anteriormente había dejado a persona distinta. Se interpreta debidamente la intención del testador de dejar sin efecto el primer legado.

Por acto del legatario.—Se presenta en los siguientes casos:

1º—Cuando el legatario repudia el legado.

2º—Cuando se hace incapaz de adquirir por alguna de las causas de incapacidad que estudiaremos.

3º—Cuando no cumple la condición señalada para la transmisión del legado.

4º—Cuando muere antes que el testador.

5º—Cuando muere antes de que se cumpla la condición impuesta para el legado.

Con relación a la cosa.—Se presenta en los siguientes casos:

1º—Cuando la cosa queda fuera del comercio.

2º—Cuando la cosa perece, bien sea antes o después de la muerte del testador, por causa no imputable al heredero.

3º—Cuando la cosa se pierde por evicción.

33.—*Legados constitutivos de derechos reales o personales.*—Los supuestos que deben combinarse para que el testador pueda crear o transmitir derechos reales o personales por medio de un legado, son los siguientes:

1º—*Solvencia de la sucesión.*—Dadas las finalidades del derecho hereditario que regula un patrimonio en liquidación por causa de muerte, para lograr el equilibrio de un conjunto de intereses en presencia, como son los de los acreedores hereditarios, los de los herederos y los de los legatarios, el testador no puede gravar sus bienes en

perjuicio de sus acreedores, cuando el activo de la herencia es igual o inferior al pasivo.

2º—*Aceptación de la herencia o del legado.*—Un segundo supuesto parte de la base de que el heredero o el legatario a quienes se apliquen determinados bienes, con una carga real, personal, deberán aceptar la herencia o el legado, a efecto de que se constituya el gravamen.

3º—*Capacidad del testador para constituir un gravamen o una obligación.*—Para los casos de contrato, testamento o de acto jurídico unilateral entre vivos, se aplica el principio de que nadie puede constituir derechos reales sino en tanto que tenga la capacidad necesaria para enajenar y la especial para poder desmembrar el dominio, por ser dueño de la cosa. Asimismo, el derecho real constituido sufrirá las limitaciones y modalidades a que esté sujeto el derecho de propiedad del constituyente.

4º—*Capacidad para heredar en el responsable del legado.*—Se trata aquí de un supuesto de validez que lógicamente debe concurrir en unión con los anteriores, pues si el heredero o el legatario adquirentes de los bienes gravados en favor de un tercero, no tuviesen capacidad para heredar por alguna de las causas que los hacen inhábiles o indignos (Art. 1313), no podrán recibir en propiedad tales bienes, ni constituirse en sujetos pasivos determinados de los derechos reales impuestos sobre los mismos. Sin embargo, la incapacidad del heredero origina el mismo problema que la repudiación de la herencia, es decir, motivará la caducidad y como se trata de herederos testamentarios, se abrirá la sucesión legítima, subsistiendo el derecho real impuesto, sólo que los bienes pasarán a las personas llamadas por la ley para heredar.

5º—*Capacidad y aceptación por parte del legatario titular del derecho real.*—Lógicamente se trata aquí de un supuesto esencial o de existencia, pues si el legatario beneficiado repudia el derecho constituido a su favor o resulta incapaz por alguna causa que lo haga inhábil, se extinguirá el gravamen como consecuencia necesaria de la caducidad del legado.

#### CAPITULO IV

#### DE LA PERSONALIDAD DE LA SUCESIÓN EN EL DERECHO MEXICANO

1.—*Planteamiento del problema.*—Indiscutiblemente que de todos los problemas que existen en el derecho hereditario, éste es el de mayor importancia, no sólo teórica, sino práctica. Desde el punto de vista



teórico, el problema de la personalidad en el derecho es uno de los más discutidos, y sobre él aún se siguen elaborando teorías, sin que los jurisconsultos, tanto del derecho privado, como público, se hayan puesto de acuerdo. Es un problema que incumbe al derecho público y al privado, tanto para determinar la personalidad del Estado, como la de los entes jurídicos creados en el derecho privado.

Por lo que se refiere a la herencia o sucesión, además de existir en el caso todos los problemas inherentes al concepto general de la personalidad jurídica, existen cuestiones especialísimas de tal manera que la controversia es doble. Desde el punto de vista práctico, tiene un interés constante determinar si la sucesión es persona en todos los actos jurídicos que lleva a cabo; en los casos en que comparezca a juicio, como actora o como demandada y cuando ejecuta actos de dominio o de administración, porque las consecuencias, dentro del mismo régimen jurídico, según la interpretación que se haga, pueden ser totalmente distintas.

Plantaremos el problema y el alcance que tiene resolver si la sucesión es persona jurídica.

2.—*Hechos que aparentemente otorgan personalidad a la sucesión.* Independientemente de las teorías que se hayan elaborado, tenemos los siguientes hechos: la sucesión se presenta como si tuviese capacidad jurídica; aún no afirmamos que la tenga, pero el hecho es que se ostenta como si la tuviera, tanto cuando ejercita derechos públicos subjetivos, como cuando ejerce derechos privados. En el ejercicio de los derechos públicos subjetivos, la sucesión comparece en juicio, ejercita el derecho público de acción y es actora en los litigios. La sucesión es llamada a juicio como demandada, puede ser condenada o bien, obtener sentencia favorable. Aparentemente se presenta como cualquier persona jurídica capaz de ejercitar sus facultades y acciones, pudiendo reclamar la protección federal cuando se han violado sus derechos subjetivos. Por ejemplo: cuando ha sido condenada sin ser oída ni vencida en juicio; cuando por orden de determinada autoridad se le despoja de bienes; o cuando se le priva del dominio de los mismos, supongamos en el caso de expropiación.

Otra clase de derechos subjetivos, no los ejercita la sucesión en virtud de la naturaleza de los mismos; por ejemplo, los derechos políticos, porque no tiene la calidad de ciudadano; de la misma suerte que una sociedad anónima no puede hacerlo.

En el campo de los derechos privados, la sucesión parece tener el fundamental de todos ellos, la facultad jurídica de actuar para crear,

transmitir, modificar o extinguir derechos. Es decir, la sucesión puede celebrar actos jurídicos, comprar, vender, arrendar, hipotecar, celebrar contratos, etc. Tiene, por consiguiente, la facultad jurídica de actuar para crear situaciones de derecho, y ésta es la manifestación primordial de los derechos privados subjetivos.

La sucesión también es titular de derechos reales o personales. puede ser propietaria, usufructuaria, o bien acreedora o deudora; y por esto comparece en juicio como acreedora o deudora, obtiene sentencia favorable o es condenada.

Ante este conjunto de hechos de indiscutible realidad (tenemos como prueba todos los negocios judiciales en donde interviene una sucesión), la primera idea es la de que la herencia se conduce en el campo del derecho, como lo hace cualquier persona jurídica colectiva: como lo hace la fundación, la sociedad civil, la sociedad mercantil, el sindicato, etc.

Desconociendo las disposiciones del Código Civil y atendiendo a estos hechos, fácilmente podríamos concluir que la sucesión es persona jurídica; que tiene todos los atributos de la misma; que fundamentalmente tiene capacidad de goce y de ejercicio; que es titular de derechos y sujeto pasivo de obligaciones; que por consiguiente es, como dijo la doctrina clásica, un ente capaz de derechos y de obligaciones; o como afirma la doctrina de la ficción: un ente creado por el derecho, al que se le da capacidad para ser titular de derechos y obligaciones; o como diría *Kelsen*: una personificación de un conjunto de normas, para constituir un centro común de imputación de actos jurídicos. La sucesión sería un centro común al cual se imputasen todos los actos jurídicos que celebra el albacea, representando a la herencia. De esta suerte, la venta que ejecuta el albacea no es venta de los herederos, lo es de la sucesión; se condena a la sucesión, no a los herederos. *Kelsen* diría: hay un conjunto de normas que regulan a través de un sistema unitario, una serie de actos jurídicos que necesariamente debemos imputar a un ente ideal, porque no tienen sentido, si no los referimos a un determinado ente, que no tendrá realidad física, biológica o psicológica, pero que tiene realidad jurídica, de la misma suerte que la tiene el Estado como la personificación de todo el derecho, para constituir un centro común de imputación de los actos jurisdiccionales, legislativos y administrativos. Así como al Estado se le imputan los actos jurisdiccionales, y no son las sentencias actos de una persona psíquico-biológica, sino del órgano del Estado que se llama juez, así también referimos los contratos que celebra la sucesión a un ente jurídico.

Sin pretender prejuzgar sobre el tema, ni adelantar teorías, dejamos planteado simplemente el problema; pero partiendo de los hechos que necesariamente deben conocerse antes de hacerlo; sabiendo de antemano que la sucesión se ostenta como si tuviese capacidad, como si fuese titular de derechos subjetivos. Y que la jurisprudencia, la costumbre, la práctica judicial y notarial, uniformemente aceptan que en la vida real, la sucesión ejecuta actos jurídicos.

Para resolver este problema conviene aplicar las teorías sobre la personalidad jurídica; para referir los argumentos de cada una de ellas a la sucesión y al mismo tiempo, para oponer en contra de esos razonamientos generales, las características específicas, que conforme a nuestro derecho positivo, existen en el régimen hereditario.

Haremos la aplicación a nuestro problema de las doctrinas sobre la personalidad jurídica colectiva, pero siempre con la finalidad directa de determinar, si conforme a las mismas, en relación con nuestro derecho positivo, la sucesión es persona jurídica.

Pueden consultarse las doctrinas que exponemos en el T. I, de esta obra.

3.—*Aplicación de la tesis de la ficción al caso de la herencia.*—La sucesión o herencia no puede ser considerada como persona jurídica a la luz de la teoría de la ficción.

1º—Porque no tiene capacidad jurídica.

2º—Porque la ley no declara expresamente si considera a la sucesión como una persona moral.

La teoría de la ficción se debe a Savigny, Derecho Romano y a Windscheid, Diritto delle Pandette, traduc. Fadda y Bensa, Roma, 1902.

4.—*Teoría de Brinz en relación con la personalidad jurídica de la sucesión.*—La teoría de Brinz se aplica fácilmente a la sucesión, por cuanto que ésta es un patrimonio afectado a la realización de un fin. Al definir la ley a la sucesión como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que deja el hombre en el momento de su muerte, admite que la sucesión es un patrimonio, una universalidad jurídica y, por tanto, una entidad integrada por activo y pasivo. También la ley organiza ese patrimonio afectándolo a la realización de un fin jurídico-económico. En toda herencia ese fin consiste en liquidar el pasivo, para determinar el activo líquido y operar la transferencia a título universal o particular en favor de herederos y legatarios. Por esto hemos afirmado que el derecho hereditario es el régimen del patrimonio en liquidación, por causa

de muerte. Para el estudio de esta tesis, consúltese la Teoría de las Personas Jurídicas de Francisco Ferrara.

El fin consiste en mantener intactas ciertas relaciones patrimoniales activas y pasivas para que la muerte no venga a trastornar la situación de los acreedores o deudores en la herencia. Además, el fin jurídico, una vez determinado el activo líquido patrimonial, consiste en transferir a sujetos determinados los bienes que integran ese haber líquido, para que haya un sujeto responsable de las obligaciones del autor de la herencia y un representante del patrimonio.

Por consiguiente, es cierto que la herencia en el derecho positivo se organiza:

- 1º—Como un patrimonio en liquidación;
- 2º—Como un patrimonio afectado a la realización de un fin jurídico-económico.

La tesis de Brinz sería aplicable al caso si tuviésemos un sistema que admitiera la separación entre patrimonio y persona, o llegara a reconocer la existencia de derechos sin sujeto. Desde un punto de vista estrictamente lógico, no puede haber derechos sin sujeto, ni tampoco deberes u obligaciones sin deudor o sujeto pasivo. El deber jurídico siempre es acto de conducta de alguien, ese alguien podrá ser indeterminado para determinarse en un momento dado.

Por tanto, desde el punto de vista lógico, independientemente de lo que diga un determinado derecho positivo, si el patrimonio es conjunto de derechos y obligaciones; necesariamente debe haber un sujeto activo y pasivo a quien se le imputen esos derechos y esas obligaciones.

Veremos en la tesis de *Kelsen*, que el sujeto no es otra cosa que el centro de imputación de derechos y obligaciones; otra forma lógica de demostrar la correlatividad necesaria entre los derechos y el sujeto activo y las obligaciones y el sujeto pasivo.

Además, conforme a nuestro sistema tomado del romano y del francés, el patrimonio está indisolublemente ligado a la persona. Según las premisas de la escuela clásica francesa, y las características que dan *Aubry* y *Rau* al patrimonio personalidad: toda persona necesariamente debe tener un patrimonio; además, la persona sólo puede tener un patrimonio. Por consiguiente, no hay patrimonio sin persona o persona sin patrimonio. Este es indivisible e inalienable durante la vida del titular.

Si éste es nuestro sistema positivo, si conforme a este régimen se tratan los problemas del derecho hereditario, cuando la ley dice que la herencia es un patrimonio de afectación para la realización de un fin jurídico-económico, no por esto supone que ese patrimonio carezca de sujeto; sino por el contrario, ésta es una premisa del sistema adoptado.

Si la situación normal es la de que el patrimonio afectado a la realización de un fin tenga un sujeto responsable; si tal es el caso de la herencia, cuyos sujetos son los herederos como adquirentes a título universal, no podemos aplicar la tesis de Brinz, afirmando que se ha creado un patrimonio sin dueño; o bien, ¿en la herencia existen bienes, derechos y obligaciones sin que haya un sujeto al cual se le imputen? Indiscutiblemente que no. La tesis de Brinz resulta conveniente para explicar la organización jurídica de la herencia, como patrimonio de afectación, pero inadecuada para explicarnos la personalidad jurídica de la misma, en la hipótesis de aceptar que lo fuera.

La explicación de Brinz es infundada según nuestro derecho positivo, porque además de estar el patrimonio afectado a la realización de un fin en el caso de la herencia, encontramos sujetos responsables del mismo a los herederos, a quienes se transmite una parte integrada por activo y pasivo, a beneficio de inventario.

Por otra parte, la tesis de Brinz contradice un postulado indiscutible; no existen derechos sin sujeto, ni obligaciones sin deudor. Como el patrimonio es conjunto de derechos y obligaciones, estos elementos no pueden estar en el vacío, deben imputarse a alguien, y ese alguien es el sujeto o persona jurídica.

Por consiguiente, para la sucesión el problema es el siguiente: determinar si la sucesión tiene capacidad jurídica de actuar, tanto para ser titular de derechos y de obligaciones, cuanto para celebrar actos jurídicos. En la solución de este caso, es necesario distinguir cuidadosamente a quien se atribuye la capacidad jurídica de actuar con motivo de una herencia.

Tanto el derecho escrito, como el observado a través de las prácticas judiciales y notariales, y el elaborado por la jurisprudencia, hablan de la sucesión como persona que puede comparecer en juicio, que puede contratar, ser deudora o acreedora, y que aparentemente tiene capacidad jurídica. Sin embargo, en el término sucesión así entendido, cabe preguntar si la sucesión es una entidad, o si está integrada por el conjunto de herederos.

Son posibles, según los distintos derechos positivos, las dos soluciones; y en esto ya la doctrina debe sujetarse al sistema de cada legislación. Puede caracterizarse la sucesión como entidad que puede actuar independientemente de las voluntades de los herederos; que tiene verdadera existencia, aun en los casos en que se ignora quiénes puedan ser los herederos. En este caso la sucesión es una entidad, si el derecho positivo permite que cuando se desconozca quiénes son los presuntos herederos, se nombre un representante de la sucesión, para que éste comparezca en juicio, contrate, celebre actos jurídicos, pueda constituirla en acreedora

o deudora; entonces, indiscutiblemente que la entidad se está personificando, independientemente de las personas de los herederos. Esto ocurre en la herencia llamada vacante, cuando se ignora quiénes son los presuntos herederos.

Pero también puede suceder que el derecho positivo disponga que a la muerte del autor de la herencia se engendra una copropiedad entre los herederos respecto de los bienes, derechos y obligaciones; que en esta copropiedad, cada heredero representa una parte alícuota y que, por razones de utilidad procesal sobre todo, para facilitar la ejecución de los actos jurídicos, se crea una representación común de los herederos, como copropietarios para que puedan defenderse, comparecer en juicio, contratar y celebrar actos jurídicos. En este sistema, cuando la ley declara que hay una copropiedad hereditaria, aun cuando emplee el término sucesión, debe entenderse, por comodidad gramatical, que se refiere a la copropiedad hereditaria o al objeto patrimonial de la sucesión, como acervo de bienes. Constantemente la ley habla de masa hereditaria como equivalente a sucesión, de los bienes de la misma, de su activo y pasivo; en estos casos, la sucesión no está considerada como persona jurídica, sino como patrimonio que constituye una copropiedad hereditaria y, que por tanto, su entidad sólo se regula como universalidad de bienes, y no como personalidad jurídica.

Conforme a nuestro derecho civil, tanto en los Códigos de 1870, de 1884 y en el vigente, se dispone que muerto el autor de la herencia, la propiedad se transmite a los herederos; que el heredero es un adquirente a título universal de parte alícuota del patrimonio; que desde el momento de la muerte del de cujus, el heredero tiene, respecto de esa parte alícuota, un dominio; que es él el responsable de las obligaciones a beneficio de inventario, y el titular de los derechos que constituyen el patrimonio de la sucesión.

El Código Civil vigente agrega algo más, nos dice que a la muerte del autor de la herencia los herederos tienen derecho, respecto a la masa hereditaria, como si se tratara de un patrimonio común; con lo que claramente se crea una copropiedad hereditaria. Al hablar la ley de patrimonio común crea jurídicamente una copropiedad.

"A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división". (Art. 1288).

5.—*Aplicación de la tesis de Kelsen al problema de la personalidad en la sucesión.*—Consúltense de dicho autor las siguientes obras: Teoría Pura del Derecho, Teoría General del Estado, Compendio de Teoría Ge-

neral del Estado, El Contrato y el Tratado y Teoría General del Derecho y del Estado.

Para Kelsen, la persona jurídica es la personificación de un sistema jurídico total o parcial.

En la personificación del sistema jurídico parcial debe haber unidad de fin, porque sólo podemos hablar de sistema en tanto que hay un principio de unidad. Podemos hablar del sistema hereditario porque todo el conjunto de normas que lo integran tiene una finalidad común; como podemos hablar del régimen matrimonial o del de la propiedad.

Es evidente que no todo sistema puede personificarse; no podemos personificar la propiedad, sin embargo, es un sistema jurídico. No podríamos personificar el contrato, y éste también es un sistema jurídico.

Esta observación nos permite considerar que sólo pueden personificarse aquellos sistemas jurídicos que tengan como finalidad organizar la conducta de un hombre o de un conjunto de hombres, siempre y cuando la conducta organizada la estudie el derecho como unidad, como conducta no de los hombres en particular, sino de una entidad a la cual se refieran siempre los actos previstos por la norma, creándose así a un sujeto al cual se le imputan los derechos y obligaciones que regula el sistema.

En la sucesión tenemos que investigar si el sistema jurídico llamado derecho hereditario, al estatuir el conjunto de actividades, de actos jurídicos, de facultades y de deberes, los imputa a un ente distinto de los herederos, o los refiere a los mismos como sucesores particulares del difunto. Vuelve a presentarse el mismo problema que analizamos anteriormente. Es decir: ¿es la entidad sucesión la que actúa jurídicamente, o son los herederos en particular los que actúan concurriendo en forma mayoritaria o en forma unánime a la ejecución de los actos? ¿Es el albacea el que actúa como órgano independiente de los herederos y representa a la entidad sucesión?

La tesis de Kelsen sólo nos puede dar el método para personificar o no un sistema jurídico. No prejuzga sobre determinado derecho positivo. Por consiguiente, el problema de la personalidad, tanto de la sucesión, como de cualquier ente colectivo, deberá resolverse estudiando, en cada derecho positivo, si es posible la personificación del ordenamiento jurídico parcial.

Por las razones que hemos expuesto, estimamos que en nuestro derecho no es posible la personificación del sistema jurídico que se llama derecho sucesorio; en virtud de que el propio sistema regula la actuación de los herederos como la única que jurídicamente tiene contenido posible; en atención a que el heredero es el que se reputa como causahabiente

a título universal de la herencia. Y creemos que la mejor demostración está reflexionando en el heredero único. Si el heredero es único y admitimos que la sucesión tiene personalidad jurídica, tendremos que aceptar entonces que el heredero como causahabiente a título universal de todo el activo y el pasivo hereditarios, no representa a la sucesión; porque su personalidad como heredero no sería la que tomara en cuenta el derecho para la representación de la universalidad jurídica, ya que estamos afirmando, en esa hipótesis, que además de la personalidad del heredero, habría la personalidad de una entidad distinta. Llegaríamos entonces a este absurdo:

El heredero único es el causahabiente a título universal, representante de todo el patrimonio, titular del activo y responsable del pasivo; a su persona se imputan los derechos y las obligaciones de la herencia. Y a la vez, si la herencia tuviera personalidad jurídica, independientemente de la del heredero, como representante de todo el patrimonio, existiría el ente jurídico sucesión que no tendría patrimonio porque por disposición legal el heredero único es el soporte de todo el patrimonio; que no tendría derechos ni deberes porque éstos se han imputado al heredero único; que no tendría capacidad jurídica de actuar, porque nadie puede disponer de lo que no es suyo, y la entidad sucesión no podría disponer, ni gobernar, ni modificar, ni aumentar o extinguir un patrimonio, que por disposición legal se ha imputado al heredero único.

Habríamos creado un ente sin patrimonio, sin posibilidad jurídica de actuar; es decir, sin capacidad de goce ni de ejercicio, y sería un ente que jurídicamente no puede concebirse y que prácticamente sería absolutamente inútil.

Esta misma situación debe presentarse cuando existen diversos herederos, porque el problema jurídico no cambia. Si existen diversos herederos a ellos, como causahabientes a título universal de partes alícuotas del patrimonio, se imputan los bienes, los derechos y las obligaciones. La entidad que quisiéramos construir artificialmente por la personificación del derecho hereditario, sería una entidad, que como en el caso anterior, no tendría tampoco patrimonio ni capacidad jurídica de actuar.

6.—*Aplicación de la tesis de Ferrara al problema de la sucesión.*—En su Teoría de las Personas Jurídicas, expone Ferrara su punto de vista. Desde luego conviene admitir que la doctrina citada tiene un interés especial para nuestro derecho positivo, en virtud de que uno de los elementos que indica dicho autor, o sea, la realización de un fin común, lícito y posible, es tomado en cuenta por el legislador mexicano para clasificar las personas morales y, especialmente, las personas jurídicas co-



lectivas de derecho privado: civiles o mercantiles. Ferrara define las personas jurídicas colectivas como reuniones de hombres que se proponen un fin común, lícito, posible y determinado, que es reconocido por el derecho para conferirle una entidad jurídica autónoma.

En la sucesión, los herederos no se proponen ningún fin, no se agrupan para realizar un propósito que dependa de su voluntad, que libremente puedan proyectar y que esté a su arbitrio darle características de posibilidad, sino que es un fin abstracto, previsto por la ley independientemente de su voluntad y hasta en contra de la misma. De manera que en términos generales (independientemente de lo que diga el derecho italiano que sirve a Ferrara para elaborar su doctrina, o el derecho argentino), podemos considerar que en todos los derechos, los herederos no se proponen un fin; que éste es impuesto por la ley y que desde este punto de vista no se cumple la característica que indica Ferrara, para que el conjunto de personas físicas proyecte un determinado fin común que habrá de irse realizando. Basta este argumento para considerar que la tesis de Ferrara no sirve de fundamento para otorgar personalidad jurídica a la herencia; que por el contrario constituye una base para negarla.

7.—*La copropiedad hereditaria.*—Los razonamientos anteriores reciben una confirmación expresa si se toma en cuenta que en nuestro derecho la herencia es una copropiedad entre los herederos, respecto a un patrimonio, como conjunto de bienes, derechos y obligaciones, que constituyen la masa hereditaria. Expresamente declara el artículo 1288 que: "A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división".

En esa virtud, el patrimonio común a que se refiere el precepto, es, en otros términos, la copropiedad entre los herederos.

Ahora bien, en los casos de copropiedad, ninguno de los copropietarios o copartícipes puede disponer de las cosas comunes, ni celebrar actos de dominio, pues para esto es menester que todos los copropietarios unánimemente den su conformidad o consentimiento. Sólo para los actos de administración, permiten los artículos 946 a 948, que los mismos se resuelvan por mayoría de partícipes y al propio tiempo de intereses, es decir, no basta la mayoría de personas, sino que además se requiere que las mismas representen una mayoría de intereses en la copropiedad.

Para los actos de dominio en la copropiedad ordinaria, tanto la doctrina como la ley (Art. 945), requieren el consentimiento unánime

de los copropietarios para la enajenación, gravamen o transacción respecto a las cosas comunes.

Este régimen se observa estrictamente en la herencia y tal es la razón por la cual el albacea no puede ejecutar actos de dominio sin el consentimiento unánime de los herederos. Así declara el artículo 1719:

“El albacea no puede gravar ni hipotecar los bienes, sin consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso”.

Para el caso de la transacción expresamente estatuye el artículo 1720:

“El albacea no puede transigir ni comprometer en árbitros los negocios de la herencia sino con consentimiento de los herederos”.

Para los actos de administración, se sigue un régimen más estricto que en la copropiedad ordinaria, pues requiere el artículo 1721 que el arrendamiento concertado por el albacea, por un término mayor de un año, se otorgue con el consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso.

8.—*De la representación en la herencia.*—Siendo la herencia una copropiedad, el albacea sólo es un órgano representativo del conjunto de herederos, para ejercitar las facultades que expresamente determina la ley, principalmente en el artículo 1706, que a su vez implican obligaciones para el citado representante.

Como órgano representativo de esa comunidad de intereses hereditarios, el albacea no puede ejecutar actos jurídicos, sino en los casos expresamente previstos por la ley, reconociéndosele tal facultad.

En los casos en que la misma ley dispone que es menester el consentimiento de los herederos, es evidente que tal consentimiento será esencial y el acto inexistente si falta el mismo, pues el albacea pretende atribuirse una investidura que legalmente no le corresponde.

Cuando la ley exige el consentimiento de los herederos, ya no existe la representación del albacea para celebrar actos jurídicos, sino que, por considerar de fundamental interés para la herencia que los actos los ejecuten personalmente los respectivos dueños de la masa hereditaria, exige que el consentimiento, para la existencia misma del acto, se forme por las manifestaciones de voluntad que en forma personal y directa harán los herederos.

En rigor debe decirse que en esos casos, el albacea no es órgano representativo de la sucesión, supuesto que directamente concurren los representados. y por tanto, huelga toda representación. Por la misma ra-

zón, los herederos unánimemente pueden ejecutar los actos de dominio que juzguen necesarios, dentro de las limitaciones impuestas por la ley para proteger a los acreedores de la herencia. De tal manera que los citados herederos están facultados para acordar la venta de los bienes hereditarios que sean necesarios para el pago de deudas, conforme al artículo 1765, permitiendo el artículo 1766 que la mayoría de los interesados, o la autorización judicial en su caso determine la aplicación que haya de darse al precio de las cosas vendidas.

No debe confundirse la venta que hiciere el albacea sin consentimiento de los herederos, con el caso especial de la venta de cosa ajena, que conforme al artículo 2270 es nula. En la venta de cosa ajena, el vendedor se ostenta como dueño de la misma, y viola un precepto prohibitivo, o sea el contenido en el artículo 2269, conforme al cual: "Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad".

En cambio, en la venta que hiciere el albacea sin el consentimiento de los herederos, no se ostenta como dueño de la cosa, sino que por el contrario declara que es propiedad de la sucesión, es decir, de los herederos. Por consiguiente, si ejecuta la venta falta al acto un elemento esencial, como es el consentimiento de los herederos, a quienes pretende ilegalmente representar el albacea en ese caso, ya que la ley no le otorga tal representación para vender o ejecutar actos de dominio.

Lo mismo debe decirse para el caso de que el albacea celebre una transacción o ejecute actos de dominio.

Se trata del caso de un contrato otorgado por un falso representante, que jurídicamente es inexistente, ya que no concurre la voluntad del supuesto representado, careciendo en consecuencia de todo valor la del primero. Si alguien, ostentándose indebidamente como apoderado del dueño de una cosa pretende vender ésta y firma el contrato respectivo, éste es inexistente, supuesto que faltó el consentimiento, no hubo manifestación de voluntad del dueño o supuesto representado, sin tener eficacia alguna la manifestación de voluntad del falso representante, precisamente porque no lo es.

Lo mismo debe decirse para el caso de que el albacea se pretenda atribuir una representación que la ley le niega en los casos de venta o ejecución de actos de dominio respecto de los bienes hereditarios.

Como consecuencia de todo lo expuesto, debe decirse que siendo los actos de dominio celebrados por el albacea sin el consentimiento de los herederos, actos inexistentes, no se necesita demandar la inexistencia intentando un juicio, ya que ésta opera en cuanto que priva al acto de sus efectos, sin que sea menester ejercitar una acción y obtener una sentencia, a diferencia de la nulidad, que necesariamente debe ser deman-

dada por vía de acción, y declarada en sentencia, según lo establecen los artículos 2224 a 2227.

De esta suerte, los herederos no están obligados a respetar los actos inexistentes. El juez en ningún caso debe reconocerles efectos, ya que de los mismos actos se desprende claramente que faltó el consentimiento de los herederos. Si se trata del juez de la sucesión, éste, sin necesidad de juicio, deberá desconocerles todo efecto. Si en un litigio se presenta el acto o contrato inexistente, bien sea como base de la acción, o de la excepción, o en calidad de prueba, el juez deberá desconocerle todo efecto, ya que en el texto mismo del contrato va justificada la inexistencia.

De aquí se deduce, que si el acto o contrato no es cumplido voluntariamente por los herederos, y la otra parte exige judicialmente su cumplimiento, el juez no podrá atribuirle ningún valor, de tal manera que fundándose la acción en un acto inexistente, necesariamente deberá de clararse que la misma no prosperó. No necesita la parte demandada oponer la excepción, pues puede, hasta antes de sentencia, hacer valer la inexistencia y como ésta es una cuestión de derecho, el juez habrá de reconocerla en su fallo.

## CAPITULO V

### DE LOS ALBACEAS

1.—*Definición.*—Los albaceas son las personas designadas por el testador o por los herederos para cumplir las disposiciones testamentarias o para representar a la sucesión y ejercitar todas las acciones correspondientes al de cuius, así como para cumplir sus obligaciones, procediendo a la administración, liquidación y división de la herencia. Es decir, los albaceas son los órganos representativos de la comunidad hereditaria para proceder a su administración, liquidación y división y, en su caso, los ejecutores de las disposiciones testamentarias.

Del concepto que antecede se desprende que los albaceas pueden ser designados por testamento, en cuyo caso se llaman albaceas testamentarios y su misión consiste en cumplir las disposiciones hechas por el testador y representar a la sucesión; cuando no existe testamento o el testador no designó albacea, éste tiene fundamentalmente la función de representar a la herencia, ejercitando las acciones conducentes y celebrando, además, los actos o contratos que sean necesarios para la admi-

nistración y liquidación de la masa hereditaria. Este albacea puede ser designado por los herederos o el juez en ciertos casos.

Valverde, ob. cit., págs. 342 y 343.

2.—*Clasificaciones.*—Existen diversas clases de albaceas. Conforme a la doctrina y a la regulación que hace el Código Civil, podemos distinguir albaceas universales y especiales, mancomunados y sucesivos, testamentarios, legítimos y dativos.

Los albaceas universales son aquellos que tienen por objeto cumplir todas las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión, cuando son designados por el testador. Cuando su nombramiento depende de los herederos o del juez, dichos albaceas sólo tienen la función representativa de la herencia. Para ambos, el artículo 1706 determina cuáles son sus obligaciones, que en su oportunidad estudiaremos.

Los albaceas especiales son aquellos que tienen una función determinada por disposición expresa del testador para cumplir una cierta disposición testamentaria, como por ejemplo, haciendo entrega de un bien a un legatario. Esta clase de albaceas sólo pueden ser designados por testamento. Los que nombran los herederos o el juez tienen el carácter de universales.

Los albaceas mancomunados son aquellos que se designan por el testador o por los herederos (o legatarios en su caso, cuando son considerados como herederos), para que obren de común acuerdo. En consecuencia, no pueden actuar en forma separada y será necesario el consentimiento de la mayoría para la ejecución de actos de dominio o de administración. Si faltare este consentimiento, el acto ejecutado será nulo, a no ser que los demás albaceas lo ratifiquen. Véanse los artículos 1692, 1693 y 1694.

Los albaceas sucesivos son aquellos que el testador designa para que desempeñen el cargo en el orden que se indique en el testamento, bien sea por muerte de alguno de ellos, por renuncia o remoción del cargo. A efecto, en el artículo 1692 se determina que cuando fueren varios los albaceas designados por el testador, el albaceazgo será ejercitado por cada uno de ellos, en el orden en que hubiesen sido nombrados, salvo que en el testamento se disponga que desempeñen el cargo mancomunadamente.

Los albaceas testamentarios son los que designa el testador y pueden ser universales, especiales, sucesivos o mancomunados.

Los albaceas legítimos son aquellos que designan los herederos, o el juez en su caso, a falta de albacea testamentario, o cuando éste renun-

ciare el cargo, fuere removido o no concluyere en el plazo señalado en el testamento. Los artículos 1682 a 1688 regulan la designación de los albaceas legítimos.

Permite el artículo 1688 que entre tanto se designan herederos, el albacea será nombrado por los legatarios.

3.—*Naturaleza jurídica del albaceazgo.*—Se ha discutido constantemente en la doctrina el papel o función que desempeña el albacea, tanto legítimo como testamentario, habiéndose ensayado todas las soluciones posibles, pues sucesivamente se ha considerado al albacea como un mandatario del testador o de los herederos, como un representante legal de la herencia; también se ha dicho que es un mandatario post mortem o bien, que hay un mandato sui generis con el objeto de poder explicar múltiples anomalías o especialidades que no comprende el mandato ordinario, principalmente la relativa a la extinción por muerte del mandante. Finalmente se ha creído también que el albacea es un representante de los acreedores de la herencia, de los legatarios, de los herederos y del testador (en la hipótesis de albacea testamentario), pero considerados todos conjuntamente, de tal manera que se ve en la herencia una comunidad de intereses cuyo órgano representativo sería el albacea. Para quienes consideran a la sucesión como una persona jurídica, el albacea sería un representante de la herencia misma en tanto y cuanto que es una entidad moral con vida independiente de los distintos sujetos antes mencionados.

Por nuestra parte pensamos que no es posible determinar la naturaleza jurídica del albaceazgo a través de un concepto unitario en el cual se pretenda explicar al mismo tiempo las funciones del albacea testamentario y del albacea legítimo. Sólo cabría decir en este caso que es un órgano representativo de los herederos o legatarios, pero sin poder comprender las funciones específicas del ejecutor especial o el albacea testamentario general que cumple mandatos expresos del testador.

Por lo tanto, explicaremos sucesivamente la función del albacea testamentario y del albacea legítimo.

Partimos de la tesis que ya hemos venido sosteniendo, o sea, que la sucesión no es persona jurídica y, por lo tanto, que el albacea no puede ser un representante de esa entidad considerada como sujeto de derechos.

Asimismo, negamos que el albacea pueda ser un representante del testador, pues toda representación exige tanto jurídica como lógicamente que existan el representante y el representado. Ahora bien, por hipótesis en el albaceazgo, el representado ha muerto. Por consiguiente, sería ela-

borar una ficción contraria a la realidad jurídica el pretender explicar las funciones del albacea testamentario, suponiendo que existe un representante del testador, ya que éste deja de existir para el derecho y desde todos puntos de vista sería falsa la tesis que lo dé por existente para poder proporcionar una solución jurídica al problema.

Sujetándonos a la realidad jurídica y lógica, como debe hacerlo toda tesis que pretenda consistencia, tendremos que reconocer que tanto el albacea testamentario como el legítimo representan a los herederos, a los legatarios y a los acreedores de la herencia.

Para el caso del albacea legítimo no hay problema jurídico, dado que la ley determina que los herederos designarán al albacea o en su caso los legatarios, cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados.

No obstante que en principio son los herederos quienes designan al albacea, sostenemos que éste es órgano representativo de todos los intereses vinculados por la herencia y, por lo tanto, de los legatarios y de los acreedores hereditarios. Ahora bien, esto se explica si se toma en cuenta que el heredero como causahabiente a título universal, es un continuador de las relaciones jurídicas activas y pasivas del de cuius y, por lo tanto, al elegir albacea, lo hace en su doble calidad de sujeto activo y pasivo de la herencia, es decir, no sólo por su propio interés al ser un adquirente de bienes y derechos, sino también por las obligaciones que le impone la ley para pagar las deudas hereditarias hasta donde lo permita el activo que reciba.

En cuanto a los legatarios, si es verdad que éstos sólo pueden designar albacea definitivo cuando son considerados como herederos, porque toda la herencia se hubiere distribuido en legados o bien, albacea provisional entretanto se hace el nombramiento de herederos, también no es menos cierto que en la hipótesis de que estos últimos designen albacea, no por ello los legatarios dejan de estar representados, pues los herederos tienen un interés jurídico dada la responsabilidad subsidiaria de los legatarios para designar al albacea que habrá de representar a todos los sujetos que hemos venido mencionando: acreedores, legatarios y herederos. Por otra parte, se puede explicar que se trata de un albacea impuesto por los herederos debido a la autorización expresa contenida en la ley, por ser éstos en principio los continuadores del patrimonio hereditario, los representantes genuinos del mismo y los sujetos de mayor responsabilidad en la comunidad de intereses que se constituye a la muerte del autor de la herencia. En esa virtud, domina el mayor interés para que los sujetos con mayores responsabilidades nombren al órgano representativo de la comunidad hereditaria.

Por lo que se refiere a los albaceas testamentarios, son aplicables las consideraciones que anteceden, en cuanto a su función representativa de la herencia, debiéndose admitir que existe una representación de intereses múltiples después de la muerte del testador y que por lo tanto excluye la idea de mandato. Esta representación, aun cuando es voluntaria por derivar del testamento, no por ello implica un mandato, que por definición es un contrato y, por lo tanto, exige el consensus o acuerdo de voluntades.

Valverde, ob. cit., T. V, pág. 343.

4.—*Condiciones para ser albacea.*—En nuestro derecho los artículos 1679 y 1680 determinan en sentido negativo las condiciones para poder ser albacea, toda vez que excluyen del citado cargo a las siguientes personas: a) A quienes no tengan la libre disposición de sus bienes; b) A los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abra la sucesión; c) A los que por sentencia hubieren sido removidos del cargo de albacea; d) A los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad y e) A los que no tengan un modo honesto de vivir.

Las personas mencionadas en los incisos b), c), d) y e), podrán desempeñar el cargo de albacea si son herederos únicos.

De lo expuesto resulta que sólo pueden ser albaceas los mayores de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, con capacidad para disponer de sus bienes, si no tuvieren alguno de los impedimentos antes señalados, y las instituciones expresamente autorizadas por la ley, como son las fiduciarias, según lo determina la vigente Ley de Instituciones de Crédito.

5.—*Aceptación, renuncia y excusas en el albaceazgo.*—El cargo de albacea es voluntario, según prescribe el artículo 1695; pero una vez aceptado, se tiene la obligación de desempeñarlo, bajo la sanción de pagar los daños y perjuicios que se causen por el no ejercicio del mismo. No obstante el carácter voluntario del cargo, quien lo renuncia pierde el derecho a heredar o a recibir el legado correspondiente, así como a la remuneración del caso.

Igual sanción se aplicará al albacea que haya sido removido del cargo por mala conducta. Si el albacea hubiese presentado excusas y éstas fueron desechadas, no incurrirá en la sanción del artículo 1331, si desempeña su encargo. Faculta el artículo 1742 al albacea para optar entre la remuneración que le deja el testador o la que la ley le concede.



En el caso de ser varios los albaceas, la retribución se repartirá entre todos ellos; si no fueren mancomunados, la distribución se hará en proporción al tiempo que cada uno haya administrado y al trabajo que hubiere tenido en la administración (Art. 1743).

Para el caso de que la renuncia sea por causa justificada, el albacea no perderá lo que le hubiere dejado el testador, a no ser que aparezca que se le benefició exclusivamente con el objeto de remunerarlo por el desempeño de su encargo (Art. 1696).

6.—*Derechos y obligaciones del albacea.*—Tomando en cuenta que el albacea ejerce una función representativa de la herencia, puede decirse que las mismas obligaciones que la ley le impone, constituyen derechos para el ejercicio de su cargo.

En este sentido el artículo 1706 dispone:

“Son obligaciones del albacea general: I.—La presentación del testamento; II.—El aseguramiento de los bienes de la herencia; III.—La formación de inventarios; IV.—La administración de los bienes y la rendición de las cuentas del albaceazgo; V.—El pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias; VI.—La partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios; VII.—La defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento; VIII.—La de representar a la sucesión en todos los juicios que hubieren de promoverse en su nombre o que se promovieren contra de ella; IX.—Las demás que le imponga la ley”.

Cada una de las obligaciones enumeradas en el mencionado artículo implica, como es evidente, un derecho en el albacea, pues éste está facultado para presentar el testamento, asegurar los bienes de la herencia, formar los inventarios, administrar los citados bienes y rendir cuentas, hacer el pago de las deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias, proceder a la partición y adjudicación de los bienes entre herederos y legatarios, defender en juicio y fuera de él tanto la herencia como la validez del testamento y representar a la sucesión en todos los juicios en que deba comparecer como actora o como demandada.

Tanto el Código Civil como el de Procedimientos Civiles regulan los citados derechos y obligaciones del albacea.

Conforme al artículo 1704, el derecho a la posesión de los bienes hereditarios se transmite, por ministerio de la ley, a los herederos y a los ejecutores universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, salvo lo dispuesto en el artículo 205. Dicho precepto debe entenderse en el sentido de que a los herederos se transmite la posesión originaria y al albacea la posesión derivada, pudiendo, cuando tenga también el carácter de heredero, tener una posesión en su doble calidad

y, por lo tanto, ser a la vez poseedor originario por la parte alícuota que le corresponda como heredero o por bienes determinados, si fuere legatario, y poseedor derivado de toda la herencia.

Las funciones del albacea en cuanto a la formación del inventario, administración, rendición de cuentas, partición y adjudicación de bienes, serán analizadas sucesivamente al tratar de las materias mencionadas.

No obstante que los herederos son los continuadores del patrimonio del de cujus, corresponde al albacea ejercitar las acciones hereditarias dada la función representativa que le asigna la ley. Por la misma razón debe defender a la sucesión en juicio y fuera de él, pues aun cuando hemos visto que la herencia constituye una copropiedad, para los efectos de la defensa judicial de sus intereses, se le equipara a una persona moral a efecto de que pueda comparecer en juicio como actora o como demandada; pero en realidad es el albacea quien en representación de todos los herederos y legatarios en su caso, actúa como órgano de la copropiedad hereditaria por la comunidad de intereses, debiéndose considerar como si comparecieran todos los citados herederos y legatarios a través de su representante común.

El albacea tiene también un conjunto de obligaciones especiales consistentes en presentar el testamento, pedir el aseguramiento de los bienes que constituyan el caudal hereditario, pagar las deudas mortuorias y testamentarias y proceder a la liquidación de la herencia, pagando a los acreedores de la misma.

Para el pago de las deudas u otros gastos urgentes, el artículo 1717 faculta al albacea, de acuerdo con los herederos, para proceder a la venta de los bienes que fueren necesarios. Si no se obtuviera dicho acuerdo, sólo podrá efectuarse la venta con autorización judicial.

El artículo 841 del Código de Procedimientos Civiles prohíbe la enajenación de los bienes inventariados de una sucesión, exceptuando los casos previstos por los artículos 1717 y 1758 del Código Civil, o sea el anteriormente indicado para el pago de gastos urgentes y para cubrir las deudas de la herencia. Además, también dicho artículo 841 permite que durante la sustanciación del juicio sucesorio se enajenen los bienes inventariados cuando pueden deteriorarse, o sean de difícil y costosa conservación y cuando para la enajenación de los frutos se presenten condiciones ventajosas.

7.—*Capacidad del albacea para representar a la sucesión y ejecutar actos jurídicos.*—Aunque el albacea es el representante de la sucesión, no tiene plena capacidad para ejecutar toda clase de actos jurídicos. Su capacidad se limita a los actos de administración y aun de dentro de éstos

se fijan ciertas limitaciones, pero en principio puede admitirse que tiene facultad para realizarlos sin la aprobación o intervención de los herederos o legatarios en su caso. Sin embargo, ya hemos visto que para los gastos de administración, así como para contratar los empleados necesarios y fijar sus sueldos, se requiere la aprobación de los herederos. Para celebrar arrendamientos por más de un año, el artículo 1721 exige también el consentimiento de los herederos o de los legatarios en su caso.

En cuanto a los actos de dominio, los artículos 1719 y 1720, prohíben al albacea realizar tales actos sin el consentimiento de los herederos. Por esto habrá inexistencia si el albacea los celebra sin el citado consentimiento, pues éste se requiere como elemento esencial. En el artículo 1719 se prohíbe al albacea gravar o hipotecar los bienes y en el 1720 transigir o comprometer en árbitros los negocios de la herencia, sin el consentimiento de los herederos o legatarios en su caso. Por consiguiente, podemos desprender la misma regla para todos los actos de dominio, pues en donde existe la misma razón, debe de existir la misma disposición.

No obstante, el artículo 1717 admite que si para el pago de una deuda u otro gasto urgente fuere necesario vender algunos bienes, el albacea podrá hacerlo con autorización judicial si no contare con el consentimiento de los herederos. Por consiguiente, existe aquí una excepción a la regla general que antes hemos formulado, que sólo se justifica tomando en cuenta que la venta se presenta como necesaria para el pago de deudas o gastos urgentes. En cuanto a la forma en que habrá de hacerse la venta el artículo 1765 requiere que se haga en pública subasta, a no ser que la mayoría de los interesados acuerde otra cosa. Dicha mayoría o la autorización del juez en su caso, determinarán la aplicación que haya de darse al precio de las cosas vendidas.

De lo expuesto se desprende que el juez no puede autorizar una venta cuando no exista acuerdo unánime de los herederos, fuera del caso expresamente autorizado en el artículo 1717.

El albacea no puede comprar para sí, para su mujer, ascendientes, descendientes o colaterales los bienes de la herencia. En este sentido se le aplica la prohibición general contenida en el artículo 2280, conforme al cual:

“No pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados: III.—Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado”.

Conforme al artículo 2282 las compras hechas en contravención a lo dispuesto en el artículo 2280 serán nulas, ya se hayan hecho directamente o por interpósita persona.

8.—*Garantía que debe otorgar el albacea para el desempeño de su encargo.*—Los artículos 1708 a 1710 regulan con precisión esta materia.

9.—*Duración del albaceazgo.*—Las reglas que determinan la duración del albaceazgo dependen de la naturaleza del cargo que se desempeña, pues se debe distinguir entre albaceas testamentarios y albaceas legítimos.

Como norma general el albacea debe cumplir su encargo dentro del término de un año contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieren sobre la validez o nulidad del testamento.

Aun cuando el artículo 1737 nada dice respecto a la posibilidad de que el testador conceda un plazo mayor al albacea, cabe observar que tal situación es lícita, así como los herederos sí pueden prorrogar al albacea el mencionado plazo de un año, con tal de que la prórroga no exceda de dicho término. En consecuencia, por analogía consideramos aplicable también esta disposición al testador, de acuerdo con el principio que considera que su voluntad es la suprema ley en materia testamentaria, excepto cuando la ley disponga otra cosa. Como en la especie no hay una prohibición expresa, por analogía de razón y de supuestos, procede concluir en los términos que anteceden.

La prórroga que concedan los herederos no es totalmente libre, pues rige el artículo 1739 o sea, que sólo se podrá conceder si ha sido aprobada la cuenta anual del albacea y está conforme una mayoría que represente las dos terceras partes de la herencia.

Tomando en cuenta esta última disposición, puede considerarse que el derecho del testador para otorgar la prórroga no es absoluto, pues si se opone la mayoría mencionada, a pesar de la disposición testamentaria, el juez no deberá admitir la prórroga. Además, se requiere que exista causa justificada para ello. En consecuencia, si se demuestra que por morosidad del albacea no pudo cumplir su encargo dentro del término de un año, tampoco deberá concederse la prórroga.

*Castán Tobeñas* estima que en todo caso debe respetarse la voluntad del testador en cuanto a la fijación de un plazo para el desempeño del albaceazgo y que sólo cuando no se determinare, deberá cumplirse dentro del término de un año.

Acepta también que el plazo, testamentario o legal, es prorrogable, pudiendo conceder la prórroga, ya el mismo testador, ya el juez, ya los herederos o legatarios.

Para la hipótesis de prórroga concedida por el testador, deberá señalarse expresamente ésta, y si no designare se entenderá que se concede por un año. (Artículo 905 del Código Civil Español).

En nuestro derecho, la situación es distinta dado que no hay una disposición semejante y, por consiguiente, consideramos que deben mantenerse las conclusiones anteriormente expuestas.

El albacea que se nombra por el juez o los legatarios, entretanto se designen herederos legítimos, sólo deberá durar, conforme al artículo 1689, el tiempo que sea necesario para que dichos herederos procedan a la elección de un albacea definitivo.

10.—*Rendición de cuentas del albaceazgo.*—Los artículos 1722 a 1725, regulan esta obligación del albacea en los siguientes términos:

"Art. 1722.—El albacea está obligado a rendir cada año cuenta de su albaceazgo. No podrá ser nuevamente nombrado, sin que antes haya sido aprobada su cuenta anual. Además, rendirá la cuenta general del albaceazgo. También rendirá cuenta de su administración, cuando por cualquiera causa deje de ser albacea".

"Art. 1723.—La obligación que de dar cuentas tiene el albacea, pasa a sus herederos".

"Art. 1724.—Son nulas de pleno derecho las disposiciones por las que el testador dispensa al albacea de la obligación de hacer inventario o de rendir cuentas".

"Art. 1725.—La cuenta de administración debe ser aprobada por todos los herederos; el que disienta, puede seguir a su costa el juicio respectivo, en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles".

11.—*Terminación del cargo de albacea.*—El artículo 1745 regula los distintos casos que dan término al cargo de albacea. Dice así:

"Los cargos de albacea e interventor acaban: I.—Por el término natural del encargo; II.—Por muerte; III.—Por incapacidad legal, declarada en forma; IV.—Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública; V.—Por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo; VI.—Por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos; VII.—Por remoción".

a) Por término natural del encargo debe entenderse la conclusión de todos los asuntos y negocios relacionados con el albaceazgo, bien sea antes del término legal de un año o su prórroga si la hubo, o después del mismo, pues cualquiera que sea la época en la cual se lleve a cabo la partición de la herencia, que es, conforme a los Códigos Civil y Procesal, la última etapa en los juicios sucesorios, termina la actuación del albacea.

b) Por la muerte del albacea termina también el cargo que se le hubiere conferido, pero no el albaceazgo, ya que éste continúa hasta que se llegue a la conclusión definitiva de los negocios de la herencia.

c) Por incapacidad legal del albacea, declarada en forma, termina su encargo, pero no el albaceazgo.

d) Por excusa que el juez califique de legítima, termina también el cargo de albacea, pero no el albaceazgo, ya que en este caso, como en los dos inmediatos anteriores, deberá procederse a la designación de un nuevo albacea.

e) Por la terminación del plazo señalado por la ley o las prórrogas concedidas para el desempeño del albaceazgo, concluye el cargo, pero conforme a la jurisprudencia se ha considerado que dicha terminación no opera ipso facto e ipso jure, pues quedaría la sucesión acéfala. En consecuencia, no obstante la conclusión del plazo, deberá continuar el albacea atendiendo los negocios de la herencia, tanto judiciales como extrajudiciales, hasta que se designe a un nuevo albacea, sin que se puedan impugnar de nullos los actos jurídicos que hubiere concluido en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites que impone la ley a su capacidad.

f) Por revocación del nombramiento hecho por los herederos, termina también el cargo de albacea. En este sentido el artículo 1746 permite que la revocación se haga en cualquier tiempo, pero en el mismo acto deberá nombrarse un sustituto. En consecuencia, aplicando las consideraciones anteriormente expuestas, debe decirse que si los herederos no designan un nuevo sustituto, la revocación no surtirá efectos, debiendo continuar en el ejercicio del cargo el albacea repudiado, hasta que se haga nueva designación.

g) Por remoción termina también el cargo de albacea. Debe distinguirse la remoción que supone siempre una causa justificada por haber faltado el albacea al cumplimiento de sus obligaciones, de la revocación que libremente pueden acordar los herederos en todo tiempo, independientemente de que haya o no causa para ello. En consecuencia, toda revocación dependerá exclusivamente del arbitrio de los herederos, en tanto que la remoción debe fundarse en una causa que conforme a la ley sea suficiente para privar al albacea en el desempeño de su cargo.

El artículo 1749 estatuye:

“La remoción no tendrá lugar sino por sentencia pronunciada en el incidente respectivo, promovido por parte legítima”.

En consecuencia, toda remoción, para cumplir con la garantía consagrada en el artículo 14 constitucional, debe ser pronunciada por sen-

tencia en un incidente en el cual sea oído el albacea, debiendo además promoverse por parte legítima.

Entre las causas de remoción, el artículo 1752 dispone que si el albacea no presenta el inventario dentro del término de ley, será removido.

El artículo 830 del Código de Procedimientos Civiles estatuye lo siguiente:

“Si pasados los términos que señala el artículo 816 el albacea no promoviere o no concluyere el inventario, se estará a lo dispuesto por los artículos 1751 y 1752 del Código Civil. La remoción a que se refiere el último precepto, será de plano”.

Es evidente la contradicción existente entre el artículo 1749 del Código Civil y el 830 del de Procedimientos Civiles, pues este último precepto permite que la remoción del albacea cuando no presenta el inventario procederá de plano, dando a entender que no será necesario que se promueva incidente en el cual sea oído y vencido el citado representante de la herencia.

En este sentido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia se ha definido en los términos del artículo 1749 del Código Civil, exigiendo siempre y en todo caso de remoción, que se promueva el incidente respectivo por parte legítima, en el cual se dicte sentencia declarando la causa de remoción, para que no se viole al albacea la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución General de la República.

## CAPITULO VI

### DE LOS INTERVENTORES DE LA HERENCIA

1.—*Diversas clases de interventores.*—Tomando en cuenta las disposiciones que sobre esta materia existen respectivamente en los Códigos Procesal y Civil, podemos distinguir dos clases de interventores: provisionales y definitivos.

a) *Interventores provisionales.* De acuerdo con los artículos 771 a 773 y 836 del Código de Procedimientos Civiles, los interventores provisionales son aquellos que designa el juez en dos casos:

1.—Cuando pasados 10 días de la muerte del autor de la sucesión, no se hubiere presentado el testamento, o en él no se hubiere designado albacea, ni tampoco se hubiere denunciado el intestado. En estas distin-

tas hipótesis cumplidos estos requisitos, el juez nombrará un interventor que sea mayor de edad, de notoria buena conducta, con domicilio en el lugar del juicio sucesorio, debiendo caucionar su manejo con fianza judicial que deberá otorgar en el plazo de diez días contados a partir de la aceptación del cargo bajo pena de remoción.

Las funciones de este interventor provisional las determina el artículo 772.

La función del interventor es exclusivamente provisional, pues cesará luego que se nombre o se dé a conocer al albacea, entregando a éste los bienes, sin que pueda retenerlos bajo ningún pretexto ni aún por razón de mejoras o gastos de manutención, o reparaciones (Artículo 773 del Código de Procedimientos Civiles).

2.—La segunda categoría de interventores provisionales está regulada por el artículo 836 del mismo Código Procesal y tiene lugar cuando por cualquier motivo no hubiere albacea después de un mes de iniciado el juicio sucesorio, a cuyo efecto el juez nombrará un interventor que podrá intentar, previa la autorización correspondiente, todas las acciones que tengan por objeto recobrar bienes o hacer efectivos derechos pertenecientes a la herencia, así como contestar las demandas que se promovieren en contra de la sucesión.

En casos muy urgentes podrá el juez, aún antes de que se cumpla el término mencionado, autorizar al interventor para que demande y conteste a nombre de la sucesión. Los terceros no podrán invocar como defensa la falta de autorización judicial en el caso concreto.

El interventor no podrá deducir en juicio las acciones que por razón de mejoras, manutención o reparaciones tenga contra la testamentaria o el intestado, a no ser que haya hecho los gastos respectivos con previa autorización judicial. (Artículo 837 del Código Procesal).

b) Interventores definitivos. Esta clase de sujetos del derecho hereditario están definidos por el artículo 1729 del Código Civil, caracterizándolos como aquellos que tienen por objeto vigilar el exacto cumplimiento del cargo del albacea. Es decir, el interventor de la herencia es un órgano de control de las funciones del albacea a efecto de vigilar el exacto cumplimiento de su cargo.

Los interventores definitivos no pueden tener la posesión ni aún interina de los bienes hereditarios, deben ser mayores de edad y con capacidad general para obligarse. Durarán en su función todo el tiempo que dure el albaceazgo, y por esto el artículo 1733 del Código Civil estatuye que entre tanto no se les revoque su nombramiento, desempeñarán sus funciones sin sujeción a un determinado plazo. Exclusivamente la vigencia de su encargo dependerá de la duración del albaceazgo, dada



la función específica de los interventores en los términos del citado artículo 1729.

2.—*Casos en los que es forzoso nombrar un interventor definitivo.*—Conforme al artículo 1731 del Código Civil:

“Debe nombrarse precisamente un interventor: I.—Siempre que el heredero esté ausente o no sea conocido; II.—Cuando la cuantía de los legados iguale o exceda a la porción del heredero albacea; III.—Cuando se hagan legados para objetos o establecimientos de beneficencia pública”.

3.—*Terminación del cargo de interventor.*—Las mismas causas que dan fin al cargo de albacea, terminan también con el cargo de interventor. En consecuencia, damos aquí por reproducido el análisis anteriormente expuesto respecto a dichas causas.

## CAPÍTULO VII

### DE LOS ACREEDORES Y DE LOS DEUDORES DE LA HERENCIA

1.—*De los acreedores de la herencia.*—Los acreedores de la herencia son los sujetos privilegiados del derecho hereditario dados los fines específicos que persigue esta rama del ordenamiento jurídico. En efecto, ya hemos explicado que todo el activo hereditario queda destinado preferentemente a cubrir el pasivo de la sucesión, de tal manera que los herederos deberán pagar a beneficio de inventario el importe de las obligaciones a cargo de la herencia. Si el activo transmitido a los herederos fuere insuficiente y hubiere legatarios, en los casos de sucesión testamentaria, éstos responderán subsidiariamente con los herederos y hasta el límite de sus legados. En consecuencia, ni aun los legatarios preferentes podrían eludir dicha responsabilidad subsidiaria.

Hemos explicado ya que el albacea puede proceder de acuerdo con los herederos a la venta de los bienes hereditarios para hacer el pago de las deudas mortuorias y de los créditos a cargo de la sucesión; que en el caso de que no se pusieren de acuerdo todos los herederos, la venta podrá llevarse a cabo con autorización judicial. En uno y en otro caso el producto obtenido debe quedar afectado al pago primero de las deudas mortuorias y, después, de las deudas hereditarias en general, según las preferencias que hubiere entre los acreedores dada su naturaleza y

observándose, en el caso de concurso del de cujus antes de su muerte, o de la sucesión si fue declarado ya abierta la herencia, las reglas que en su oportunidad estudiaremos.

El juez de la sucesión deberá tomar las providencias necesarias para que no se defraude a los acreedores y, por lo tanto, se destine el producto de los bienes vendidos al pago de las deudas hereditarias. Sin embargo, cabe la posibilidad de que la venta se efectúe por acuerdo unánime de los herederos, sin la intervención del juez, disponiendo éstos del producto que se obtuviere. También es factible que se constituyan gravámenes que afecten los bienes de la sucesión, disponiendo los herederos o el albacea en su caso del producto obtenido. En rigor tampoco debería entregarse a los herederos y legatarios los productos de los bienes hereditarios, mediante la distribución provisional a que se refieren los artículos 1707 del Código Civil y 854 del Código de Procedimientos Civiles, mientras no se determine si la sucesión es solvente, pues si no lo fuere, dichos productos, así como los bienes mismos, deben estar afectos al pago de los acreedores de la herencia. No obstante las finalidades del derecho hereditario y las distintas protecciones que confieren sus normas a los acreedores, es posible, en consecuencia, que los herederos o el albacea ejecuten actos en fraude de aquéllos. Para evitar esta posibilidad es urgente una reforma en los códigos civiles que proteja de manera eficaz los derechos de los acreedores, requiriendo en todo caso la intervención del juez para la existencia (no sólo para la validez) de las enajenaciones o actos de dominio que ejecutaren los herederos en unión del albacea, a efecto de que el citado funcionario tome las providencias necesarias en beneficio de los acreedores, exigiendo que los valores o el efectivo que se obtuviere, quede en depósito judicial, pues su destino siempre debe ser el de hacer pago inmediato bien sea de los gastos funerarios, deudas mortuorias o de los créditos ya exigibles a cargo de la herencia. El artículo 1765 requiere que para la venta de los bienes hereditarios con el fin de pagar deudas y legados, se haga en subasta pública, a no ser que la mayoría de los interesados acuerde otra cosa. También el artículo 1717 exige que para el pago de una deuda u otro gasto urgente, el albacea venda los bienes que fueren necesarios de acuerdo con los herederos, y si éste no se lograra, con aprobación judicial. En ambos supuestos, el fraude a los acreedores es posible y, por consiguiente, debe reformarse el Código Civil en el sentido ya indicado, si es que quiere alcanzarse el fin primordial del derecho hereditario.

2.—*Medidas preventivas para evitar el fraude contra los acreedores hereditarios.*—Consideramos que una medida preventiva de gran trascen-

dencia jurídica en las sucesiones, consistirá en facultar a los acreedores para pedir en cualquier momento al juez de la sucesión que convoque a los herederos o legatarios en su caso y al albacea, cuando exista temor fundado de que alguno de dichos sujetos trate de realizar un acto en fraude o perjuicio de dichos acreedores. Presentada la solicitud, en una audiencia el juez será quien resuelva, en vista del estado de solvencia o insolvencia de la sucesión, si procede autorizar o negar la celebración del acto que se estima perjudicial o fraudulento. Cabe también que el juez exija a la sucesión que garantice debidamente el destino que dará al producto que obtuviere. Nosotros nos permitimos al elaborar el Código Civil del Estado de Morelos, formular los siguientes preceptos:

“ARTICULO 903.— CONCURRENCIA DE HEREDEROS POR POSIBLE FRAUDE O PERJUICIO DE ACREEDORES POR PARTE DEL ALBACEA. A solicitud de cualquier acreedor cuyo derecho conste debidamente, podrá el Juez convocar a los herederos, cuando exista temor fundado de que los mismos o el albacea ejecuten algún acto en fraude o perjuicio de acreedores. En dicha audiencia, según el estado de solvencia o insolvencia de la sucesión y el peligro de fraude a los acreedores, el Juez podrá autorizar o negar la celebración del acto o actos a que se refiera la denuncia del acreedor. En todo caso, podrá la sucesión celebrar el acto o contrato, si garantiza con fianza, prenda o hipoteca los derechos del acreedor o acreedores que pudieren resultar perjudicados”.

“ARTICULO 904.— OPOSICION DE ACREEDORES HEREDITARIOS AL PAGO DE UN HEREDERO CON BIENES DE LA HERENCIA PARA DEUDAS PERSONALES. Los acreedores de la herencia pueden oponerse válidamente al pago que pretendiere hacer o que hubiere hecho un heredero, con los bienes de la masa, para solventar sus deudas personales. Si al efecto pidiere que se citare a audiencia en los términos del ARTICULO anterior y el pago no estuviere hecho, el Juez negará de plano la autorización para ejecutarlo. Si el pago se hubiere efectuado, a petición de cualquier acreedor o de un legatario que resulte perjudicado, se declarará, previo el incidente respectivo, la nulidad del mismo. El citado incidente se tramitará ante el Juez de la sucesión y en relación con el juicio hereditario”.

3.—*Medidas represivas contra el fraude realizado en perjuicio de los acreedores hereditarios.*—Realizando el acto fraudulento en perjuicio de acreedores y de acuerdo con lo que dispone el artículo 2163 del Código Civil, estos últimos podrán intentar la acción pauliana observando al efecto lo dispuesto por los artículos 2163 a 2179 del mencionado ordenamiento. Es decir, se requiere que el acto provoque o agrave la insolvencia de la sucesión y que se ejecute de mala fe por los herederos, legatarios o albacea, si es oneroso; también se exige que el tercero que hubiere contratado haya procedido de mala fe. Si el acto fuere gratuito procederá la acción pauliana aun cuando hubiere habido buena fe de ambas partes, bastando con que se acredite que originó o agravó la insolvencia de la sucesión. Los acreedores perjudicados deben ser de fecha anterior al acto dispositivo. Cabe distinguir dos clases de acreedores hereditarios: los

existentes antes de la muerte del de cujus como acreedores de éste y los que por algún acto posterior de los herederos, albaceas o legatarios a quienes se les aplicare íntegramente la herencia, hubieren adquirido un derecho personal contra la sucesión. El objeto de la acción pauliana es obtener la nulidad del acto dispositivo y, por lo tanto, la restitución de los valores que se hubieren enajenado.

4.—*Deudores de la herencia.*—Estos sujetos quedan obligados a hacer el pago de sus obligaciones al albacea, sin que por lo tanto puedan perjudicar a los acreedores hereditarios haciendo un pago a los acreedores personales de dichos herederos, pues las relaciones pasivas de la sucesión son totalmente independientes de las relaciones pasivas de los herederos o legatarios en lo personal. Además, los deudores de la herencia son responsables de valores que están destinados, como partes del activo hereditario, al pago del pasivo sucesorio para satisfacer preferentemente a los acreedores de la herencia.

## TITULO III

### SUPUESTOS DEL DERECHO HEREDITARIO

#### CAPITULO PRELIMINAR

##### IDEAS GENERALES

1.—*Concepto general.*—Hemos ya indicado que los supuestos del derecho hereditario son todas aquellas hipótesis normativas de cuya realización dependerá que se produzcan las consecuencias que regula el citado ordenamiento y que pueden consistir en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, obligaciones, sanciones o situaciones jurídicas concretas.

Los tratados de derecho civil no han sistematizado el estudio de los supuestos del derecho hereditario, toda vez que tratan de ellos en forma desordenada y sin método alguno.

Dado el programa que nos hemos impuesto y que consideramos el más adecuado tanto desde el punto de vista de la teoría general del derecho, cuando de la lógica jurídica y de la pedagogía, trataremos de sistematizar el estudio de los supuestos jurídicos del derecho hereditario, haciendo las siguientes distinciones:

- a) Supuestos comunes a las testamentarias e intestados.
- b) Supuestos especiales de las testamentarias.
- c) Supuestos propios de los intestados.

*Ruggiero* distingue bajo el nombre de "condiciones de la delación legítima", los supuestos de la sucesión intestada y bajo la denominación de "condiciones o supuestos de la delación testamentaria", los supuestos específicos de las testamentarias.

No hace una clasificación especial para los supuestos comunes a testamentarias e intestados, pero distingue y estudia en el capítulo XXIX algunos de dichos supuestos. Por este motivo trata de los siguientes temas: 1.—De la sucesión por causa de muerte; 2.—De la apertura de la

sucesión y de la delación hereditaria; 3.—De la adquisición, aceptación y renuncia de la herencia.

En la enumeración que antecede no se comprenden todos los supuestos comunes a las testamentarias e intestadas, pues además de la muerte del autor de la herencia con las consecuencias jurídicas relativas a la apertura y a la aceptación, adquisición y renuncia de la herencia, deben mencionarse el reconocimiento o declaración de herederos, la capacidad para heredar, que *Ruggiero* estudia en otro lugar, la incapacidad para ese efecto, con su consecuencia relativa a la caducidad del derecho del heredero o del legatario, y la administración, liquidación, y participación de la herencia.

En cuanto a los supuestos propios de las testamentarias, el autor mencionado comprende los siguientes: 1.—Capacidad para testar y recibir por testamento; 2.—Limitaciones impuestas a la libertad de testar; 3.—El testamento y sus formas; 4.—Contenido del testamento; 5.—Institución de heredero; 6.—Sustitución de heredero; 7.—Legados; 8.—Revocación e ineficacia de las disposiciones testamentarias; 9.—Ejecutores testamentarios.

En la citada enumeración se mezclan supuestos de la sucesión testamentaria con otros problemas, como son los relativos a la ineficacia de las disposiciones testamentarias y a la designación de albaceas.

Aun cuando la institución de herederos y la de legatarios pueden considerarse como supuestos por las consecuencias que producen, hemos creído conveniente tratar de estas materias a propósito de los sujetos del derecho hereditario, es decir, de los herederos, legatarios y albaceas.

Las distintas ineficacias de las disposiciones testamentarias, como sanciones jurídicas, deberían estudiarse en el capítulo consagrado a los objetos del derecho hereditario, toda vez que en tal determinación comprendemos los derechos, las obligaciones y las sanciones que regula ese ordenamiento; pero para no dividir la materia, las analizaremos en este título.

Según lo expuesto, trataremos de los siguientes supuestos propios de las testamentarias: 1.—Del testamento y sus causas de nulidad; 2.—Modalidades de los testamentos; 3.—De la libre testamentifacción 4.—Formalidades de los testamentos; 5.—De la caducidad hereditaria y la sustitución de herederos.

En cuanto a los supuestos especiales de los intestados, *Ruggiero* estudia: 1.—La capacidad para heredar; 2.—El derecho de representación; 3.—La sucesión de los parientes legítimos y naturales, y 4.—La sucesión del cónyuge supérstite y la del Estado.

Por nuestra parte estudiaremos bajo una denominación general "el parentesco, el matrimonio y el concubinato" como supuestos principales de la sucesión intestada que deben combinarse con la muerte del autor de la herencia, que a su vez constituye la base inicial para que se produzcan todas las consecuencias del derecho hereditario. Además, trataremos de los otros supuestos a que se refiere Ruggiero.

2.—*Programa de estudio.*—A efecto de proceder metódicamente en el análisis de los distintos supuestos del derecho hereditario, dividiremos este capítulo en tres grandes partes:

- a) Supuestos comunes a las testamentarias e intestados;
- b) Supuestos propios de las testamentarias;
- c) Supuestos especiales de los intestados.

Cada una de las tres grandes partes en que se dividirá este título, a su vez será objeto de nuevas subdivisiones, para consagrar un capítulo especial a cada uno de los supuestos mencionados.

## SECCION PRIMERA

### SUPUESTOS COMUNES A LAS TESTAMENTARIAS E INTESTADOS

#### CAPITULO I

##### DE LA MUERTE DEL AUTOR DE LA HERENCIA

1.—*La muerte del de cujus como supuesto básico del derecho hereditario.*—La muerte del autor de la herencia es el supuesto principal y básico del derecho hereditario y a él se refieren múltiples consecuencias que además se retrotraen a la citada fecha, aun cuando se realicen con posterioridad. Por esto la citada muerte determina la apertura de la herencia y opera la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes a los herederos y legatarios.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 984 y 985.

2.—*Presunción de muerte del ausente.*—Dice al efecto el artículo 1649: "La sucesión se abre en el momento en que muere el autor de la herencia y cuando se declara la presunción de muerte de un ausente".

Tanto en la herencia legítima, como en la testamentaria, se aplica el principio de que los herederos adquieren derecho a la propiedad y posesión de los bienes de la herencia, desde la muerte del autor de la sucesión. Por consiguiente, los herederos son propietarios y poseedores en la parte alícuota correspondiente, antes de la aceptación de la herencia.

El momento de la muerte se llama técnicamente apertura de la herencia. Aun cuando materialmente no se haya radicado en ningún juzgado el juicio sucesorio, jurídicamente la herencia se ha abierto en el instante mismo de la muerte o al declararse por sentencia la presunción de muerte del ausente. Como es evidente, la denuncia y su radicación serán posteriores; pero el juez declarará abierta la herencia desde el momento mismo de la muerte. En ocasiones es necesario precisar el instante y no sólo la hora en que muere el autor de la sucesión. Tiene interés probar ese instante, cuando el autor de la herencia perece en un accidente con sus presuntos herederos, porque entonces, solamente heredarán, si murieron después del autor, y no tendrán derecho a heredar, si murieron antes, o en el mismo momento que él. En los casos en que perezcan varias personas en un accidente, la ley presume que todas murieron en el mismo momento, salvo prueba en contrario. La apertura de la herencia tiene entonces, en este caso, el efecto primordial de originar la caducidad del derecho hereditario para aquellas personas que hubieran fallecido antes o en el momento mismo de la muerte del autor.

## C A P I T U L O I I

### VOCACIÓN Y DELACIÓN HEREDITARIA

1.—*Concepto.*—Trataremos de la vocación y delación hereditarias en relación con la apertura y adquisición de la herencia. Se trata de términos propios reconocidos en el derecho romano para designar respectivamente al llamamiento virtual que se hace por la ley o por el testamento a los herederos, en el instante preciso de la muerte del autor de la sucesión, y al llamamiento real y efectivo que se opera en el juicio sucesorio por medio de edictos convocando a los que se crean con derecho a una herencia.

La vocación legítima o testamentaria es el llamamiento virtual que por ministerio de la ley se hace a todos los que se crean con derecho a una herencia en el instante preciso en que muera el autor de la misma o al declararse la presunción de muerte del ausente.



Además de este llamamiento virtual, existe el llamamiento real que se llama delación y que, según los distintos sistemas positivos, se lleva a cabo en forma de edictos, como disponía el Código Procesal anterior, convocando a los que se creían con derecho a la herencia legítima, o citando personalmente a los que aparecían instituidos en el testamento. El Código Procesal vigente requiere que en toda denuncia de intestado, el denunciante indique los nombres y domicilios de los presuntos herederos para que sean notificados y puedan concurrir al juicio. Tiene importancia no sólo procesal, sino civil, distinguir estos dos momentos: el de la vocación como llamamiento virtual y el de la delación hereditaria como llamamiento real, emplazando a los herederos al juicio.

*Desde el punto de vista civil ambos momentos se retrotraen o refieren siempre al instante de la muerte del de cuius para que cualquiera que sea la fecha de radicación del juicio, el juez declare legalmente abierta la sucesión desde el día y hora de la defunción.* Asimismo, para que cualquiera que sea la fecha del reconocimiento judicial de los herederos y legatarios, o de la aceptación expresa de los mismos, legalmente lo sean, desde el instante preciso de la muerte. Por esto todos los momentos en el juicio sucesorio y las etapas que sucesivamente puedan diferenciarse, se retrotraen a la apertura de la herencia; y ésta será distinta de la radicación material del juicio, pues aquélla se hace en el día y hora de la muerte del de cuius y la radicación ocurre en un período ulterior.

Rodolfo Sohm, ob. cit., págs. 312 a 313.

2.—*Distintos momentos que deben referirse a la apertura de la herencia.*—La adquisición hereditaria por virtud del reconocimiento judicial de herederos y legatarios, también queda referida y retrotraída al momento de la apertura. Por consiguiente, podemos diferenciar los siguientes momentos en una herencia:

1º—Día y hora de la muerte del de cuius o declaración judicial de presunción de muerte del ausente, que originan la apertura de la herencia.

2º—Vocación hereditaria, que por ministerio de la ley se hace el mismo día y hora de la muerte.

3º—Radicación material del juicio sucesorio mediante la denuncia. Lógicamente en fecha posterior a la muerte.

4º—Delación hereditaria, o sea, llamamiento efectivo mediante edictos o notificación judicial.

5º—Reconocimiento judicial de herederos y legatarios.

6º—Adquisición irrevocable de la herencia por su aceptación expresa o tácita o no existencia del derecho por repudiación de la misma.

7°—Administración y liquidación de la herencia, y,

8°—Partición y adjudicación de la herencia.

Todos estos momentos jurídicamente se retrotraen al de la apertura de la herencia en cuanto a sus consecuencias legales y, por tanto, al día y hora de la muerte del autor de la sucesión.

### C A P I T U L O I I I

#### DECLARACIÓN DE HEREDEROS Y ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA

1.—*Problemas principales.*—La declaración de herederos y legatarios o reconocimiento judicial de los mismos, tiene no sólo interés procesal para determinar con exactitud quiénes son los herederos, sino también interés civil por lo que se refiere a los problemas que el juez habrá de resolver para llegar al reconocimiento de herederos y legatarios.

Fundamentalmente se pueden presentar tres problemas en el caso del reconocimiento, que son:

1o.—La declaración como heredero del ser concebido que no ha nacido, designado como heredero o legatario.

2o.—El reconocimiento de herederos, en el caso que perezcan en un mismo accidente el autor de la herencia y aquellos que estaban avocados a la misma, y

3o.—El reconocimiento de los derechos del ausente.

1°—En cuanto al primer problema, existe en el derecho europeo el principio de que, desde que el ser es concebido, tiene capacidad jurídica para heredar, bajo la condición de que nazca viable, pero siempre que la fecha de la concepción sea anterior a la de la muerte del de cujus. Lógicamente pueden darse dos casos: herencia del hijo póstumo y herencia de un ser que no sea hijo del autor de la sucesión.

La primera hipótesis, herencia del hijo póstumo queda definida por una serie de presunciones legales para considerar que todos los hijos habidos de una mujer casada son hijos de su esposo; que por tanto, el hijo póstumo es legítimo; salvo que esta presunción legal quede desvirtuada por los que tengan interés demostrar, en atención a la fecha del nacimiento o de una imposibilidad física para la procreación, que no se trata de un hijo del autor de la sucesión. Independientemente de estos problemas de paternidad, para el derecho hereditario interesa también que se demuestre que la fecha de la concepción fue anterior a la de la muerte. En el caso del hijo póstumo se nota lógicamente la relación que debe

haber en cuanto a la presunción de paternidad para inferir de la misma que el ser fue concebido antes de la muerte del autor de la sucesión. Al efecto, conforme al Art. 324 se presumen hijos legítimos los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del marido, por ser el término máximo del embarazo conforme a la ley.

Cuando es heredero en general un ser que no es hijo del autor de la herencia, y que no ha nacido, se requiere que la fecha de la concepción, como en el caso que antecede, sea anterior a la de la muerte. Lo único que se requiere es, no que haya nacido cuando murió el de cujus, sino que haya sido concebido, bajo la condición de que nazca viable; si no nace viable, se destruye, con efectos retroactivos, la personalidad jurídica de aquel ser. El problema que se le presenta al juez no tendría dificultad, si en el momento del reconocimiento de herederos, ya el ser concebido hubiera nacido en forma viable; pero puede ocurrir que tratándose del hijo póstumo, o del ser concebido y no nacido, el juez no tenga los elementos bastantes para determinar los requisitos legales, y aun cuando los tuviese en cuanto a la fecha de la concepción, el reconocimiento dependerá del nacimiento viable. Ante este problema, el juez debe reconocer condicionalmente el derecho de ese heredero, sujeto a la condición resolutoria de que nazca viable y dentro de los trescientos días siguientes a la muerte del de cujus.

En los Arts. 1314 y 1315 se dice:

“Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337”.

“Será, no obstante, válida la disposición hecha en favor de los hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas, durante la vida del testador”.

Ya este precepto implica la hipótesis de que nazcan los herederos durante la vida del testador, pero en nuestro concepto debe entenderse que sólo sean concebidos y nazcan viables.

Por otra parte, en el derecho europeo y en el latino americano existe el mismo principio, es decir, basta la concepción y el nacimiento viable para que nazca el derecho a la herencia.

2º—El segundo problema que se presenta al juez en el reconocimiento de herederos, es el relativo a la muerte del autor de la sucesión y de los herederos legítimos o testamentarios, en un mismo accidente. Algunas legislaciones se han orientado ante este caso admitiendo la presunción de que todos murieron en el mismo instante, salvo prueba en contrario.

En circunstancias normales, cuando la muerte se debe a un accidente, se acepta que un instante es bastante para que el heredero haya adquirido, si murió después del autor, el derecho de transmitir a sus herederos aquella herencia. Y en ocasiones será fácil demostrar, aunque sea cuestión de instantes, quién murió primero; máxime si existe un acta o prueba documental. El juez, en tales casos, si no se rinde prueba en contrario, debe admitir la presunción legal de que todos murieron en el mismo instante. El artículo 1287 dice:

“Si el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perecieren en el mismo desastre o en el mismo día, *sin que se pueda averiguar a ciencia cierta quiénes murieron antes, se tendrán todos por muertos al mismo tiempo, y no habrá lugar entre ellos a la transmisión de la herencia o legado*”.

Mateos Alarcón, ob. cit., págs. 8 y 9.

3º—El tercer problema se presenta para que herede el ausente. El juez, como en los casos anteriores, debe exigir prueba de que el heredero ha sobrevivido al autor de la herencia. Pero en el caso del ausente, justamente se ignora si vive o ha muerto y, más aún, se desconoce en todo caso la fecha posible del día de su muerte. En estas condiciones, los derechos positivos pueden estatuir formas distintas de resolver el problema; podrían optar por subordinar, y esto sería lo más lógico, el derecho del ausente a que aparezca o se sepa la fecha de su muerte. El reconocimiento será condicional, dependerá de la aparición o muerte del ausente.

Otro sistema consiste en sujetarse estrictamente al procedimiento de ausencia, cuando en éste haya fecha de presunción de muerte. Si no se ha iniciado el procedimiento en el momento en que el juez deba reconocer como heredero a un ausente, entonces, como no hay presunción de que haya muerto, el juez lo deberá reconocer, pero sujetando el reconocimiento a la indicada condición. Si en el momento en que el juez tenga que reconocer los derechos de un ausente ya existía declaratoria de presunción de muerte, entonces el juez comparará las fechas para atribuir o negar el carácter de heredero al ausente. Si la fecha de presunción de muerte es anterior a la fecha en que murió el autor de la herencia, se considerará caduco el derecho del ausente; pero si en la fecha que se declare esa presunción es posterior a la del autor de la sucesión, quedará nombrado como heredero, y a su vez sus herederos tendrán derecho a reclamar su herencia.

2.—*Derecho europeo.*—En relación con este tema determinaremos lo que el derecho europeo, principalmente el español y los antecedentes romanos y germánicos, han influido en nuestra legislación.

Relacionaremos los diversos momentos que hemos indicado para la herencia, tratando sólo de lo fundamental en los distintos derechos mencionados:

1º—Respecto al primer momento, o sea, apertura de la sucesión, encontramos uniformidad en lo general en todo el derecho europeo; toda herencia se entiende abierta en el momento de la muerte del autor. Precepto que nos vino del derecho romano, que reconoce el germánico medieval, acepta el derecho consuetudinario francés, admite el Código Napoleón, y a través de él los de Italia, España y Portugal, llegando hasta nuestros días. Pero sí conviene fijar una diferencia entre el derecho romano, el latino europeo y el germánico. En el derecho romano, aunque la herencia se entiende abierta en el momento de la muerte, había un período determinado que se llamaba de herencia vacante o yacente hasta la aceptación o aditio; pero sólo cuando se trataba de herederos voluntarios, ya que en cuanto a los necesarios, de pleno derecho se entendía aceptada la herencia. En cambio, el derecho germánico introduce el principio moderno de que hay una transferencia ipso jure al heredero, en el momento de la muerte del de cuius. Y por tanto, no hay herencia yacente, porque debido a una presunción de legislador, se considera que el heredero aceptará. Se adelanta la ley a la voluntad del heredero para considerarlo como sucesor y representante del patrimonio hereditario desde el instante mismo de la muerte del autor; presunción que no es absoluta ni definitiva, por lo que también en el derecho germánico se exige la aceptación, para convertir en irrevocable el derecho provisional del heredero, y se permite la repudiación. Encontramos, además, que a partir de ese derecho germánico, se consagra el principio moderno de que nadie puede ser heredero contra su voluntad, de tal suerte que es posible la aceptación o repudiación como actos libres, sin violencia y sin error.

Vitorio Polacco, De las Sucesiones, t. II, pág. 25.

De acuerdo con el sistema francés, los herederos legítimos adquieren de pleno derecho los bienes, derechos y acciones del difunto, bajo la obligación de cubrir todas las cargas de la sucesión (Art. 724). Conforme al artículo 723, primero se llama a la sucesión a los herederos legítimos, y a falta de ellos los bienes pasan al cónyuge supérstite y en su defecto, al Estado.

Distinguía el Código Napoleón los herederos legítimos, que eran los hijos legítimos y los ascendientes, para diferenciarlos de los sucesores irregulares o imperfectos, comprendiendo en esta categoría a los hijos naturales, al cónyuge supérstite, al Estado y a todas las personas llama-

das a recibir la sucesión por un concepto distinto del de un título legítimo, como parientes del de cujus. Los sucesores irregulares, debían ser puestos en posesión por el juez, a efecto de adquirir la propiedad de los bienes hereditarios.

Polacco, ob. cit., t. II, págs. 41 y 42.

Conforme a la ley de 25 de marzo de 1896 se le dio una nueva redacción al artículo 723 del Código Napoleón, en los siguientes términos: "La ley regula el orden de sucesión entre los herederos legítimos y los herederos naturales. A falta de ellos, los bienes pasan al cónyuge supérstite, y si no existe, al Estado". Esa modificación originó, como dice Baudry-Lacantinerie, que los herederos legítimos y naturales quedaran colocados en el mismo plano, modificándose también el artículo 724 en el sentido de que:

"Los herederos legítimos y los herederos naturales adquieren de pleno derecho (sont saisis de plein droit) los bienes, derechos y acciones del difunto, bajo la obligación de cubrir todas las cargas de la sucesión. El cónyuge supérstite y el Estado deben hacerse poner en posesión".

Polacco, ob. cit., t. II, págs. 28 a 29.

Nuestro Código de 1884 extendió el principio de la transmisión ipso jure a los legatarios. El derecho germánico, lo mismo que el italiano, refieren el principio a los herederos; el derecho francés los restringe a los herederos regulares, el nuestro lo extiende a herederos y legatarios.

Vitorio Polacco, De las Sucesiones, t. II, págs. 8 a 9.

El Código Civil alemán, vigente a partir del 1º de enero de 1900, admite principios generales semejantes a los del derecho germánico y algunos son casi idénticos a los preceptos de nuestro Código Civil vigente, por lo que tiene interés comentarlos. Tomaremos algunos artículos de la traducción francesa de *Saleilles* y otros profesores.

"La sucesión pasa al heredero llamado, con el derecho de repudiar la herencia; el fisco no puede repudiar la sucesión como heredero legítimo". (Art. 1942). "A la muerte de una persona, el patrimonio pasa como universalidad a una o varias personas llamadas herederos. Las disposiciones concernientes a la herencia, se aplican a la parte de un coheredero".

Tenemos aquí las dos reglas que hemos estudiado: a la muerte del autor, el patrimonio como universalidad se transmite al heredero; si hay varios la parte alícuota sigue las reglas de la transmisión universal.

"No puede ser heredero sino aquel que exista en el momento de la apertura de la sucesión, el que no exista, pero que ha sido concebido ya en ese momento, es considerado como nacido antes de la apertura de la sucesión" (Art. 1923).

Exactamente es la disposición que observamos en nuestro Código vigente y en general en el derecho latino europeo.

Polacco, ob. cit., t. II. pág. 11.

2º—El segundo momento que hemos designado vocación hereditaria, como llamamiento virtual hecho por la ley en la sucesión legítima o por testamento, también lo encontramos en general en todo el derecho europeo. Comentando Ruggiero el derecho italiano, hace el distinguo de vocación virtual, en el momento mismo de la muerte y llamamiento efectivo, que se hace por la delación hereditaria. El derecho francés en este aspecto restringe la vocación a los herederos, y no la extiende a los legatarios. También en él encontramos la particularidad de que por testamento únicamente pueden instituirse legatarios, nunca herederos. Los herederos tienen un derecho por la sangre, y se dijo desde el derecho germánico, que eran instituidos por Dios, y no por el testador. Es decir, su derecho no depende de la voluntad del testador, sino de su vínculo consanguíneo y, por consiguiente, el testamento no podrá desconocer su derecho. De aquí que el derecho francés considere que la vocación legítima es aplicable exclusivamente a los herederos, porque es el llamamiento a todos aquellos que tengan un derecho por la sangre, para reclamar la herencia.

El derecho italiano, el español y el nuestro, permiten que por testamento puedan instituirse legatarios y herederos; que, por consiguiente, pueda haber herederos legítimos y testamentarios. Este concepto de herederos legítimos se extiende en nuestro derecho a los parientes por adopción y al cónyuge supérstite.

3º—En cuanto al tercer momento, radicación del juicio, tiene más bien interés procesal, y no presenta ninguna importancia comparar las disposiciones de los distintos derechos, en un punto que debe ser exclusivo de cada legislación procesal; pero sí puede decirse que la radicación del juicio siempre se retrotrae a la apertura de la herencia.

4º—El cuarto momento llamado de la delación hereditaria, que es el llamamiento efectivo que se hace a los herederos, según los distintos sistemas procesales, tiene en todos estos derechos la consecuencia de referir la delación misma a la apertura. Es decir, por virtud del llamamiento efectivo, el heredero ejercita el *jus delationis* o derecho de aceptar o repudiar la herencia. En este aspecto, sí tiene interés comparar las

legislaciones, para definir cuál de los sistemas en materia de aceptación o repudiación de la herencia, acepta nuestro Código Civil. Para el derecho romano, en un principio, el *jus delationis* no fue patrimonial y transmisible por herencia, sino que fue un derecho personalísimo, de tal manera que si el heredero moría antes de haber aceptado, no transmitía el derecho a sus herederos; Teodosio y Justiniano reformaron el sistema, según explicaremos.

El derecho germánico es el que admite que el *jus delationis* sea transmisible por la herencia. Por consiguiente, el heredero adquiere la propiedad y posesión aunque no haya aceptado, porque la ley va en auxilio de su voluntad; lógicamente también, si muere el heredero antes de declarar expresamente que acepta, transmite este derecho a sus herederos. Principio que encontramos reconocido en el Código Napoleón, en el italiano, en el español, en el nuestro, y que también admite el Código Civil alemán. En los artículos 1942 a 1968 de este último, se reglamenta el *jus delationis* en una forma minuciosa, por lo que se refiere al derecho de aceptar o repudiar la herencia.

En el derecho alemán, el tribunal de la sucesión debe remitir al heredero, a petición de éste, un título en que conste su derecho hereditario, y si sólo es heredero en parte, en el título se hará constar el alcance de su parte en la sucesión.

3.—*Adquisición de la herencia.*—La siguiente etapa se refiere a la adquisición hereditaria. Ya hemos expuesto las reglas fundamentales aplicables a la adquisición hereditaria y también hemos dicho que la herencia se adquiere *ipso jure*, desde el día y hora de la muerte del *de cuius*; pero sujeta a condición de que no se repudie.

Parece innecesario decir que si la adquisición de la herencia opera *ipso jure* en el momento de la muerte del *de cuius*, y el heredero es en ese instante dueño y poseedor de los bienes, sea menester una aceptación expresa o tácita para confirmar la adquisición hereditaria; sin embargo, la adquisición *ipso jure* se funda en una presunción lógica, de que nadie rechazará una herencia que le beneficia. En nuestro derecho, es más fundada la presunción, porque toda herencia se recibe a beneficio de inventario. En las legislaciones en las que no opera por ministerio de ley el beneficio de inventario, se admite también la presunción *ipso jure*. Pero es lógico reglamentar las dos posibilidades: la de repudiación o la de aceptación expresa o tácita. La presunción de que se acepta la herencia quedará desvirtuada si se renuncia o repudia; si hay un abandono también hay repudiación.



## CAPITULO IV

## ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

1.—*Requisitos*.—La aceptación de la herencia es un acto jurídico unilateral, por el cual el heredero manifiesta expresa o tácitamente su voluntad en el sentido de aceptar los derechos y obligaciones del de cujus que no se extinguen con la muerte, invocando o no el beneficio de inventario.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, pág. 159.

El principio en nuestro derecho es el de que la aceptación o repudiación deben ser libres, puras, ciertas, totales, y con carácter retroactivo. Son libres en dos sentidos: Porque nadie está obligado a aceptar o repudiar una herencia, y porque debe aceptarse o repudiarse sin violencia física o moral; de tal manera que si el heredero fuera víctima de alguno de dichos vicios, puede nulificar la aceptación o repudiación.

Nuestro Código determina que la repudiación o aceptación son irrevocables, excepto cuando haya mediado dolo o violencia.

“La aceptación y la repudiación, una vez hechas, son irrevocables, y no pueden ser impugnadas sino en los casos de dolo o violencia”. (Art. 1670).

Ruggiero, ob. cit., v. II, pág. 1002.

Igual precepto encontramos en el derecho latino europeo y en el Código alemán. La aceptación o repudiación deben ser ciertas; es decir, el heredero no debe ser víctima de un error, por cuanto que ignore la existencia de un testamento, o porque creyendo que la sucesión es legítima, haya además parte testada; pero el error del heredero en cuanto al cálculo de los bienes y deudas, es decir, el error aritmético, no vicia la aceptación o la repudiación. La ley permite al heredero, a través de un plazo, estudiar el estado de la herencia para aceptarla o repudiarla. Por consiguiente, si por un error de aritmética acepta o repudia, después no puede revocar la aceptación o la repudiación.

En cambio, si el heredero acepta en la idea de que la sucesión es legítima, y después resulta testamentaria, puede revocar la aceptación o viceversa; si el heredero acepta creyendo en la validez de un testamento, y después se demuestra que tal testamento fue revocado, el heredero puede revocar su aceptación. Dice el artículo 1671:

"El heredero puede revocar la aceptación o la repudiación, cuando por un testamento desconocido, al tiempo de hacerla, se altera la cantidad o calidad de la herencia".

Para nosotros no tiene gran interés el error de cálculo, porque automáticamente los herederos quedan protegidos por el beneficio de inventario, aunque no lo invoquen. Si el activo es inferior al pasivo y el heredero cometió un error aritmético; no por esto responderá con sus bienes.

Art. 1678: "La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese".

En cambio, en el derecho francés, español, italiano y alemán, el beneficio de inventario sólo opera cuando es invocado, y si el heredero cometió un error de cálculo pensando que el activo era superior al pasivo, y por esto no solicita el beneficio de inventario, se perjudica y queda aceptada la herencia en sus términos; de tal manera que tendrá que cubrir con sus bienes el déficit a cargo de la sucesión.

Además, la aceptación y repudiación deben ser puras; no dependerán de ninguna condición o término. En el artículo 1657 de nuestro Código se determina:

"Ninguno puede aceptar o repudiar la herencia en parte, con plazo o condicionalmente".

El objeto es que no quede la herencia yacente si se permitiera al heredero aceptar a partir de cierta fecha, o que dejara de ser heredero con la llegada de un término; asimismo, que no se origine el problema de la incertidumbre de la aceptación, si depende de una condición. Precepto que también encontramos en el derecho latino europeo y en el alemán.

Otro requisito de la aceptación y repudiación es que sean totales; no se puede aceptar en parte, así se dice en el artículo 1657.

El heredero puede ser llamado cuando hay sucesión mixta, tanto en la herencia testamentaria como en la legítima. También en la testamentaria puede ser heredero y, además, legatario. En estos casos el heredero es libre de aceptar en la sucesión legítima y repudiar en la testamentaria o viceversa. En nuestro derecho dice el artículo 1663:

"El que es llamado a una misma herencia por testamento y ab intestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos".

También el heredero puede repudiar la herencia, pero aceptar el legado.

"La repudiación no priva al que la hace, si no es heredero ejecutor, del derecho de reclamar los legados que se le hubieren dejado". (Art. 1662).

No obstante que de pleno derecho se transmite a los herederos la propiedad y posesión de los bienes, así como los derechos y obligaciones del de cujus, en el momento de su muerte, la ley reglamenta la aceptación y repudiación de la herencia, porque nadie puede ser heredero contra su voluntad y porque, además, esa transmisión es de naturaleza revocable y, por consiguiente, provisional. Para que la situación revocable y provisional se convierta en definitiva e irrevocable, es necesario que el heredero acepte; la aceptación de la herencia no trae, por lo tanto, como consecuencia, la transmisión de los bienes, simplemente su efecto es hacer irrevocable la transmisión que ya se operó, pero que está sujeta a revocación si el heredero repudia la herencia.

La aceptación de la herencia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando así se declara terminantemente, bien sea ante el juez que conoce del juicio sucesorio o en un documento público o privado. Es tácita, cuando se deduce de hechos que hacen presumir necesariamente la calidad del heredero o bien, cuando el heredero ejecuta actos que sólo podría ejecutar ya como tal; por ejemplo, cuando ejercita una acción invocando la herencia o bien ostentándose como heredero. (Estas dos formas de aceptación se reconocen en el artículo 1656).

Las personas que pueden aceptar una herencia son aquellas que tienen la libre disposición de sus bienes. El acto de aceptación de una herencia implica en rigor la ejecución de actos de dominio, pues por virtud de la aceptación, se adquieren bienes o derechos o se aceptan obligaciones. Por consiguiente, sólo los mayores de edad pueden aceptar directamente una herencia. Los menores de edad, sólo podrán aceptar por conducto de sus representantes legítimos. La mujer casada es libre para aceptar o repudiar la herencia, sin necesidad del consentimiento de su marido, que sí se exigía bajo el Código Civil anterior.

Polacco, ob. cit., t. II, pág. 77.

Cuando la herencia beneficia a los dos cónyuges, por ser herederos mancomunados o bien, cuando se haga a favor de la sociedad conyugal, es menester el acuerdo de ambos cónyuges para la aceptación y si no se logra, resolverá el juez.

Tratándose de personas morales que tienen incapacidad para adquirir *bienes raíces* de acuerdo con el artículo 27 constitucional, *no podrán aceptar la herencia para adquirir esos bienes*; el efecto de la aceptación será que se vendan y se les aplique el importe correspondiente.

Los establecimientos públicos no pueden aceptar herencias sin el consentimiento de la autoridad jerárquica administrativa.

Los requisitos de toda aceptación o repudiación hereditaria, son los siguientes:

1.—Sólo puede aceptarse o repudiarse la herencia una vez que ha muerto el autor de la misma. Por consiguiente, nadie puede aceptar la herencia de una persona viva, o bien de una persona de la cual no se tenga la certeza de que haya muerto. En el artículo 1666 se declara que nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de aquel de cuya herencia se trate.

Polacco, ob. cit., t. II, págs. 51 a 52.

2.—Debe haberse hecho la apertura de la herencia, a efecto de que el heredero pueda, dentro del juicio sucesorio, hacer la aceptación expresa o bien considerarse como heredero por virtud de una aceptación tácita. Artículo 1656.

En el sistema italiano se reconocen como principios fundamentales el de la continuidad de la persona y del patrimonio del difunto a través de sus herederos.

Rige el principio germánico conforme al cual la propiedad y posesión de los bienes que integran la sucesión pasa de pleno derecho al heredero. Conforme al artículo 923 del Código italiano: "La sucesión se abre en el momento de la muerte".

En cuanto a la aceptación de la herencia, rige el principio de que nadie puede ser heredero contra su voluntad; es decir, no existen herederos forzosos. Se admite un sistema mixto entre el romano y el germánico, ya que no es menester la aditio para que se opere la transmisión de la propiedad y posesión de los bienes de la sucesión al heredero, aceptándose por el contrario, el principio germánico que pasó al derecho francés, en el sentido de que la adquisición hereditaria opera *ipso jure*, tanto respecto a la posesión y la propiedad, como que muerto el heredero sin aceptar, no obstante, se reputa que el derecho entró a su patrimonio, transmitiéndolo a su vez a sus herederos. El artículo 925 del Código italiano declara:

"La posesión de los bienes del difunto pasa de derecho a la persona del heredero sin necesidad de material aprehensión".

Ruggiero, ob. cit., págs. 995-997.

El sistema anterior es el observado en nuestro derecho, según las razones que ya hemos expuesto en el curso de esta obra.

En el derecho español se sigue en parte la tradición romana, en cuanto que para la transferencia de la posesión de los bienes al heredero, es menester la aceptación o aditio; pero en cuanto a la propiedad, ésta se transmite desde el momento de la muerte del de cujus.

2.—*Tres sistemas.*—En cuanto a la aceptación de la herencia, son posibles tres sistemas:

1º—El romano, según el cual entretanto no hubiese la aceptación, no se transfería la herencia y, por consiguiente, había un período de herencia yacente; los efectos de la aceptación no se retrotraían a la fecha de la muerte. Sólo respecto de los herederos necesarios se entendía aceptada la herencia de pleno derecho.

2º—El que no requiere la aceptación, de tal suerte que la herencia se entiende transmitida, y no hay prescripción hereditaria; no se pierde el derecho de reclamar, aunque jamás se acepte, ni en forma expresa, ni en forma tácita, porque la ley considera aceptada la herencia, no obstante que el heredero guarde silencio y se abstenga de ejecutar actos que puedan revelar la aceptación tácita. Tal es el sistema de la *saisine* del antiguo derecho germánico.

3º—El tercer sistema, que es el reconocido por los derechos latino-europeos, por el Código Napoleón, y por nuestra legislación, consiste en presumir la aceptación. La ley, en el momento de la muerte del de cujus, presume que se ha aceptado la herencia, pero requiere después una adición expresa o tácita, de tal suerte que si no existe, comienza a correr el término de prescripción de equis años, para que vencido ese plazo, se pierda la herencia. En cambio, en el sistema anterior, no corre ningún plazo de prescripción, porque la herencia se presume aceptada. En algunos derechos y en el nuestro, la aceptación expresa o tácita tiene no sólo el efecto negativo de que ya no puede repudiarse, sino el positivo de que interrumpe el término de prescripción. A su vez, la aceptación es necesaria para que no prescriba la herencia.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, pág. 158.

En el segundo sistema no hay ficción de retroactividad; de pleno derecho los efectos se han causado el día y hora de la muerte. En cambio, en nuestro sistema es necesario considerar por una ficción que cuando ocurre la aceptación o repudiación, estos efectos habrán de referirse retroactivamente al día y hora de la muerte. De esta manera se entiende como no nacido el derecho si se repudia, pero como definitivamente adquirido desde el día y hora de la muerte, si se acepta. El Código alemán

reconoce este tercer sistema en el Art. 1953, pues considera el derecho como no nacido para aquel que lo repudia.

3.—*Repudiación de la herencia.*—La repudiación de la herencia es el acto por el cual el heredero testamentario o ab intestato, renuncia a su calidad de tal y, por consiguiente, a los derechos, bienes y obligaciones que se le transmiten por herencia.

La repudiación, a diferencia de la aceptación, debe hacerse siempre en forma expresa y debe observar ciertas formalidades. Estas consisten en la presentación de un escrito ante el juez que conozca del juicio sucesorio, repudiando expresamente la herencia y si el heredero no se encuentra en el lugar del juicio, tendrá que ocurrir ante notario y en escritura pública declarar su deseo de renunciar a la herencia. Una vez hecha la repudiación, ésta se considera irrevocable como en el caso de la aceptación; es decir, no puede el heredero que ha repudiado la herencia retirar después su renuncia. Sólo se admite un caso: Cuando por virtud de un testamento desconocido por el heredero, se altera la porción hereditaria que ha repudiado, pues para repudiar un derecho, se necesita conocerlo. Cuando se demuestre que existe un testamento posterior que modifique la porción hereditaria consignada, queda sin efecto la repudiación.

Se entiende que el que repudia la herencia testamentaria también comprende la herencia ab intestato y que cuando se renuncia ésta, sabiendo que existe testamento, se presume, por esta causa, que se repudia la herencia testamentaria. En cambio, el hecho de renunciar a la herencia legítima, desconociendo la existencia de un testamento, no presume la renuncia de la testamentaria. Arts. 1663 y 1664.

Cuando el que repudia la herencia es a la vez heredero y legatario, la renuncia de la herencia no le priva del derecho de exigir el pago del legado, a no ser que se trate de heredero ejecutor, es decir, albacea, en cuyo caso al renunciar a la herencia se le sanciona con la pérdida del legado.

4.—*Condiciones requeridas para la repudiación.*—Solamente las personas mayores de edad, es decir, capaces para disponer de sus bienes, pueden repudiar una herencia; los menores o incapacitados no pueden renunciarla. Su representante legítimo con autorización judicial y previa audiencia del ministerio público, podrá renunciar a la herencia y el juez sólo autorizará esta renuncia si considera que es perjudicial la calidad de heredero para el incapacitado.

Las corporaciones oficiales no pueden renunciar una herencia sin autorización judicial y con previa audiencia del ministerio público y las

instituciones de beneficencia tampoco pueden repudiar una herencia sin sujetarse a las disposiciones de la ley de la materia.

Finalmente, los establecimientos públicos no pueden repudiar una herencia sin consentimiento de la autoridad administrativa superior.

Un segundo requisito para repudiar la herencia, exige, como en el caso de la aceptación, que haya muerto la persona de cuya herencia se trata. Nadie puede repudiar la herencia de una persona viva. Además, es menester que se haya hecho la apertura de la herencia y que se llame al heredero a la sucesión para que dentro del juicio sucesorio pueda presentar el escrito en que renuncie.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, pág. 171.

## CAPITULO V

### DE LA CAPACIDAD PARA TESTAR Y HEREDAR Y DE LA CADUCIDAD DE LA HERENCIA

1.—*Capacidad para testar.*—Los requisitos para que pueda existir una transmisión hereditaria son de diversa índole: unos relativos a las condiciones de existencia y validez del testamento, cuando se trata de una sucesión testamentaria, y otros relativos a la capacidad del heredero o legatario. Por consiguiente, para que una herencia se transmita es menester, si existe testamento, que este acto jurídico reúna todos los requisitos tanto de existencia como de validez y, además, que haya capacidad en el heredero y legatario para recibir la herencia; podrá existir un testamento legalmente válido, pero caducar la disposición testamentaria por incapacidad del heredero o del legatario.

En realidad, la capacidad para testar es un supuesto especial de la sucesión testamentaria; pero la estudiaremos en este lugar, para no separarla de la capacidad para heredar que sí es un supuesto común a las testamentarias e intestados.

Se establece como regla general la capacidad de toda persona para testar y como regla especial la incapacidad creada sólo en nuestro derecho en dos casos: 1.—Cuando se trata de enajenados; y 2.—Cuando se refiere a menores de ambos sexos que no han cumplido 16 años de edad.

Rodolfo Sohm, ob. cit., pág. 334.

Por consiguiente, fuera de estos dos casos especiales se fija como regla general la capacidad que comúnmente tiene toda persona para disponer de sus bienes por testamento.

2.—*Incapacidad*.—Ante la incapacidad del menor que no ha cumplido 16 años o del enajenado y, por consiguiente, ante la imposibilidad de que haga válidamente un testamento, sólo es posible la transmisión hereditaria por disposición de la ley, es decir, por sucesión legítima.

Nuestro derecho no admite el caso de incapacidad como consecuencia de una condena; la suspensión de derechos civiles que trae consigo la condena por la comisión de un delito que implique pena de prisión, no abarca la incapacidad para testar ni tampoco para heredar. En nuestro derecho la condena suspende más bien derechos civiles que implican el ejercicio de un cargo ante la imposibilidad de cumplirlo por la privación de la libertad; por ejemplo, la suspensión de los derechos de tutor, curador, albacea, mandatarios, depositario, interventor, síndico, etc.; pero nunca una condena origina incapacidad para disponer por testamento o para adquirir por herencia.

Dentro de las incapacidades que reconoce nuestra ley para los menores de 16 años y para los enajenados, la primera forma es absoluta, la validez de un testamento no puede ser reconocida en ningún caso cuando sea hecho por un menor de 16 años.

3.—*Enajenación*.—La incapacidad por enajenación mental es relativa en virtud de que se admite para aquellos que tienen intervalos lúcidos, la posibilidad de testar siempre y cuando se haga el testamento en un momento de lucidez, pues lo que importa para determinar la capacidad, no es del estado en general del autor de la herencia, sino el que tiene al confeccionar el testamento. Por esta circunstancia, si la causa de incapacidad sobreviene después, por ejemplo, enajenación mental, el testamento es válido si se demuestra que cuando se hizo, estaba el autor de la herencia en pleno uso de sus facultades mentales. Se regula un procedimiento para que el enajenado que tenga momentos de lucidez, haga testamento: en este caso el testador, el tutor o, en su defecto, un familiar del enajenado, deberá presentar solicitud al juez competente, es decir, al Juez de primera instancia del domicilio, para que nombre dos facultativos, preferentemente especialistas en enfermedades mentales y asista con ellos al examen del paciente y si del resultado se comprueba que se encuentra en un momento de lucidez, se procederá a levantar un acta y a que dicte su testamento,



que debe ser ante notario. Por consiguiente, el juez inmediatamente ordenará que se presente un notario con sus testigos para la confección del testamento. Debe asentarse el resultado del examen que hagan los médicos haciendo constar que durante todo el tiempo de la facción del testamento el autor de la herencia estuvo en pleno estado de lucidez, pues de lo contrario podría impugnarse de nulo. Las formalidades del testamento que se haga por un enajenado en un momento de lucidez, serán las del testamento público abierto. es decir, el otorgado ante notario y testigos.

4.—*Incapacidad para heredar.*—Como en el caso anterior, se fija como regla general la capacidad que tiene toda persona para adquirir por herencia, bien sea testamentaria o legítima. Sólo se regulan ciertas incapacidades especiales:

- a) Por falta de personalidad en el heredero o legatario;
- b) Por delito;
- c) Por atentado contra la libertad del testador;
- d) Por violación a la integridad del testamento;
- e) Por razones de orden público;
- f) Por falta de reciprocidad internacional; y fundamentalmente,
- g) Por renuncia o remoción de un cargo conferido en testamento.

En el artículo 1313 del Código Civil se fija la regla general de la capacidad para heredar y a continuación se determinan las excepciones. Analizaremos cada uno de estos casos:

a) Incapacidad por falta de personalidad.—Son incapaces de adquirir por falta de personalidad los que no hayan sido concebidos a la muerte del autor de la herencia o bien, los que habiendo sido concebidos no nazcan viables (Art. 1314). Esta incapacidad no abarca a las personas que nazcan con posterioridad al testamento durante la vida del autor de la herencia; puede, por consiguiente, el testador dejar sus bienes a los herederos que nazcan de determinadas personas durante su vida. Se cumple aquí el requisito de que los herederos hayan sido concebidos o hayan nacido antes de la muerte del autor de la herencia (Art. 1315).

b) Incapacidad por delito.—Esta forma de incapacidad reviste distintos casos; en general se puede decir que todo delito cometido contra el autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, origina incapacidad para heredar y, además, todo acto inmoral (no solamente delito), que demuestre una conducta reprobable en contra del autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos. Tomando en cuenta estos dos principios, comisión de

delito y ejecución de un acto inmoral contra el autor de la herencia o sus parientes, el artículo 1316 regula en sus doce fracciones las formas de incapacidad; por ejemplo, cuando se intenta dar muerte al autor de la herencia, a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos o bien, cuando se ha dado muerte a alguna de estas personas; cuando el autor de la herencia ha sido condenado por algún delito por acusación presentada por el heredero; cuando se hayan ejecutado actos inmorales, por ejemplo, que los padres abandonen a sus hijos; cuando prostituyan a sus hijas, atenten contra su pudor o no les den alimentos. En los casos de adulterio, el cónyuge adúltero no puede ser heredero, ni su cómplice; cuando se presente alguna acusación que resulte calumniosa contra el autor de la herencia, sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos. Por tanto, se trata de reprimir un acto delictuoso o inmoral. También en esta incapacidad se incluye el caso en el cual se proceda con dolo o fraude para obligar a alguna persona a hacer testamento, dejar de hacerlo o revocarlo; o si se ejecutan actos de violencia física o moral para que haga, deje de hacer o revoque un testamento; también en el caso de supresión, substitución o suposición de infante. En todos los casos mencionados, el autor del delito o del acto inmoral queda incapacitado para heredar.

c) Presunción de influencia contraria a la libertad del testador.— Dentro de este caso se comprende una incapacidad especial para el médico que asistió al testador, siempre y cuando éste haya hecho su disposición testamentaria en la época en que fue asistido por el facultativo, así como para los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del mismo. Esta misma incapacidad se impone a los ministros del culto que hayan asistido espiritualmente al testador durante la época en que éste hizo su testamento y a sus ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos.

Se presume también que haya influencia contraria a la libertad del testador, si ha sido instituido como heredero o legatario el autor o curador, a no ser que hayan sido nombrados con posterioridad a la confección del testamento o que hayan sido designados herederos o legatarios cuando ya el menor llegó a la mayoría de edad y se aprobaron las cuentas de la tutela. No se comprende naturalmente en esta incapacidad a los tutores o curadores que por ley deben desempeñar el cargo cuando son ascendientes o hermanos del incapacitado. Tampoco se comprenden en la incapacidad señalada para el médico y el ministro de algún culto, cuando éstos son herederos legítimos o bien cuando sus familiares deban adquirir por herencia legítima por virtud de tener parentesco con el autor de la sucesión.

d) Presunción de influencia contra la integridad del testamento.—Se considera que se ha violado la integridad del testamento cuando se instituyan herederos al notario o a los testigos que intervinieron en el testamento, a no ser que sean herederos legítimos.

e) Por razones de interés público.—Dentro de esta incapacidad quedan comprendidos los ministros de los cultos para heredar a otros ministros de algún culto o bien para heredar a terceras personas siempre y cuando no tengan parentesco dentro del cuarto grado. Asimismo se origina esta incapacidad para los extranjeros en lo que toca a la zona prohibida, a efecto de que no se les transmitan bienes raíces en una faja de 100 kilómetros en las fronteras o de 50 en las playas; para las sociedades extranjeras en cuanto a la adquisición de bienes raíces en el territorio de la República, y para las demás personas morales que enumera el artículo 27 constitucional, en los casos en que *no se les permite adquirir bienes raíces*.

f) Falta de reciprocidad internacional.—Los extranjeros son incapaces para heredar a los mexicanos cuando de acuerdo con sus leyes los mexicanos no puedan heredar a los extranjeros.

g) Renuncia o remoción de un cargo conferido por testamento.—Son incapaces de heredar los que rehúsen sin justa causa cargos de tutor, curador o albacea o hayan sido removidos de los mismos por mala conducta. Además, se crea una incapacidad especial para heredar: la de los que rehúsen sin justa causa ejercer la tutela legítima de los incapacitados; por ese solo hecho ya no podrán adquirir por herencia aunque el incapacitado los instituya por testamento con posterioridad a la incapacidad.

5.—*Reglas generales*.—Para juzgar de la capacidad o incapacidad para heredar, se toma en cuenta el momento de la muerte del autor de la herencia; y en él se necesita ser capaz. Si la causa de incapacidad sobreviene después, no origina la imposibilidad de adquirir bienes por herencia testamentaria o legítima, a no ser en el caso de remoción del cargo conferido por testamento, que lógicamente sólo se presentará con posterioridad, cuando se comprueba la mala conducta del albacea, tutor o curador. Cuando la institución sea condicional se requiere, además, capacidad en el momento en que se realiza la condición, no bastaría con que el heredero o legatario hayan sido capaces en el momento de la muerte del autor de la herencia.

Estas incapacidades pueden ser prescriptibles o imprescriptibles, según que se determinen por razones de orden público o por simple interés privado para proteger a ciertas personas.

Cuando la incapacidad se impone por motivos de orden público, por ejemplo, por falta de reciprocidad internacional o para las personas físicas o morales que enumera el artículo 27 constitucional, en cualquier tiempo puede ejercitarse la acción, que es imprescriptible. Se requiere para que alguien sea privado de la herencia que se le ha dejado por testamento, o por sucesión legítima, que exista una declaración judicial admitiendo la causa de incapacidad. En otros términos, la incapacidad no se decreta de pleno derecho; es menester seguir un juicio en contra del que se presume incapacitado, probar la causa por el que tenga interés en la herencia y que exista resolución judicial.

Las incapacidades impuestas por motivos de interés privado son prescriptibles. Si no se ejercita la acción por aquel que tenga interés en la herencia en un término de tres años, prescribe la causa; por ejemplo, incapacidad por suposición de influencia contraria a la voluntad del testador, o a la integridad del testamento.

Una vez declarada la incapacidad por sentencia, tiene efectos retroactivos, es decir, el heredero aparente o sea el heredero incapaz, debe devolver los bienes que se le han transmitido por herencia o legado. Sin embargo, en protección de los terceros de buena fe, no se acepta la nulidad de todos los contratos, enajenaciones o gravámenes llevados a cabo por el heredero incapaz que haya contratado con dichos terceros, siempre y cuando se trate de actos a título oneroso. En este caso el heredero legítimo no podrá proceder en contra del tercero adquirente y sólo tendrá una acción personal de indemnización en contra del heredero aparente y, naturalmente, el resultado efectivo de esta acción dependerá de la solvencia del heredero incapaz (Art. 1343). En este precepto se aplica la regla general respetada uniformemente por la doctrina y el derecho positivo, según la cual, siempre que exista conflicto con un tercero adquirente de buena fe, la controversia se resolverá en su favor cuando sea a título oneroso.

## CAPITULO VI

### DEL INVENTARIO, ADMINISTRACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA HERENCIA

1.—*Del inventario.*—El albacea, dentro de los diez días siguientes a la aceptación de su cargo, debe proceder a la formación del inven-

tario y concluirlo en un plazo de sesenta días. En cuanto el albacea inicie la formación del inventario, dará aviso al juez a efecto de que los herederos nombren un perito valuador, en virtud de que el inventario y el avalúo deben ejecutarse, si es posible, en el mismo acto. Los herederos se pondrán de acuerdo para la designación de un perito que será elegido por mayoría, y si no se ponen de acuerdo, el juez hará la designación tomando en cuenta los peritos propuestos.

El inventario puede ser simple o solemne.

El *inventario simple* se hace por el albacea con citación de todos los interesados, es decir, herederos, legatarios, acreedores, ministerio público, representantes de la hacienda pública. Procede el inventario simple cuando no haya menores en la herencia, ni tampoco sea heredera la beneficencia pública.

En cambio, procederá el *inventario solemne* cuando haya menores en la herencia o tenga interés la beneficencia pública como heredera o legataria. El inventario solemne se hace concurriendo el actuario con el albacea, o éste con un notario público designado por los herederos.

Cualquier interesado en sentido jurídico (no económico) podrá oponerse al inventario formulado, precisando los motivos en que se funde, indicando los bienes omitidos o las causas que a su juicio sirvan de fundamento para impugnarlo. Al efecto debe ofrecer las pruebas en la misma oposición, para que el juez cite a la audiencia, en la que resolverá sobre los términos de aquélla. A esa audiencia debe concurrir el perito que hubiere hecho el avalúo y los interesados deberán presentar, por su parte, los que hubieren nombrado para justificar la impugnación formulada respecto al avalúo. La audiencia se llevará a cabo aunque no concurren los peritos y si no se presenta el interesado u opositor, se tendrá por desistido.

Si no se formulan objeciones dentro del plazo indicado de cinco días, el inventario será aprobado por el juez o bien si todos los herederos manifiestan su conformidad con respecto a él. Una vez aprobado el inventario, no podrá ser modificado sino por causa de error o dolo y será menester iniciar un juicio especial para demostrar esos hechos. El inventario aprobado perjudica a todos aquellos que lo hicieron, albacea o herederos, y a todos aquellos que lo aprobaron. Beneficia a todos los interesados, aunque no hayan concurrido a la formación del mismo o hubieren estado ausentes. Por consiguiente, favorece también a los acreedores y los créditos listados en el inventario se convierten en ejecutivos si son ya de plazo cumplido, por el reco-

nocimiento que se haga en el inventario, que reúne al efecto las condiciones de un instrumento público.

Si el albacea no inicia la formación del inventario dentro del término de diez días después de que se le discierna el cargo, o no lo presenta dentro del término de sesenta días que le otorga la ley, cualquier heredero puede proceder a la formación del mismo. Además, la falta de cumplimiento de parte del albacea a esta obligación, motiva la remoción de su cargo con la pérdida de su derecho a cobrar honorarios por el desempeño de su función (Art. 830 del Código Procesal).

2.—*De la administración de la herencia.*—Los artículos 1707 y 1716 del Código Civil disponen al respecto:

Art. 1707.—“Los albaceas, dentro de los quince días siguientes a la aprobación del inventario, propondrán al juez la distribución provisional de los productos de los bienes hereditarios, señalando la parte de ellos que cada bimestre deberá entregarse a los herederos o legatarios.

El juez, observando el procedimiento fijado por el Código de la materia, aprobará o modificará la proposición hecha, según corresponda.

El albacea que no presente la proposición de quien se trata o que durante dos bimestres consecutivos, sin justa causa, no cubra a los herederos o legatarios lo que les corresponda, será separado del cargo a solicitud de cualquiera de los interesados”.

Art. 1716.—“El albacea, dentro del primer mes de ejercer su cargo, fijará, de acuerdo con los herederos, la cantidad que haya de emplearse en los gastos de administración y el número y sueldos de los dependientes”.

En cuanto a la administración y rendición de cuentas de los bienes hereditarios, consúltense los artículos 832, 833, 845 a 853 del citado Código Procesal.

3.—*De la liquidación de la herencia.*—Aprobado el inventario, procederá el albacea a liquidar la herencia. Para la *liquidación de la misma* existen las siguientes reglas:

En primer lugar se pagan las deudas mortuorias (que pueden cubrirse antes de la formación del inventario, dada su naturaleza). Se entiende por deudas mortuorias los gastos del funeral y los causados en la última enfermedad a consecuencia de la cual haya muerto el autor de la sucesión.

En segundo término, se pagarán las deudas erogadas por la administración y conservación de los bienes, así como las pensiones alimenticias. También esta clase de deudas pueden pagarse por el al-

bacea antes de la formación del inventario. Son las únicas, con las mortuorias, que se hacen exigibles sin necesidad de que el albacea forme el inventario y si no hay efectivo, el albacea podrá pedir la venta de bienes suficientes de acuerdo con los herederos, y observando las solemnidades que después indicaremos. Si no se ponen de acuerdo los herederos, el juez puede autorizar la venta para el pago de las mismas (Art. 1717, 1758 y 1765 del Código Civil).

Después de pagadas esas deudas preferentes, se cubrirán las hereditarias exigibles, es decir, de plazo cumplido. Por deudas hereditarias se entienden las contraídas por el autor de la herencia independientemente de su testamento, es decir, antes de su muerte, sin incluir aquellas deudas que reconozca en el testamento, que hemos visto que se consideran como legados preferentes, si no existe más constancia de la deuda, que la declaración del testador. Para el pago de las deudas hereditarias exigibles, el albacea deberá respetar, si existe concurso, la sentencia de graduación, es decir, si se ha declarado la quiebra o el concurso de la sucesión o del de cujus antes de su muerte, en la sentencia de graduación se fijará el orden conforme al cual deberán pagarse las deudas. Si no existe concurso, se pagarán conforme se vayan exigiendo, respetándose los créditos preferentes (Arts. 1754 a 1762 del Código Civil).

El albacea no puede pagar los legados, ni hacer la partición entregando a los herederos la porción que les corresponda sin haber garantizado suficientemente todas las deudas hereditarias. Una vez que éstas queden pagadas o debidamente garantizadas, se entregarán a los legatarios los bienes dejados en legado y se procederá a la partición del caudal hereditario. Los acreedores que se presenten después de pagados los legados, ejercitarán su acción en primer término en contra de los herederos o masa hereditaria y sólo que no haya bienes suficientes para cubrir los créditos podrán proceder contra los legatarios.

Tanto para el pago de las deudas preferentes antes de la formación del inventario, como para el de las hereditarias, puede el albacea vender los bienes muebles e inmuebles de la herencia por acuerdo de la unanimidad de los herederos. Si no se ponen de acuerdo, el juez puede autorizar la venta de esos bienes, que tendrá que hacerse en pública subasta (Arts. 1717, 1757 y 1765 del Código Civil).

Quando entre los herederos existan menores de edad, la venta de bienes raíces tendrá que sujetarse a las disposiciones especiales para la enajenación de los mismos, conforme a las cuales, si todos los herederos fueren menores de edad, la venta sólo podrá hacerse en

pública subasta, con previa autorización judicial, y una vez que se demuestre por el tutor la necesidad de la venta o la evidente utilidad de la misma.

Quando algún heredero sea menor de edad, de tal suerte que exista una copropiedad hereditaria entre mayores y menores de edad, la venta de bienes raíces o de muebles preciosos, se sujetará a las siguientes formalidades: el juez mandará valorizar los bienes a fin de resolver si conviene la venta o si se puede adjudicar al heredero menor de edad la parte que le corresponda. Si el juez acuerda la venta, será en subasta pública; pero puede dispensar esta formalidad si así lo estima conveniente (Arts. 563, 1766 y 1717 del Código Civil).

## CAPITULO VII

### DE LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA Y SUS EFECTOS

1.—*De la partición.*—Una vez que se ha aprobado el inventario y la cuenta de administración del albacea, se procederá a la partición de los bienes hereditarios. A este efecto, ningún coheredero puede quedar obligado a permanecer en la indivisión, ni tampoco el testador puede obligar a los herederos a que permanezcan en la misma. Solamente por convenio de los herederos se puede pactar el estado de indivisión, pero ese convenio sólo puede originar una indivisión temporal, precisándose el plazo máximo y fijando las reglas que se habrán de observar, para llevar a cabo la aplicación de los bienes. Este convenio es válido aun cuando haya en la herencia menores de edad, pero en este caso es menester la aprobación judicial después de oír al tutor y al ministerio público, a efecto de que no se perjudiquen los intereses del menor al permanecer en la indivisión.

Las reglas que deben observarse para la partición de los bienes, son las siguientes:

1.—En primer término, si el testador hace la partición, se observará estrictamente.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, págs. 240 a 241.

2.—A falta de división hecha en el testamento, el acuerdo de los herederos será la norma suprema a la que debe sujetarse el albacea para llevar a cabo la división. Cuando no exista ese acuerdo, el Có-



digo contiene normas suplementarias para facilitar la división de los bienes. Estas normas se refieren a los siguientes casos:

a).—Cuando exista en la herencia una negociación agrícola, comercial o industrial y entre los herederos haya un agricultor, comerciante o industrial, se le aplicará ésta, siempre y cuando pueda entregar en efectivo a los coherederos la porción que a ellos corresponda. Si no está en condiciones de pagar en efectivo, no se podrá llevar a cabo esa aplicación a no ser que por convenio los coherederos otorguen un plazo para el pago de sus porciones y se constituya hipoteca necesaria para garantizarlos.

b).—Como segunda norma existe la misma que hemos visto para la copropiedad: si se trata de bienes fácilmente divisibles, se llevará a cabo la división de acuerdo con peritos o por convenio de las partes. Se entiende que los bienes son cómodamente divisibles, cuando no pierden su valor por la división, es decir, cuando el valor de las partes, sumadas, es igual al del conjunto.

Si los bienes fueren indivisibles por su naturaleza, por ejemplo, los semovientes, ciertas negociaciones que no pueden repartirse, se procederá a su venta según las normas anteriormente mencionadas, de acuerdo con el avalúo hecho por un perito y el producto se dividirá entre los herederos. Si el bien fuere divisible por su naturaleza, pero no admitiere cómoda división por cuanto que perdiere valor al llevarse a cabo, entonces se procederá a su venta para repartir su producto entre los herederos.

c).—Una tercera norma estatuye que cuando se impongan pensiones a cargo de la masa hereditaria o bien deudas alimenticias, para poder hacer la división, se capitalizarán al nueve por ciento anual para separar un capital o fondo de igual valor, que se entregará al acreedor de la pensión. Hecha esta deducción, el remanente se dividirá conforme a las reglas anteriores.

El acreedor de la pensión será sólo usufructuario del fondo o capital que se le entregue, calculándose que con el rédito de nueve por ciento anual disfrutará de la pensión fijada por el testador. A la muerte del acreedor o al vencimiento del plazo fijado por el testador, el capital o el bien regresarán a la masa hereditaria y se procederá a su división, según las normas anteriormente estudiadas.

Tratándose de legatarios o herederos a quienes deban entregarse bienes determinados por orden del testador, el albacea puede hacerlo antes de la partición, pero exigiendo a los herederos o legatarios que garanticen con fianza, hipoteca o prenda, para el caso de que hecha la partición resultaren responsables en alguna cantidad y, por lo tan-

to, deba reducirse la porción asignada. En los artículos 1767 a 1778 se consagran estas diversas normas para la partición.

La formalidad que debe llenar la partición, será la que se exige para la validez del contrato de compra-venta. Por consiguiente, si en la herencia existen bienes raíces, la partición debe hacerse en documento privado si el valor de esos mismos bienes no pasa de quinientos pesos o en escritura pública si excede de esa cantidad.

2.—*Efectos de la partición.*—La partición legalmente hecha fija la parte que, en forma definitiva, corresponderá a cada heredero. Para que se repute legalmente hecha la partición, deben observarse todas las normas anteriores y, además, deben concurrir a la partición los herederos de que se trate; de lo contrario, no surte efectos en su contra el convenio de partición que se hubiere hecho.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, págs. 227 a 228.

También se considera que la partición no se ha hecho legalmente y que, por lo tanto, no es irrevocable cuando se ha incurrido en algún vicio de nulidad. Al efecto la ley dispone que las mismas causas que nulifican las obligaciones, nulifican la partición entre los herederos y que el heredero perjudicado puede solicitar la nulidad de la escritura de aplicación de bienes demostrando vicio de forma, error, dolo, violencia, o incapacidad, o cuando los herederos hayan celebrado un convenio y entre ellos hubiere menores de edad y no hayan estado legítimamente representados, o cuando no se hubieren cumplido las normas conducentes para la división de los bienes de incapacitados. Es también motivo de nulidad que puede invocar el incapacitado o su representante legítimo, el hecho de que no se haya hecho la división observando las prescripciones que anteriormente indicamos, para la venta de los bienes raíces o de los muebles preciosos que pertenezcan a menores o incapacitados.

La partición legalmente hecha fija la parte de los bienes que corresponden a cada heredero. El Código Civil vigente textualmente emplea la expresión mencionada, es decir, se indica por el artículo 1779 que “la partición legalmente hecha, fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos”; en cambio, en el Código anterior se decía que “la partición legalmente hecha confiere a los coherederos la propiedad exclusiva de los bienes que les hayan sido repartidos”.

Surge la siguiente cuestión: ¿la partición es atributiva o simplemente declarativa de propiedad? Aun bajo el Código Civil vigente y

a pesar de los términos que emplea el artículo 1779, se presenta todavía este problema, tomando en cuenta la naturaleza de la copropiedad hereditaria, y la forma en que esta copropiedad termina por la partición.

En el Código Civil anterior claramente se indicaba que la partición transmitía la propiedad exclusiva de ciertos bienes al heredero; es decir, se daba un carácter atributivo de dominio a la partición; pero en el mismo Código se indicaba que por la muerte del autor de la sucesión se transmitía la propiedad y posesión de los bienes a los herederos. Esta transmisión de propiedad originaba un condominio y, por consiguiente, la partición no venía a atribuir propiedad originaria al heredero; el acto atributivo del dominio consistía en la apertura de la herencia, la cual, según hemos visto, se hacía en el momento mismo de la muerte del autor. En realidad, el efecto declarativo de propiedad se obtiene en la partición, pero como ésta tiene por objeto terminar la copropiedad y conferir en dominio exclusivo cierta porción hereditaria, resulta de aquí que aunque la partición tiene como función principalmente declarar la propiedad que ya se transmitió desde el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, desde otro punto de vista tiene un aspecto o función atributiva de dominio al dar término al estado de comunidad de bienes y al fijar la porción que a cada heredero corresponde en plena propiedad.

Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. IV, págs. 199 a 200.

En el Código actual y en vista de la redacción del artículo 1779, podrá sostenerse que ya el legislador simplemente reconoce a la partición una función declarativa de propiedad y no atributiva, tomando en cuenta también el artículo 1288 conforme al cual, a la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común. Es decir, este precepto indica con toda claridad que el acto translativo de propiedad se verifica en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia, que, por consiguiente, la partición ya no tiene como función otorgar o transmitir la propiedad, sino simplemente reconocerla y declararla.

Sin embargo, el acto jurídico de la partición no puede concretarse, ni aun dentro del Código Civil vigente, a esa simple función; es cierto que no atribuye originariamente el dominio por cuanto que éste ya se transmitió desde la muerte del autor de la herencia, pero también es indiscutible que la partición viene a fijar la porción determinada de bienes que corresponde a cada heredero, terminando con la copropiedad y, por consiguiente, atribuyendo una propiedad exclusiva. No origina propiedad, pero sí confiere propiedad exclusiva; no hace nacer el derecho de propiedad, sino simplemente tiene como consecuencia cambiar ese mis-

mo derecho que se ejercía sobre parte alícuota para que en lo sucesivo recaiga sobre bienes determinados.

Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. IV, págs. 200 a 201.

En conclusión, debemos indicar que tanto bajo el Código Civil anterior, como en el vigente, la partición tiene un doble efecto: declarativo de propiedad, por cuanto que simplemente reconoce una transmisión que ya se realizó desde la muerte del autor de la herencia; pero atributivo de dominio exclusivo por cuanto que transforma la propiedad que se ejerce sobre parte alícuota, en propiedad que recae sobre un bien o bienes determinados.

Principalmente se aprecia este efecto atributivo de la partición al fijar porciones determinadas, en el problema principal que trae consigo todo convenio de partición, y que es el siguiente: los herederos están obligados a prestar la evicción.

Castán Tobeñas, *ob. cit.*, t. IV, págs. 228 a 229.

Es decir, se equipara por la ley el convenio de partición al contrato de compraventa y desde el momento que se aprueba, nace la obligación de prestar la evicción, porque se reconoce que el convenio de partición transmite propiedad exclusiva y desde este punto de vista es atributivo y no declarativo. Exactamente lo mismo sucede en el contrato de compraventa, por el cual el vendedor transmite al comprador el dominio de la cosa. Sólo tomando en cuenta este efecto puede el legislador obligar a los coherederos a prestar la evicción, o sea, que si un heredero es privado de toda o parte de su porción, por sentencia ejecutoriada en que se reconozca el derecho de propiedad de un tercero, nacido antes de la partición, entonces los demás coherederos deberán sufrir proporcionalmente la pérdida originada por la evicción. Es decir, se procederá a nueva división, supuesto que queda demostrado por sentencia que ciertos bienes no eran del autor de la herencia, que por ser de propiedad ajena al dueño ejercitó la acción reivindicatoria, obtuvo sentencia y el heredero que recibió aquellos bienes fue privado de ellos. Lógicamente se comprueba que el caudal hereditario no fue el que se tuvo en cuenta, sino que era menor, que debe hacerse la deducción y todos los herederos sufrirán proporcionalmente la parte correspondiente al valor de los bienes materia de la evicción. Ahora bien, la evicción se declara en este caso porque se reconoce que por virtud del convenio de partición, en realidad se ha transmitido propiedad sobre bienes determinados y que los demás coherederos responden de esa transmisión entre sí, como responde el vendedor al comprador cuando transmite indebidamente el dominio sobre cosa ajena.

Un segundo efecto del convenio de partición, además de este principal que hemos analizado, se refiere a la obligación que todos los coherederos tienen entre sí de constituir hipoteca necesaria para garantizar el caso de evicción que pudiere presentarse o bien, cuando un heredero ha recibido más de lo que le correspondería ante la imposibilidad de dividir materialmente cierto bien y queda obligado a entregar a su coheredero el valor en efectivo correspondiente al exceso que recibió. En estos dos casos, el convenio de partición, por ministerio de ley, es decir, sin necesidad de que las partes lo estipulen, da derecho al heredero a exigir una hipoteca necesaria. La hipoteca necesaria tiene como finalidad garantizar a los herederos entre sí, para el caso de que sufran evicción. Supongamos, que se asignan ciertos bienes por virtud del convenio de partición: Sobre determinados bienes podrá existir duda en cuanto a la propiedad, porque el autor de la herencia no tenga los documentos justificativos o padezcan de alguna irregularidad; en ese caso el heredero que reciba aquellos bienes cuyo dominio puede ser discutido por un tercero, está facultado para exigir, sin que lo exprese el pacto, hipoteca sobre los bienes de sus coherederos, para que respondan proporcionalmente, en el caso de que sufriere evicción y de que se le privare de la propiedad de los bienes que por el convenio se le entreguen.

Otro caso se refiere a aquel en que la partición no puede llevarse a cabo matemáticamente por una imposibilidad de orden material y un coheredero reciba un bien que represente mayor porción de la que en rigor le corresponde. El exceso quedará entonces garantizado con hipoteca necesaria sobre ese bien a favor del coheredero que reciba una porción inferior.

En estos casos, la obligación del que recibe exceso de bienes, consistirá en pagarlo en un cierto plazo y en efectivo.

La hipoteca necesaria tiene aquí la importancia de que, sin que la estipulen las partes, la ley reconoce ese derecho al heredero para que en el momento en que lo estime necesario, por ejemplo, cuando tenga temor de que el coheredero enajene el bien o aparezca insolvente, inicie el procedimiento que señale el mismo Código Civil para exigir la constitución de una hipoteca necesaria. En el artículo 2935 se fija este segundo efecto de la partición.

La partición como convenio está sujeta a las reglas generales de los contratos en cuanto a validez, nulidad y rescisión.

Por consiguiente, todo convenio de partición debe observar los elementos esenciales y de validez del contrato. *Como elementos esenciales hemos dicho que en todo contrato existen el consentimiento y el objeto. Como elementos de validez; la capacidad, la observancia de formalida-*

*des, la ausencia de vicios del consentimiento, y la licitud en el objeto, motivo y fin del contrato.*

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, pág. 202.

Por lo tanto, el convenio de partición debe llevarse a cabo por personas capaces. Por los incapaces deberán contratar sus legítimos representantes. Pero en este caso se exige un requisito especial, consistente en la autorización judicial, que deberá otorgarse para que no se lesionen los derechos del incapacitado a pesar de que concurra su representante legítimo, pues en la partición se hacen transmisiones de propiedad y, por consiguiente, se ejecutan actos de dominio, debiendo aplicarse las reglas que el mismo Código Civil fija para la protección de los incapaces cuando sus representantes legítimos ejecutan actos de dominio sobre inmuebles o muebles preciosos.

Un segundo elemento de validez es el relativo a la formalidad: El convenio de partición debe constar en escritura pública cuando se refiera a bienes raíces cuyo valor sea superior a quinientos pesos o en documento privado cuando comprenda bienes muebles o raíces cuyo valor sea inferior o llegue a esa cantidad.

Como tercer elemento de validez se requiere en todo contrato y, por consiguiente, en el convenio de partición, la ausencia de vicios del consentimiento. No deben sufrir los coherederos error, dolo, violencia o lesión. Habrá lesión cuando la parte que se atribuya a un heredero sea desproporcionada con la que en rigor le corresponda, como consecuencia de una explotación indebida, de su inexperiencia, miseria o suma ignorancia. (Art. 17).

Además de estas causas generales de nulidad por vicios del consentimiento señala el Código para el convenio de partición dos causas especiales fundadas en error, que pueden consistir: a) Cuando se admite a un heredero falso, gracias a un error que sufran todos los coherederos. Este caso de error motiva la nulidad del convenio de partición y origina una nueva división de bienes excluyendo al heredero falso, para hacer la partición con los herederos legítimos; b) Cuando se excluya a un heredero reconocido. En este caso el heredero preterido podrá pedir la nulidad para que se lleve a cabo nueva partición de la herencia.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, pág. 235.

Finalmente, en el convenio de partición no debe existir acto violatorio de leyes prohibitivas o de interés público; de lo contrario tendría un objeto o fin ilícitos. Los actos ilícitos originan la nulidad, general-

mente absoluta, y en el caso de la partición, la ilicitud del convenio está sancionada con la nulidad absoluta del mismo.

El convenio de partición puede llevarse a cabo cuando todos los herederos sean mayores de edad, en cualquier momento. El artículo 1776 previene esta forma de terminar los juicios sucesorios y es de gran importancia en la práctica porque permite suprimir todos los trámites, generalmente dilatados de un juicio sucesorio. Si todos los herederos son mayores de edad, pueden manifestar al juez que han llegado a un convenio y que se separan del juicio sucesorio. Por virtud del mismo procederán a la partición y terminarán el juicio.

Cuando los herederos son menores de edad o cuando existen algunos menores, no es tan sencilla la terminación del juicio sucesorio en virtud de que es necesario que los representantes legítimos de los menores den su consentimiento para llegar a un convenio de partición, y que este consentimiento no lesione sus derechos, para cuyo efecto debe intervenir el juez, siendo necesaria la autorización judicial. Consúltense al efecto los artículos 857 a 870 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal.

## SECCION SEGUNDA

### SUPUESTOS ESPECIALES DE LAS TESTAMENTARIAS

#### CAPITULO I

#### DEL TESTAMENTO

1.—*Definición.*—El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma.

Rodolfo Sohm, ob. cit., págs. 328 a 329.

Los elementos de esta definición son:

1º—El testamento es un acto jurídico unilateral.

2º—Es personalísimo, revocable y libre.

3º—Debe ser ejecutado por persona capaz.

4º—Tiene por objeto la transmisión de bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por la muerte o la declaración y cumplimiento de deberes.

En esta última parte se prevé su doble objeto; generalmente se piensa que por el testamento se transmiten únicamente bienes, derechos y obligaciones; pero también puede tener por objeto la declaración y cumplimiento de deberes, como reconocer a un hijo, nombrar un tutor, aunque nada se disponga respecto de los bienes o a pesar de que el testador no tenga bienes de ninguna clase.

Polacco, ob. cit., t. I, págs. 176 a 177.

El Código Civil define al testamento en los términos indicados, aunque no dice que sea un acto jurídico unilateral, sino simplemente que es un acto. Naturalmente que se caracteriza como acto jurídico porque es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho; y es unilateral porque sólo interviene una manifestación de voluntad. Los demás elementos sí se reconocen en la definición del Art. 1295.

Antonio de Ibarrola, Cosas y Sucesiones, Editorial Porrúa, México, 1957, págs. 344 y 345.

En el estudio que haremos del testamento trataremos sucesivamente los elementos de la definición que hemos indicado:

2.—*El testamento es un acto jurídico.*—Tiene importancia tratar del testamento como acto jurídico tanto para aplicar la teoría del mismo, cuanto para tratar de sus elementos esenciales y de validez; esto nos permitirá hacer un estudio de los testamentos válidos, nulos e inexistentes, precisando cuáles son los elementos esenciales para su existencia y cuáles son los elementos de validez que traen consigo la nulidad absoluta o relativa de este acto jurídico.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, págs. 244 a 245.

Recordaremos sólo la definición del acto jurídico: Este es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación de voluntad. De esta definición se desprenden los siguientes elementos:



a) Una manifestación de voluntad; b) La intención de producir consecuencias de derecho; c) Que la norma jurídica sancione esa manifestación de voluntad; d) Que tenga un objeto o sea producir consecuencias de derecho.

En el primer elemento se caracteriza un acto volitivo: manifestación de voluntad. Es, por consiguiente, elemento esencial al acto jurídico ser un acto de voluntad, pero no es un elemento específico y propio del acto jurídico, pues existen infinidad de actos de voluntad que no son actos jurídicos. Sólo los actos que produzcan consecuencias de derecho y que impliquen la intención de que se originen estas consecuencias, son actos jurídicos.

3.—*El testamento es un acto personalísimo, revocable y libre.*—Hasta ahora hemos analizado el primer elemento en la definición del testamento como acto jurídico. Veremos los demás:

Hemos dicho que el testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por virtud del cual una persona dispone de sus bienes para después de su muerte, o declara y cumple deberes.

Se dice que el testamento es un acto personalísimo, porque no puede desempeñarse por conducto de representante. La mayoría de los actos jurídicos se pueden ejecutar por medio de un representante, y excepcionalmente algunos deben ser personales, es decir, directamente el interesado debe ejecutarlos.

Mateos Alarcón, ob. cit., págs. 13 y 14.

En el testamento el carácter personalísimo estriba en que es el testador en persona el que debe manifestar su voluntad, instituyendo herederos y legatarios, asignando cantidades y distribuyendo bienes. No puede encomendarse a un tercero ni la designación de herederos y legatarios ni la asignación de bienes o cantidades. Únicamente puede encomendarse a tercero la distribución de cantidades o bienes que hubiese dejado el testador para ciertas clases, como huérfanos, ciegos, pobres, etcétera, fijando una cantidad global o un acervo de bienes. Como se trata de clases con número ilimitado de personas, se encomienda al albacea como executor, o a un tercero como albacea especial, la distribución simplemente de ciertos bienes o cantidades que hubiese asignado el testador, o bien, cuando el testador deja sus bienes a determinadas instituciones, generalmente de beneficencia, y encomienda a un tercero la elección de éstas, o respecto de ciertos actos de beneficencia que deban realizarse.

En estos casos la intervención del tercero es secundaria. El testamento, en su disposición fundamental que es instituir herederos y lega-

tarios, al asignar determinado acervo, valor o cantidad, es ejecutado personalmente por el testador.

Mateos Alarcón, *ob. cit.*, pág. 15.

Además, el testamento es un acto revocable; no puede el testador celebrar pacto o convenio por el cual renuncie a la facultad que tiene de revocar el testamento, pues tal pacto no sólo cuando implica renuncia, sino restricción o modificación, es inexistente por una imposibilidad jurídica.

Se dice que hay inexistencia por imposibilidad jurídica, cuando el acto no puede llevarse a cabo, porque una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para la realización del mismo. En este caso, el pacto por el cual se renuncia a la facultad de modificar el testamento, está en contra de una norma de derecho positivo que constituye un obstáculo insuperable para que ese acto llegue a tener ejecución. La norma dice que el testador puede, en cualquier momento, revocar su testamento y no puede renunciar a esta facultad ni tampoco restringirla o modificarla. Todo pacto en este sentido es nulo, dice el Código Civil, hablando impropiaemente de nulidad, porque no se trata de un acto ilícito, ejecutado contra una ley, sino de un acto inexistente, que ni siquiera llega a tener realización, porque una norma jurídica de plano lo impide.

Antonio de Ibarrola, *ob. cit.*, pág. 384.

También el testamento es un acto libre. No puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos. Cualquier pacto que en este sentido restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma en el derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a la facultad de testar se lleve a cabo.

Estas características del testamento, además de estar reconocidas en la definición, se reglamentan en artículos posteriores, en el capítulo denominado "De la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos" El 1295 dice que es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de la muerte.

Polacco, *ob. cit.*, t. I, pág. 182.

4.—*Elementos esenciales del testamento.*—*Manifestación de voluntad.*—Si no hay manifestación de voluntad, no hay testamento. Esto puede entenderse en dos sentidos: falta absoluta de disposición testamentaria por cuanto que una persona manifieste haber hecho un testamento, y no se contenga en él ninguna disposición de las que la ley reconoce para este acto jurídico, de tal manera que sólo tenga de testamento el nombre o bien, puede no existir la manifestación de voluntad desde un punto de vista jurídico por tratarse de un enajenado mental privado totalmente de voluntad, de un sujeto en completo estado de ebriedad o bien, de un niño.

La manifestación de voluntad debe hacerse por el testador en forma clara y expresa, es decir, no se acepta una manifestación de voluntad tácita que se pretenda deducir de hechos, ni tampoco puede el testador manifestar su voluntad mediante señas o monosílabos contestando a las preguntas que se le hagan. En tanto que en otros actos jurídicos, en el contrato por ejemplo, puede existir una manifestación de voluntad expresa o tácita, en cambio, en el testamento, no puede aceptarse ninguna manifestación tácita de la voluntad que se infiera de ciertos actos o bien de señas o respuestas a preguntas que se hagan al testador cuando se encuentre imposibilitado para declarar claramente su voluntad (Art. 1489).

5.—*Interpretación.*—Con relación a este primer elemento, el Código fija reglas para definir la interpretación y el alcance que debe darse a la manifestación expresa de la voluntad del testador. A pesar de que se exige que en todo testamento se manifieste en una forma clara y expresa la voluntad del testador, pueden presentarse problemas de interpretación que la ley resuelve fijando normas generales.

Cuando del texto claro del testamento se desprenda en una forma también manifiesta la intención del testador, no existe problema de interpretación, es decir, coinciden la letra con la intención en la manifestación de la voluntad. El problema se presenta cuando el texto resulta distinto o contrario a la voluntad del testador que se desprende del contenido total del mismo testamento, es decir, cuando se emplean palabras que inducen a error o a duda y que aparecen contrarias con lo que el testador ha querido significar, según se infiere de todo el texto del mismo documento. En este caso se cita como regla de interpretación la misma que se admite para los contratos en el Código vigente: debe prevalecer la intención sobre el texto del documento. Nuestra legislación ha elegido entre la interpretación objetiva y la subjetiva; es decir, entre la voluntad declarada y la interna, y acepta a esta última; prefiere interpretar un

contrato o un testamento según la intención que se revela o se manifieste a través de todo el acto y no llevar a cabo una interpretación simplemente objetiva, sujetándose a los términos literales de un testamento o contrato.

Valverde, ob. cit., t. V, págs. 152 a 153.

6.—*Objeto*.—El segundo elemento esencial en el acto jurídico consiste en el objeto. Para el testamento hemos dicho que el objeto puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. Por consiguiente, el testamento tiene un objeto variado, diverso; no es menester que se reúnan estos distintos aspectos del objeto en el testamento, basta con que exista alguno de ellos para que haya testamento, es decir, el testamento existe por la simple institución de herederos o legatarios o bien puede faltar ésta, si el testador ejecuta otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos, designación de tutor o, finalmente, puede existir el testamento para el reconocimiento de ciertos deberes a efecto de que se ejecuten después de su muerte.

A pesar de esta naturaleza compleja en el objeto del testamento, la ley regula el objeto principal, o sea la institución de herederos o legatarios. Normalmente se supone que todo testamento tiene disposición de bienes y, por consiguiente, institución de herederos o legatarios; tomando en cuenta que ésa es la situación de un testamento regular, el legislador reglamenta este elemento a través de su manifestación principal, pero admite la posibilidad de que el objeto en el testamento pueda ser diverso y que exista a pesar de que no haya institución de herederos o legatarios. El Art. 1378 dice:

"El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapaz de heredar".

De manera que puede no existir institución de heredero o el nombrado ser incapaz o bien pueda renunciar la herencia... En estos tres casos existe, no obstante, testamento. El artículo 1379 al efecto dice:

"En los tres casos señalados en el artículo anterior, se cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvieren hechas conforme a las leyes".

7.—*Institución de herederos y legatarios*.—Hemos dicho que por virtud del testamento generalmente se transmiten bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte y que esta transmisión se hace

por el testador a sus herederos o legatarios. Cuando la transmisión es a título universal, existe la institución de herederos; y cuando la transmisión es a título particular, entonces se instituyen legatarios. En tal virtud, por institución de heredero debe entenderse el acto por virtud del cual el testador transmite a una persona la totalidad de su patrimonio o una parte alícuota del mismo, y por institución de legatario el acto por el cual el testador transmite a una persona un bien determinado o determinable, corporal o incorporal, es decir, una cosa o un derecho.

La institución de herederos no impide que exista al mismo tiempo institución de legatarios, es decir, a pesar de que se defina la institución de herederos como el acto por virtud del cual se transmite la totalidad de un patrimonio o una parte alícuota del mismo, no quiere significar esto que instituido un heredero o varios, el testador les transmita íntegramente sus bienes; puede hacerse la transmisión total del patrimonio, y separarse ciertos bienes para transmitirlos por legados, o bien, puede gravarse al heredero o herederos con la obligación de entregar ciertos bienes que se deduzcan del patrimonio en forma directa, cuando sean determinados, o en forma indirecta, cuando deban adquirirse con el producto de los bienes hereditarios para que se entreguen a los legatarios. Es decir, las instituciones de herencia y legado pueden coexistir o hacerse en forma separada. Así como el testador puede disponer de sus bienes a título universal sin imponer legados, puede también disponer de todos sus bienes a título particular sin instituir herederos, en cuyo caso todos los legatarios se reputarán herederos para el efecto de responder hasta la cuantía de sus bienes de las deudas hereditarias.

8.—*Posibilidad del objeto.*—El objeto en los actos jurídicos debe ser posible; si es imposible, el acto jurídico es inexistente, justamente porque la imposibilidad puede ser física o jurídica, de manera que el objeto debe ser posible tanto desde el punto de vista físico como jurídico.

Como en los testamentos el objeto consiste en la transmisión de los bienes que integran el patrimonio de la sucesión, es necesario que estos bienes existan o puedan existir en la naturaleza para que sea físicamente posible su transmisión; cuando los bienes no están ni pueden llegar a existir en la naturaleza, hay una imposibilidad física para el objeto en el acto jurídico, en los contratos o en los testamentos.

Además, debe haber una posibilidad jurídica: no basta que los bienes existan en la naturaleza. Es necesario que estén en el comercio, que sean determinados o determinables, para que puedan considerarse como objetos indirectos del acto jurídico.

Quando los bienes están fuera del comercio o no son susceptibles de determinación, hay una imposibilidad jurídica para que sean materia

del acto jurídico y éste será inexistente. Por ejemplo, no podemos celebrar una compraventa sobre bienes de uso común o destinados a un servicio público, pues están fuera del comercio y no son susceptibles de enajenación por haber una norma jurídica que constituye un obstáculo insuperable para la realización del acto.

En los testamentos, la imposibilidad jurídica se presenta cuando los bienes objeto de la transmisión están fuera del comercio; cuando no son determinados o susceptibles de determinarse, y cuando los derechos u obligaciones se extinguen por la muerte.

Aquellos bienes que están fuera del comercio se encuentran, desde luego, fuera del patrimonio del autor de la herencia; pero esto no implica una imposibilidad para la transmisión testamentaria, ya que el testador puede imponer al heredero o al albacea, la obligación de adquirir bienes ajenos para dejarlos en legado, de tal manera que pueden transmitirse bienes que no pertenecen al testador; pero no pueden transmitirse por legado bienes que estén fuera del comercio.

9.—*La causa en los testamentos.*—El problema de la causa se plantea en estos términos: La causa ¿es un elemento esencial o es un elemento de validez en el acto jurídico, o bien este supuesto elemento no tiene ningún valor respecto a la existencia ni respecto a la validez del acto?

Si se resuelve el problema como lo hace la doctrina llamada causalista, resultará que además de los elementos reconocidos como indiscutibles del acto jurídico, tanto de existencia como de validez, hace falta este nuevo elemento llamado "causa", porque si falta, el acto jurídico sería inexistente. Si la causa es ilícita o falsa, el acto jurídico existirá, pero estará afectado de nulidad, por la ilicitud o falsedad de la causa.

En contra de esta tesis llamada causalista se ha desarrollado una contraria, denominada anticausalista, que sostiene que la causa no es un nuevo elemento del acto jurídico; que éste existe cuando hay manifestación de voluntad y objeto; que, además, es válido cuando se ejecuta por persona capaz, observando las formalidades legales y sin que haya vicios de la voluntad; es decir, que para nada tiene que intervenir este elemento llamado causa, ni en la existencia ni en la validez del acto jurídico; que lo que ha hecho la doctrina causalista es tomar desde un punto de vista especial la voluntad o el objeto, para llamarle causa, y que por esto considera que es un elemento esencial del acto jurídico; que con esto ha hecho una duplicación absolutamente inútil y, además, falsa, pues en ocasiones confunde la causa con la manifestación de voluntad, y en otras con el objeto (esto ocurre en los contratos).

10.—*La causa en los testamentos, según nuestro derecho positivo.*—Indicábamos que gracias a la evolución sufrida en la jurisprudencia francesa a partir del año 1832, se consideró como causa, la impulsiva o determinante de la voluntad. Este concepto se desarrolló en la doctrina gracias a Duguit, a Bonnecase y a Josserand.

*A Duguit se debe el término de fin o motivo determinante de la voluntad como elemento del acto jurídico.* Este autor hace un estudio del mismo y encuentra, además de la voluntad y del objeto, el fin determinante de ésta. Duguit precisa que además de la voluntad y del objeto, del motivo o fin determinante, existen móviles. Los móviles, que son causas impulsivas, secundarias, no constituyen elementos para juzgar desde el punto de vista jurídico la validez del acto; pero el motivo determinante de la voluntad sí es un elemento que tiene consecuencias respecto de la validez del mismo. Cuando el fin o motivo determinante es ilícito, o falso, origina la nulidad del acto jurídico.

En Bonnecase también se acepta que el motivo determinante de la voluntad constituye un elemento del acto jurídico. Se había hablado simplemente del objeto lícito, y Bonnecase trata del objeto, motivo o fin determinante y de la condición. Todos estos elementos deben ser lícitos, es decir, no deben ser contrarios a la ley, pues en ese caso originarían la nulidad del acto.

Bonnecase, Suplemento al Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil por G. Baudry-Lacantinerie, t. II y Précis.

Por último, *Josserand habla de móviles abstractos y concretos* y distingue los móviles determinantes de la voluntad en forma inmediata.

Josserand, Los Móviles en los Actos Jurídicos de Derecho Privado, traduc. de José M. Cajica Jr. y Eligio Sánchez, Puebla, 1946, págs. 122 a 186.

Para considerar que independientemente del móvil abstracto que exista en cada acto jurídico, según su categoría, existen móviles concretos determinantes de la voluntad; que así como se juzga respecto de la capacidad, para que la voluntad se manifieste conscientemente, o respecto de los vicios, para que la voluntad sea libre y cierta, así también se debe atender al móvil concreto determinante de la voluntad, porque tiene no sólo influencia de carácter psicológico, sino también consecuencias de orden jurídico.

Todo este movimiento que se originó en la doctrina y en la jurisprudencia, tiene para nosotros un especial interés, porque en el Código vigente, al enumerarse los elementos de validez del contrato, como tipo

en los actos jurídicos, se reconoce expresamente que además del objeto, debe ser lícito el motivo o fin determinante de la voluntad. Posteriormente se dice que en los contratos el fin o motivo determinante de la voluntad no debe ser contrario a las leyes ni a las buenas costumbres y, por último, se declara que la ilicitud en el objeto, en el motivo o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

A propósito de testamentos, también existen dos artículos, que ya figuraban en el Código Civil de 1870 con los números 3380 y 3381, que después reprodujo textualmente el Código de 1884, pero que reciben una expresión más categórica en el vigente, precisamente tomando en cuenta la noción de fin o motivo determinante de la voluntad.

Los artículos 3380 y 3381 del Código Civil de 1870 del Distrito y Territorio de Baja California, pasaron al Código de 1884 con los números 3243 y 3244. Al efecto estatuyeron:

Art. 3380.—La expresión de una falsa causa será considerada como no escrita; a no ser que del mismo testamento resulte que el testador no habría hecho aquella disposición, conociendo la falsedad de la causa.

Art. 3381.—La expresión de una causa contraria a derecho, aunque ésta sea verdadera se tendrá por no escrita.

Los artículos 1301 y 1304 del Código Civil vigente, tratan también de la causa en los testamentos. Expresamente ya se emplea la palabra y se dice que las disposiciones hechas a título universal o particular, que se funden en una causa expresa que resulte errónea y que haya recaído sobre el motivo único y determinante de la voluntad del testador, no tendrán ningún efecto, es decir, serán nulas. En otras palabras, la institución de herederos y legatarios debe tener una causa, y esa causa debe ser cierta. Si existe error sobre la causa impulsiva determinante, será nula la institución de herederos o legatarios. (Art. 1301). El Art. 1304 habla de la causa ilícita, es decir, de la causa contraria a derecho, que según este precepto se tiene por no puesta, al estatuir que: "La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá por no escrita".

Tomando en cuenta que las disposiciones en materia de testamentos que mencionan la palabra "causa" existían ya en el Código de 1884, y considerando, además, que para el acto jurídico en general y para los contratos en particular, no se hablaba de la causa, ni en ese Código, ni en el de 1870; pero que en el vigente se trata del fin o motivo determinante de la voluntad, se plantea el problema de saber si nuestra legislación vigente y anterior han sido causalistas o anticausalistas, así como



determinar si se trata de una tesis causalista en el sentido clásico, o conforme al nuevo concepto de causa.

*En cuanto al Código de 1884, indiscutiblemente que para los contratos nuestra legislación fue anticausalista. Para los testamentos también, porque la causa falsa no es otra cosa que el error sobre el motivo determinante de la voluntad.* Justamente la teoría anticausalista demostró que todos los ejemplos de causa falsa son casos de error sobre el motivo determinante de la voluntad, y que la teoría del error desde el derecho romano, se ha fundado en el error principal y no en el incidental, siendo aquél el que determina la voluntad.

Por consiguiente, aun cuando se emplea desde el punto de vista gramatical la palabra "causa" desde el punto de vista jurídico equivale a decir: error sobre el motivo determinante de la voluntad.

Por lo que se refiere al precepto de la causa falsa, consagrado en el Art. 3243 del Código anterior, nuestra legislación no fue causalista; por lo que toca al 3244, que habló de la causa ilícita, como consideró esta causa como no escrita y dentro de la teoría causalista se dice lo contrario, es decir, que la causa ilícita origina la nulidad del testamento, también concluimos que, a pesar de que se emplee el término, *nuestra legislación anterior fue anticausalista.*

En el Código vigente se cambia la cuestión, porque para el acto jurídico y para el contrato, se hace figurar un nuevo elemento: el motivo o fin determinante de la voluntad. Podemos decir que dentro del concepto moderno de causa, es indiscutible que siguiendo a la jurisprudencia francesa, el Código de 1928 es causalista; pero al mismo tiempo tendremos que indicar que este concepto moderno de causa niega el concepto clásico de la misma. Podemos admitir que se trata de una cuestión de nombres; que la jurisprudencia francesa, no obstante que sigue empleando el término "causa", al negar el concepto clásico, sin quererlo, se ha convertido en una tesis anticausalista; porque la doctrina clásica dice que sólo la causa final es la que constituye un elemento de validez en el acto jurídico; la causa impulsiva no es elemento de validez, y la doctrina moderna de la causa viene a decirnos que la causa llamada final no tiene ningún efecto si se la quiere considerar como nuevo elemento. En cambio, la causa impulsiva, que despreció la teoría clásica, cuando es determinante y resulta expresa en el acto jurídico, sí tiene influencia en la validez de este acto, pero este nuevo concepto de causa no ha sido negado por la teoría anticausalista; al contrario, aceptó expresamente que el error que recae sobre el motivo nulifica el acto jurídico, porque son formas que vician la voluntad.

Es decir, la teoría anticausalista reconoció con otras palabras, lo que se llamaba causa errónea; pero argumentaba que era una forma del error en los actos jurídicos.

Justamente por esta discusión en los términos, propusieron Duguit, Bonnacase y Josserand emplear terminología más precisa, que todo mundo pudiese aceptar, de manera que los jueces no tuvieran dificultad al interpretar los preceptos respectivos y entonces propusieron el término "motivo o fin determinante de la voluntad", inspirándose en la jurisprudencia contemporánea francesa, que cambió el concepto clásico de la causa.

## CAPITULO II

### VALIDEZ Y NULIDAD DE LOS TESTAMENTOS

1.—*Nulidad absoluta*.—En el Art. 8º del Código Civil se dispone que los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley disponga lo contrario.

Con estos elementos podemos, por consiguiente, considerar que en el testamento cuando se persiga un fin ilícito por el testador (cuando, por ejemplo, diga que se destinen sus bienes para la realización de actos que sean inmorales o delictuosos), estará afectado de nulidad absoluta. Cuando la ley no deroga esta regla general consagrada en el Art. 8º y sancionada por el 2225, la nulidad en principio tendrá el carácter de absoluta. Se necesita, entonces, precepto expreso que declare que un acto ilícito está afectado de nulidad relativa, atribuyéndole las características de la confirmación o de la prescripción, para derogar esta norma general. En el testamento no encontramos ninguna disposición especial que determine la nulidad relativa del acto, cuando el fin que se proponga el testador sea ilícito, y por tanto, debe clasificarse como una nulidad absoluta.

Quiere esto decir, que los perjudicados por el testamento podrán invocar en cualquier tiempo la nulidad; que la prescripción no puede purgar este vicio, cualquiera que sea el tiempo transcurrido. Tampoco es éste un acto susceptible de confirmación, porque si el testador revoca su testamento y hace uno nuevo en el que ya no se contenga aquella finalidad ilícita, no se tratará entonces de una ratificación, sino de

un nuevo otorgamiento, o sea un problema completamente distinto del que tratamos.

No obstante que la nulidad absoluta del testamento en cualquier tiempo se puede invocar (y que esta acción puede intentarse por los presuntos herederos legítimos, es decir, por los parientes consanguíneos a quienes perjudique el testamento, o por el ministerio público inclusive, así como por los instituidos en el testamento como herederos o legatarios), la ley fija un término para reclamar la herencia, y ese término es de diez años (acción de petición de herencia). De manera que no tendría interés para los presuntos herederos dejar pasar ese término, después de la muerte del testador, porque aun cuando pudiesen impugnar el testamento como nulo después del plazo indicado, esta nulidad no les beneficiaría, ya que el término para reclamar la herencia habría transcurrido.

La acción, en este caso, vendría a beneficiar a la Secretaría de la Asistencia Pública, a quien se designa como heredera para el caso de nulidad de un testamento y de que no haya parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, o cónyuge supérstite que conforme a la ley tienen derecho preferente.

Estas consideraciones motivan que la acción de nulidad, tanto cuando el testamento está afectado de nulidad absoluta, como de nulidad relativa, debe entablarse antes del plazo de diez años (Art. 1652).

Respecto a las otras causas de nulidad, aun cuando en el acto jurídico originan siempre la nulidad relativa (es decir, la incapacidad, la existencia de vicios en la voluntad, la inobservancia de las formas en el testamento), no es posible dar desde luego la solución sin hacer un análisis particular que se hace necesario en nuestro sistema por ciertos preceptos del derecho positivo.

Se ha discutido qué clase de nulidad (absoluta o relativa), se presenta en los testamentos, en los casos de incapacidad, de vicios de la voluntad o de inobservancia de las formas y las dos tesis tienen argumentos fundados en el derecho positivo para sostener una u otra solución.

Analizaremos cada uno de estos elementos de validez en el testamento:

2.—*Nulidad por incapacidad.*—La capacidad de ejercicio es un elemento que sólo se requiere para la validez en los actos jurídicos. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general.

La capacidad de ejercicio no es un elemento esencial en los actos, por cuanto que los celebrados por incapaces existen jurídicamente: son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente o bien, puede prescribir la ineficacia que los afecta.

La enajenación mental origina en los testamentos una forma de incapacidad, pero no es absoluta como en materia de contratos, por cuanto que cuando hay momentos de lucidez, se permite testar, siempre que el testador se encuentre en un momento de esa naturaleza y bajo las formalidades que señala el Código Civil.

En cuanto a la edad, no obstante que el testamento implica un acto de transmisión, es decir, de dominio, no sólo de bienes determinados, sino de un patrimonio, se permite al mayor de 16 años ejecutarlo.

Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, Traduc. de José M. Cajica Jr. Puebla, t. III, págs. 381 y 382.

3.—*Nulidad relativa*.—La tesis que sostiene que el testamento hecho por un incapaz está afectado de nulidad relativa, se funda en que la acción es prescriptible. Si demuestra este argumento basta, aun cuando el acto sea inconfirmable y aunque la acción la pueda intentar cualquier interesado.

No existe un precepto expreso en el Código que imponga o fije un término de prescripción a la acción de nulidad respecto de un testamento hecho en estado de incapacidad. Sin embargo, encontramos un precepto general en el capítulo de la nulidad, el Art. 2236 que fija un término de prescripción en los casos en que el acto jurídico sea ejecutado por un incapaz. Este precepto general, según la tesis, debe aplicarse al testamento, ya que éste es un acto jurídico; pero la aplicación de este precepto suscita problemas difíciles de interpretación. Debe intentarse esta acción en los plazos señalados en el Art. 638, que es el que provoca el problema. En efecto, según él, la acción de nulidad debe intentarse en los mismos plazos en que debe entablarse la acción real o la personal que origine el acto jurídico.

Cuando se trata de aplicar el precepto mencionado al testamento, encontramos una dificultad: en el testamento se transmite un conjunto de derechos reales y personales, y tendríamos entonces en cada caso un término especial y no sabríamos qué plazo aplicar.

La tesis que sostiene que la nulidad es relativa, se funda en el artículo 3º del Código Procesal, que dice que por virtud de las acciones reales, se exigirán la herencia y los demás derechos reales; es decir, ese Código ha determinado que la acción de herencia es una acción real, la cual prescribe en el término de diez años conforme al artículo 1652

del Código Civil. Por tanto, la acción es prescriptible y basta este solo dato para clasificar la nulidad como relativa.

También se invoca otro argumento: en materia de prescripción negativa se señala un plazo máximo; la prescripción negativa, en términos generales, en la doctrina, comprende no sólo la liberación de las obligaciones por no exigirse su cumplimiento, sino también la prescripción de acciones patrimoniales, ya sean reales, personales o de nulidad.

4.—*Nulidad absoluta*.—Además de esta tesis de que la nulidad es relativa, se ha sustentado el punto de vista contrario, es decir, de que la nulidad es absoluta, tanto porque la acción es imprescriptible cuanto porque el testamento no es susceptible de confirmación.

Aubry y Rau, Curso de Derecho Civil Francés. 4ª ed., t. I, págs. 118-123. Baudry-Lacantinerie, Précis, 1905, t. I, págs. 53 a 66.

Para demostrar en nuestro derecho que la nulidad es absoluta, es necesario comprobar estas dos características necesarias en esta clase de nulidad y, además, que la acción puede intentarse por todo interesado.

Se considera que la acción es imprescriptible porque el precepto del Código Civil que establece un plazo de prescripción en los casos de nulidad por incapacidad, o por error, es aplicable en materia de contratos, de obligaciones; pero no en materia de testamentos.

Se argumenta que el testamento hecho en estado de incapacidad, no llega a convalidarse por el tiempo, cualquiera que sea el lapso que transcurra entre la facción del testamento y la muerte del testador; no se purga el vicio de incapacidad porque la ley atiende al momento en que se hace el testamento para juzgar de la capacidad.

En materia de testamentos el término de prescripción no puede comenzar a correr sino hasta la muerte del testador. Cualquiera que sea el tiempo transcurrido, el término empieza con su muerte. Supongamos un testamento hecho por una persona a los diez años, que muere a los sesenta; el transcurso de cincuenta años de vida del testador no puede convalidar el testamento.

Según la tesis que estudiamos, como no hay un término expreso de prescripción y como el término general en nuestro derecho está limitado a las obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, es decir, exclusivamente a las acciones personales, se deduce de aquí que, entonces, al no existir ese término, ni aplicación del general de diez años, la acción será imprescriptible.

Por último, se considera que en materia de testamentos, no es posible la ratificación del acto, y este argumento nos servirá para todos

los casos de nulidad, por cuanto que la ratificación desde el punto de vista jurídico requiere como elemento esencial la convalidación retroactiva del mismo; si no hay convalidación retroactiva no hay ratificación en términos jurídicos; podrá hablarse de una ratificación gramatical, lo que equivale en el derecho a un nuevo otorgamiento del acto.

En los testamentos no es posible la ratificación del acto, pues si el testador declara cuando ha sido víctima de violencia, error o dolo o cuando ha hecho su testamento en estado de incapacidad, que ratifica su testamento, no se tratará de ratificación, aunque se emplee el término. En efecto, el testamento surtirá sus efectos hasta la muerte del testador y no podrá surtirlos desde la fecha en que se otorgó el acto, como sucede en los contratos.

En tal virtud, no hay prescripción ni ratificación cuando esto sucede, y, además, la acción puede intentarse por los presuntos herederos legítimos excluidos en el testamento, por el ministerio público, por el representante de la Secretaría de la Asistencia Pública, que tiene interés en la herencia, por los herederos o legatarios instituidos a quienes perjudique el testamento, porque no se les reconozca sino una parte menor de la que les correspondería como herederos legítimos. Es decir, se deduce de aquí que se trata de una acción que al invocarse por cualquier interesado, es de nulidad absoluta.

5.—*Los vicios de la voluntad.*—Además de la capacidad, es elemento de validez en el acto jurídico la manifestación de voluntad libre y cierta, es decir, exenta de vicios. Si el testador manifiesta su voluntad sin libertad, es víctima de la violencia; si no la manifiesta en forma cierta, es víctima del error o del dolo.

Díaz Ferreira, Código Civil Portugués, t. II. Colín y Capitant, t. I, Nos. 64 a 68.

En el acto jurídico unilateral no puede darse el caso de error destructivo de la voluntad, porque como se forma por la manifestación de una sola voluntad, basta con que se otorgue, aunque exista algún vicio o el sujeto sea un incapaz, como en el caso del enajenado o del menor, para que exista el elemento volitivo.

La ley no ha considerado que la enajenación o la minoría de edad destruyan la voluntad. La doctrina tampoco lo ha considerado así y, por tanto, sólo existirá un vicio en la voluntad, que originará nulidad y no inexistencia. Excepto en los casos de enajenación mental absoluta o respecto de los actos ejecutados por los infantes, pues en ambos casos

no habrá voluntad para realizar el acto jurídico, por lo que éste será inexistente.

En el testamento, prescindiendo de este problema (de que la enajenación o la minoría de edad desde el punto de vista psicológico pueden llegar a destruir la voluntad), no puede existir el error obstáculo, destructivo de la misma. Porque cualquiera que sea la manifestación que haga el testador, aunque esté viciada por incapacidad, error, dolo o violencia, existe una voluntad.

En cambio, el segundo grado del error, llamado error-nulidad, que vicia la voluntad, sí lo encontramos en el testamento. En general, el error-nulidad, tanto en el contrato como en el testamento, es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad, de tal manera que de haberse conocido no se hubiese celebrado el acto jurídico. Es error sobre la causa impulsiva y única que determinó la voluntad. Debe investigarse, por tanto, si es la causa impulsiva y única, porque si existen otras causas, de manera que en todo caso y a pesar del error, el acto jurídico se hubiese realizado, entonces el error es indiferente y no vicia la voluntad.

En materia de testamentos la ley, al hablar de la nulidad, menciona sólo el dolo y la violencia, y en el capítulo respectivo no se refiere al error. Sin embargo, en un artículo especial habla de la causa errónea que sea la única determinante de la voluntad del testador, la cual origina la nulidad del testamento.

Según este precepto, las transmisiones hechas a título universal o particular por una causa errónea, que se exprese en el testamento y que sea la causa impulsiva y única que determinó la voluntad del testador, quedarán sin efecto jurídico alguno; es decir, serán nulas (Art. 1301).

Son, por consiguiente, requisitos del error-nulidad en los testamentos, *que aparezca en el texto* y que sea el único que haya determinado la voluntad del testador. Por ejemplo, si el testador dice: "Instituyo como mi único y universal heredero a mi sobrino, *porque mi hijo ha muerto*" y después se averigua que éste no ha muerto, de manera que sufrió un error, tenemos aquí expresada la causa en el testamento; el porqué se instituyó al sobrino, bajo la creencia falsa de que el hijo había muerto, y al mismo tiempo se dice que es la causa única y determinante de la voluntad del testador, porque de haber sabido que el hijo existía, no hubiese instituido al sobrino.

Para el error aplicamos, en materia de nulidades, las mismas conclusiones que hemos expuesto en materia de incapacidad. Es decir, existen las dos tesis: la que considera que la acción de nulidad es prescriptible y la que le da el carácter de una nulidad absoluta.

6.—*Nulidad por dolo.*—Tanto en materia de contratos como de testamentos, se alude al dolo como vicio separado del error, y tal parece que el dolo por sí mismo es motivo de nulidad. Sin embargo, al tratar del error y del dolo en los contratos, expresamente se dice que éste será vicio de la voluntad en tanto que induzca a error y que éste sea el motivo determinante de la voluntad.

Estas disposiciones de contratos son aplicables en materia de testamentos por determinación del artículo 1859, conforme al cual todo lo relativo a contratos será aplicable a los convenios y a los actos jurídicos en tanto que no contraríe la naturaleza de los mismos. En materia de testamentos únicamente se dice que es nulo el testamento captado por dolo o por fraude, y en la palabra “captado” tenemos un elemento suficiente para considerar que la voluntad ha sido falseada, es decir, que ha sido víctima de un error y que este error es su causa determinante, pues de lo contrario no se le habría captado (Art. 1487).

El problema de la nulidad en el caso de dolo es exactamente el mismo que el de la nulidad para el error, ya que el dolo originará la nulidad en tanto que induzca a un error determinante de la voluntad. *Por consiguiente, todo lo que hemos dicho a propósito de la nulidad por incapacidad o por error, se aplica a la nulidad por dolo.*

Se recordará que el artículo que invocamos para la nulidad en los casos de incapacidad también se refiere al error (Art. 2236), y este precepto nos sirve para hacer el razonamiento que ya hemos expuesto, de que esta acción de nulidad prescribe en el término de diez años, si la acción de herencia se considera como real y, consecuentemente, siendo prescriptible, la teoría más fundada en nuestro derecho positivo sería considerar esta nulidad como relativa; pero cabe también la otra tesis que expusimos, si se prescinde del concepto de que la herencia da lugar a una acción real.

7.—*Nulidad por violencia.*—La violencia en cuanto a los testamentos, no sólo puede ejercerse sobre el testador en su forma física o moral, sino también sobre sus parientes, sobre su cónyuge, y en uno y otro caso implicará la nulidad del testamento.

El Código, a propósito de la violencia en los testamentos, se refiere a la violencia moral; pero es una definición incompleta, ya que debe también comprenderse la física. El Art. 1485 supone el caso de amenazas, es decir, de violencia moral. En cambio, para los contratos se comprende la violencia física y la moral, y esta disposición debe ser aplicable a los testamentos por la razón ya expuesta (Art. 1819).



Según el Art. 2228, la falta de forma exigida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa.

A propósito de los testamentos se vuelve a plantear el problema que hemos venido estudiando para determinar la clase de nulidad que sea; pero el problema se complica, porque ya no encontramos un precepto expreso que pueda servirnos como en los casos de incapacidad y error, para admitir un término de prescripción. El único precepto que existe, señala la prescripción en la acción por violencia, pero refiriéndose expresamente a los contratos, y da un término de seis meses a partir del momento en que cese la violencia para que se ejercite la acción de nulidad. Fuera de este término, la acción prescribe (Art. 2237).

En los testamentos, el término de prescripción debe contarse a partir del momento de la muerte del testador, de manera que si hizo un testamento bajo el imperio de la violencia debe correr el término de prescripción, no para él, sino para todos aquellos que tengan interés jurídico en nulificar el acto, a partir de la muerte del testador. El término de seis meses no podremos, por tanto, aplicarlo, porque se refiere a contratos y porque este término parte del momento en que cesa la violencia.

Ante esta dificultad, tendremos entonces que recurrir al término general de prescripción negativa, que según la doctrina debe considerarse aplicable no sólo para las obligaciones, sino también para las acciones, ya sean éstas reales, personales o de nulidad, siempre y cuando el legislador no señale un término menor.

El fundamento de acuerdo con la doctrina es bastante para considerar que si hay un precepto que dice que el acto jurídico en los casos de violencia está afectado de nulidad relativa, y posteriormente la ley no reglamenta la prescripción de esta acción, se debe aplicar entonces el término general de diez años.

Fundándonos en las clasificaciones que hace la ley, y en el término máximo de prescripción negativa, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, se concluye entonces que la acción de nulidad es prescriptible. Por otra parte, el término que estatuye la ley para ejercitar la acción de petición de herencia es de diez años, y en todos los casos en que se ejercite esta acción reclamando una herencia es necesario pedir primero la nulidad del testamento, porque la reclamación de la herencia será una consecuencia de la nulidad. Entretanto no se nulifique el testamento que transmita los bienes a determinadas personas, los presuntos herederos legítimos excluidos, no podrán reclamar la herencia.

Hay que advertir que para la violencia, la tesis que sostiene la nulidad absoluta en el testamento, encuentra mejores fundamentos que en los casos anteriormente estudiados de incapacidad, error o dolo. Como en materia de violencia no hay término especial y en nuestra legislación el término máximo de diez años en forma expresa se aplica para la prescripción de las obligaciones, haciendo una interpretación literal de los textos, tendríamos que considerar que no hay término para ejercitar la nulidad en los casos de testamento hecho bajo el imperio de la violencia.

Por otra parte, como no es susceptible de ratificación, porque no puede haber efectos retroactivos según ya explicamos, encontraríamos las tres características fundamentales de la unidad absoluta, o sea: la acción es imprescriptible, no puede desaparecer por la confirmación o ratificación del acto y, además, puede intentarse por todo interesado.

8.—*Nulidad por falta de forma.*—Veremos ahora la nulidad debido a la inobservancia de las formas prescritas por la ley. Los actos jurídicos se clasifican, en nuestro derecho, *en solemnes, formales y consensuales.*

En cuanto a los testamentos, el principio general es este: Los testamentos son actos jurídicos solemnes en cuanto a la categoría o forma substancial que caracteriza para cada tipo la ley, al determinar las especies de testamento, como son el público abierto, el público cerrado, el ológrafo, etc.; pero dentro de cada una de esas categorías o formas substanciales, deben observarse determinadas formalidades, cuya violación originará la nulidad del testamento de que se trate. Se requiere siempre que la manifestación de voluntad del testador conste por escrito; pero excepcionalmente se admite que el testamento sea consensual, por cuanto que la manifestación de voluntad del testador puede hacerse en forma verbal, ante testigos.

9.—*Nulidad absoluta o relativa.*—Cuando no se observa la formalidad exigida por la ley para los testamentos ordinarios o para los especiales, el testamento es nulo.

Vuelve a presentarse aquí el problema de si la nulidad es absoluta o relativa. En el Art. 1491 se dispone que el testamento es nulo cuando se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley. No nos dice qué clase de nulidad es la que origina la inobservancia de la forma. Recurriendo al capítulo de nulidades para los actos jurídicos, encontramos el precepto que nos dice que en general la inobservancia de las formas origina la nulidad relativa del acto jurídico. Después

existen artículos que son aplicables sólo en materia de contratos, permitiendo la confirmación o ratificación del acto, expresa o tácita, en los casos en que no se observa la forma legal, según dispone el artículo 2231.

Esta disposición no es aplicable a los testamentos, porque ya vimos que no puede haber confirmación en cuanto a los mismos, en el sentido estricto de revalidación retroactiva. El Art. 2234 sólo es aplicable tratándose de obligaciones y contratos.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad, existe el mismo problema que ya analizamos para la violencia y, por lo tanto, llegamos a una conclusión semejante.

Cuando no se observa substancialmente el *molde formal*, entonces al omitirse la *solemnidad*, el testamento será *inexistente*, y así lo da a entender el Art. 2228, al decir que la falta de forma establecida por la ley origina la nulidad relativa del acto jurídico, *si no se trata de actos solemnes*.

### CAPITULO III

#### LA FORMA EN LOS TESTAMENTOS

1.—*De las formalidades de los testamentos.*—Hemos dicho que el testamento es un acto jurídico formal en virtud de que para su validez se requiere que la voluntad del testador conste por escrito, y excepcionalmente puede manifestarse en forma verbal. Para los testamentos ordinarios ya explicamos que el conjunto de formalidades o *molde formal* constituyen una verdadera solemnidad para su existencia.

En todo testamento la manifestación de voluntad debe ser expresa, y nunca tácita. No es válido el testamento si el testador manifiesta su voluntad contestando por medio de monosílabos a preguntas que se le hagan o bien respondiendo por señas. En otros actos jurídicos se acepta la manifestación de voluntad tácita que se desprende de hechos que necesariamente hacen presumirla. Por ejemplo, en los contratos puede formarse el consentimiento como acuerdo de voluntades derivado en forma tácita de la conducta de las partes, sin que se exprese en forma oral. Existen contratos que por costumbre se ejecutan sin hablar. Las ventas pequeñas en las que se toma la cosa y se paga, u otros actos en los que se deduce en forma evidente la voluntad de las partes, permiten su otorgamiento por manifestación tácita del consentimiento.

Para el testamento existe disposición especial que requiere para su validez que el autor de la herencia exprese su voluntad. Esta voluntad puede expresarla en forma verbal, sólo en determinados casos y circunstancias muy especiales, o bien en forma escrita y dentro de ésta se admite el testamento privado también en casos y circunstancias excepcionales (Art. 1489).

2.—*Clasificación de los testamentos en atención a su forma.*—En cuanto a su forma, en el Código vigente se distinguen dos clases de testamentos: Ordinarios y Especiales.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, págs. 264 a 265.

*Los Ordinarios son el público abierto, el público cerrado y el ológrafo, y se agregó el público simplificado, por la reforma al artículo 1500, publicada el 6 de enero de 1994.*

*Testamentos especiales son aquellos que se hacen tomando en cuenta determinadas circunstancias y sólo en atención a las mismas se permite recurrir a esa forma privilegiada, no siendo eficaz en los casos ordinarios. Estas circunstancias especiales las indicaremos después.*

*Los Testamentos especiales son: el privado, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.*

La sola enumeración de estas diversas denominaciones demuestra que el testamento especial obedece a circunstancias determinadas relativas a la persona del testador o al lugar en que se encuentre.

El *testamento privado*, por ejemplo, se admite siempre que haya imposibilidad de testar en la forma ordinaria, o sea por el testamento público abierto, cerrado u ológrafo; esta imposibilidad puede deberse a enfermedad del testador, grave y urgente que impida la concurrencia del notario; a la falta de notario en la población, o la imposibilidad de que concurra por algún hecho, en los casos, por ejemplo, de epidemia, sitio, etc.

El *testamento militar* obedece a la circunstancia especial de que el militar o el asimilado al ejército entre en campaña, peligro su vida, o se encuentre herido en el campo de batalla.

El *testamento marítimo* obedece al hecho de encontrarse el testador en altamar; sólo es válido si muere el testador o no hace testamento una vez que haya desembarcado en lugar en que pueda otorgarlo dentro del término de un mes.

El *testamento hecho en país extranjero* tiene por objeto permitir a los mexicanos y a los que tengan bienes en la República, que puedan sujetarse a las formalidades de la ley mexicana al hacer su testamento,

compareciendo ante los funcionarios consulares que tienen, además, atribuciones notariales.

En el Código Civil anterior no se hacía la distinción indicada de testamentos ordinarios y especiales, sino que se distinguían los *testamentos solemnes* y los *privados*. *Testamentos solemnes* eran aquellos en los que se exigían determinadas formalidades con la intervención de notario, y *testamentos privados* eran aquellos que podían ejecutarse tomando en cuenta las circunstancias especiales del testador o el lugar en que hacía el testamento, para evitar la intervención notarial.

Antonio de Ibarrola, ob. cit., pág. 355.

En la legislación anterior se hacía una subdivisión, a su vez, en los testamentos, según fueran solemnes o privados. Los solemnes comprendían el testamento público abierto y el público cerrado. Los testamentos privados eran: el privado, el marítimo, el militar y el hecho en país extranjero. En otras palabras, el Código vigente sólo agrega una categoría, la de testamento ológrafo y hace una nueva clasificación. Agrupa bajo el nombre de testamentos ordinarios al público abierto, al público cerrado y al ológrafo, que introduce, y bajo el nombre de testamentos especiales a los que ya reconocía la legislación anterior.

Rodolfo Sohm, en sus Instituciones de Derecho Privado Romano, pág. 330, hace una breve evolución histórica del testamento privado.

Desde otro punto de vista se clasifican también los testamentos en abiertos y cerrados.

*Testamentos abiertos* son aquellos en los que el testador declara en presencia del notario y testigos o simplemente ante éstos, su voluntad. Puede el testamento abierto redactarse por el notario, por los testigos o por el mismo testador, según los casos. No quiere decir esto que en toda clase de testamento abierto, cualquiera de esas personas pueda redactarlo. Según las clases de testamentos abiertos que pueden presentarse, la redacción se podrá ejecutar o no por las personas que intervengan para autorizar el acto. Lo esencial es la declaración de voluntad en presencia de esas personas que conocen y testifican sobre esa declaración. En cambio, el testamento cerrado se caracteriza por ser desconocido por las personas que concurren a autorizar el acto, bien sea notario o testigos. Se encuentra redactado previamente por el testador o bien por otra persona a su ruego, y se entrega en un sobre cerrado. El testamento cerrado, puede ser público cerrado, ológrafo y en ciertos casos el hecho en país extranjero.

Se estatuyen ciertas formalidades generales para todos los testamentos y especiales para cada categoría o clase de testamento.

3.—*Las formalidades generales para todos los testamentos.*—Dichas formalidades son las siguientes:

1.—Continuidad en el acto, es decir, que no haya interrupción en la práctica de las formas exigidas, según se trate de testamentos ordinarios o especiales. No puede, por consiguiente, llevarse a cabo cualquier testamento interrumpiendo el acto para continuarlo en la misma fecha o en otra distinta de la en que fue iniciado.

2.—Presencia de testigos. Cualquiera que sea el testamento, ordinario o especial, se hará ante testigos. Para algunos testamentos se exige la intervención del notario, pero éste ya será un requisito especial.

3.—Identidad del testador y su capacidad, que debe ser conocida y apreciada por los testigos, o bien por el notario y testigos. En todo testamento, sea ordinario o especial, es necesario que se declare o certifique sobre la identidad del testador manifestando los testigos conocerlo y, además, que se encuentran en su cabal juicio y libres de toda coacción. Sin embargo, este requisito general, esta formalidad, no origina siempre la nulidad del testamento. Si no se hace esa certificación respecto a identidad, capacidad o libertad, por cuanto que no haya coacción, puede probarse posteriormente la identidad del testador, pero si no se llega a justificar, no produce ningún efecto el testamento otorgado, ante la incertidumbre de quién fue la persona que testó.

4.—*Testamento público abierto.*—Es un testamento ordinario y formal en el cual el testador manifiesta claramente su voluntad ante notario y éste redacta por escrito esa manifestación, sujetándose estrictamente al tenor de ella; una vez hecha la redacción, dará lectura al testamento y si el testador da su conformidad, será firmado por éste, el notario y, en su caso, los testigos.

Además de este requisito, de señalar el lugar, la fecha y la hora en todo testamento público abierto, el notario debe cumplir con la formalidad general que hemos enunciado, certificando sobre la identidad del testador, y su capacidad, es decir, que se encuentra en pleno juicio y que está libre de toda coacción (Art. 1504).

Respecto a los testigos que deben intervenir en el testamento, se observarán las prohibiciones que existen para los testigos en general y que estatuye el Art. 1502. El Art. 1513 fue reformado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994, señalando lo siguiente: "En los casos previstos en los artículos 1514, 1516 y 1517 de este Código, así como cuando el testador o el notario lo soliciten, dos testigos deberán concurrir al acto de otorgamiento y firmar el testamento.

Los testigos instrumentales a que se refiere este artículo podrán intervenir, además, como testigos de conocimiento''. En seguida se regulan en el Código una serie de detalles para el caso en que el testador no pueda o no sepa firmar: uno de los testigos firmará a ruego del testador y éste imprimirá su huella digital.

Se reglamenta también el testamento público abierto cuando se otorga por un *sordo*. En este caso manifestará su voluntad, el notario redactará por escrito el testamento y lo leerá el testador, y si no sabe leer, designará persona de su confianza que lea el testamento para determinar si el notario interpretó fielmente su voluntad.

Cuando el testamento público abierto es hecho por un *ciego*, se dará doble lectura del testamento, una por el notario y otra por persona que determine el testador, o por uno de los testigos.

Cuando el testamento público abierto es otorgado por quien no *hable español*, será necesaria la presencia de un intérprete y los testigos deberán hablar el idioma del testador. Este redactará su testamento por escrito, y si no supiere o pudiere escribir, declarará su voluntad al intérprete, quien escribirá el testamento que dicte aquél y harán la traducción al castellano; ésta se asentará en el protocolo del notario, mandándose agregar al apéndice correspondiente a dicho protocolo, el documento privado en que se encuentre redactado el testamento, que debe ser firmado por el testador en su caso.

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traduc. de Mario Díaz Cruz, Habana, 1935, t. V, págs. 578 y 579.

5.—*Testamento público cerrado*.—El testamento público cerrado, es aquel en el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado, que guarda en un sobre cerrado, y que es escrito por el mismo testador o por otra persona a su ruego, firmando al calce y rubricando todas las hojas, y si no sabe o no puede firmar, lo hará otro a solicitud suya. Arts. 1521 a 1526 del Código Civil. En este testamento interviene el notario y testigos, pero sólo para hacer constar en la cubierta del sobre que lo contiene, la declaración del testador, en presencia de los testigos, de que en dicho sobre se encuentra un pliego que contiene su testamento. Tanto el testador como los testigos y el notario deberán firmar en la cubierta, y este último, pondrá su sello y timbrará el sobre de acuerdo con las disposiciones de la ley general del timbre.

Cuando el testamento público cerrado es otorgado por un sordomudo, deberá ser escrito por éste; de otra manera no será válido. En tal virtud los sordomudos que no sepan escribir no podrán hacer testamento. Además, el testador hará constar en la cubierta en que en ella existe un pliego que contiene su voluntad, que ha sido escrito y redac-

tado por él, estando las hojas rubricadas y firmado el testamento al calce. Sin esta serie de requisitos que deben constar en la cubierta y que el notario dará fe, el testamento no será válido.

Una vez que el notario tenga conocimiento de que ha muerto el que otorgó un testamento público cerrado, comunicará este hecho al juez y le remitirá el sobre en que se contenga el testamento. El juez citará al notario y a los testigos que hayan intervenido para que den fe de que el sobre se encuentra en las mismas condiciones en que fue entregado por el testador, que no ha sido alterado o abierto, y también para que reconozcan sus firmas. Si no fuere posible citar a todos los testigos por estar ausentes o por haber muerto alguno de ellos, la audiencia se llevará a cabo con los testigos presentes y con el notario y a falta del notario, el juez deberá recibir información testimonial para que las personas que conozcan las firmas de aquellos que intervinieron como testigos y del notario, declaren si en su concepto esas firmas son auténticas y si las personas mencionadas se encontraban en el lugar y en la fecha a que se refiera la constancia que aparezca en la cubierta del testamento cerrado. Después de cumplir estas formalidades y una vez demostrada la autenticidad del sobre, porque no haya sido abierto o en alguna forma violado, el juez lo abrirá y mandará protocolizar el testamento.

Planiol y Ripert, *ob. cit.*, t. V, págs. 610 y 611.

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1994, se adiciona el Capítulo III Bis referente al testamento público simplificado. El artículo 1549-Bis lo define como: "Testamento público simplificado es aquél que se otorga ante notario respecto de un inmueble destinado o que vaya a destinarse a vivienda por el adquirente en la misma escritura que consigne su adquisición o en la que se consigne la regularización de un inmueble que lleven a cabo las autoridades del Distrito Federal o cualquier dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, o en acto posterior, de conformidad con lo siguiente:

I.—Que el precio del inmueble o su valor de avalúo no exceda del equivalente a 25 veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año, al momento de la adquisición. En los casos de regularización de inmuebles que lleven a cabo las dependencias y entidades a que se refiere el párrafo anterior, no importará su monto;

II.—El testador instituirá uno o más legatarios con derecho de acrecer, salvo designación de sustitutos. Para el caso de que cuando se llevare a cabo la protocolización notarial de la adquisición en favor de los legatarios, éstos fueren incapaces y no estuvieren sujetos a patria potestad o tutela, el testador también podrá designarles un representante especial que firme el instrumento notarial correspondiente por cuenta de los incapaces;



III.—Si hubiere pluralidad de adquirentes del inmueble, cada copropietario podrá instituir uno o más legatorios respecto de su porción. Cuando el testador estuviere casado bajo el régimen de sociedad conyugal, su cónyuge podrá instituir uno o más legatarios en el mismo instrumento, por la porción que le corresponda. En los supuestos a que se refiere este artículo no se aplicará lo dispuesto por el artículo 1296 de este Código;

IV.—Los legatarios recibirán el legado con la obligación de dar alimentos a los acreedores alimentarios, si los hubiere, en la proporción que el valor del legado represente en la totalidad del acervo hereditario de los bienes del autor de la sucesión;

V.—Los legatarios podrán reclamar directamente la entrega del inmueble y no le serán aplicables las disposiciones de los artículos 1713, 1770 y demás relativos de este Código; y

VI.—Fallecido el autor de la sucesión, la titulación notarial de la adquisición por los legatarios, se hará en los términos del artículo 876-Bis del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Asimismo, se adicionó el artículo 876-Bis en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación con el testamento público simplificado, que dispone lo siguiente: “Para la titulación notarial de la adquisición por los legatarios instituidos en testamento público simplificado, se observará lo siguiente:

I.—Los legatarios o sus representantes, exhibirán al notario la copia certificada del acta de defunción del testador y testimonio del testamento público simplificado;

II.—El notario dará a conocer, por medio de una publicación en un periódico de los de mayor circulación en la República, que ante él se está tramitando la titulación notarial de la adquisición derivada del testamento público simplificado, los nombres del testador y de los legatarios y, en su caso, su parentesco;

III.—El notario recabará del Archivo General de Notarías, del Archivo Judicial del Distrito Federal y de los correspondientes archivos u oficinas similares del último domicilio del autor de la sucesión, las constancias relativas a la existencia o inexistencia de testamento. En el caso de que el testamento público simplificado presentado sea el último otorgado, el notario podrá continuar con los trámites relativos, siempre que no existiere oposición;

IV.—De ser procedente, el notario redactará el instrumento en el que se relacionarán los documentos exhibidos, las constancias a que se refiere la fracción anterior, los demás documentos del caso, y la conformidad expresa de los legatarios en aceptar el legado, documento que se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad. En su caso, se podrá hacer constar la repudiación expresa; y

V.—En el instrumento a que se refiere la fracción anterior, los legatarios

podrán otorgar, a su vez, un testamento público simplificado en los términos del artículo 1549-Bis del Código Civil”.

6.—*Testamento ológrafo*.—El testamento ológrafo que reconoce el Código Civil vigente, considerado como testamento ordinario, *es el escrito* por el testador, de su puño y letra, siempre y cuando sea mayor de *edad y sepa, naturalmente, leer y escribir*. Este testamento debe otorgarse por duplicado y guardarse en un sobre cerrado cada uno de los ejemplares. Se presentará ante el director del Registro Público de la Propiedad y se manifestará ante dicho director y en presencia de testigos que en ese sobre se contiene el testamento. Debe comparecer directamente el testador y hacer esa manifestación. El director del Registro Público exigirá que se compruebe la identidad del testador. También certificará que se encuentra en su cabal juicio y libre de toda coacción. Una vez cumplidos estos requisitos hará constar que uno de los sobres contiene un pliego, según declaración del interesado, en el cual se encuentra manifestada su última voluntad, quedando depositado ante el citado director. En el otro sobre hará constar este último que se entrega al testador y que contiene una copia del testamento, según manifestación de éste. Deben firmar la constancia, el director del Registro Público y dos testigos. El otro sobre que se entrega al testador podrá conservarse o depositarlo en el Archivo Judicial. Para el caso de depósito en el Archivo Judicial se levantará la constancia de entrega del sobre y se entregará al testador una copia certificada por el director del Archivo de esa razón. El testador puede en cualquier momento retirar del Registro Público y del Archivo Judicial el testamento ológrafo o por medio de apoderado especial que nombre. Cuando se retire un testamento ológrafo se debe tomar razón tanto por el director del Registro Público en el libro correspondiente, como en los casos en que se haya depositado en el Archivo Judicial.

Tomando en cuenta esta nueva forma de testamento, se prescribe, para radicar un intestado, como obligación del juez, la de pedir informe al Registro Público de la Propiedad, para saber si el autor de la sucesión otorgó o no testamento ológrafo y, además, se impone al director la obligación de informar al juez, en el caso de que conozca la muerte del que ha otorgado un testamento ológrafo. También las personas que tengan conocimiento de este hecho, están obligadas a informar al juez.

Planiol y Ripert, ob. cit., t. V, págs. 554 y 555.

7.—*Testamento privado*.—El testamento privado puede ser escrito u oral, en ambos casos es válido; pero para que se acepte la manifestación verbal se requiere que haya una imposibilidad absoluta de que el

testador o los testigos redacten por escrito las cláusulas del testamento. El testamento privado se autoriza sólo en los casos en que exista imposibilidad de otorgar testamento ordinario, es decir, público abierto, público cerrado u ológrafo.

Antonio de Ibarrola, ob. cit., pág. 369.

Estos casos de imposibilidad se refieren a enfermedad grave, o cuando no exista en la población notario o juez que actúe con funciones notariales, o bien que haya imposibilidad de que concurran al otorgamiento del testamento, bien sea por la urgencia del caso o por circunstancias que imposibiliten su presencia: fuerza mayor, enfermedad, epidemia, etc. Para que sea válido el testamento privado, es indispensable que el testador, si no puede otorgar un testamento ordinario, por la gravedad de su enfermedad o por las causas antes indicadas, esté después también imposibilitado de hacerlo, porque muera en virtud de la enfermedad o bien fallezca dentro del mes siguiente al otorgamiento del testamento.

Rodolfo Sohm, ob. cit., págs. 333 a 334.

El testamento privado debe ser redactado por el testador, escrito por éste, o bien, si no sabe o no puede escribir, por uno de los testigos que concurran. Deben ser cinco testigos idóneos, es decir, con todos los requisitos que hemos indicado para ser testigo de testamento. Si los testigos no saben o no pueden escribir o por la urgencia del caso es imposible hacer la redacción antes de que muera el testador, valdrá la simple manifestación verbal, pero para ello se requiere que los testigos declaren de ciencia cierta sobre las siguientes circunstancias.

Los testigos que concurran a un testamento privado, deberán declarar circunstanciadamente:

- I. El lugar, la hora, el día, el mes y el año en que se otorgó el testamento;
- II. Si reconocieron, vieron y oyeron claramente al testador;
- III. El tenor de la disposición;
- IV. Si el testador estaba en su cabal juicio y libre de cualquier coacción;
- V. El motivo por el que se otorgó el testamento privado;
- VI. Si saben que el testador falleció o no de la enfermedad, o en el peligro en que se hallaba.

8.—*Testamento militar*.—El testamento militar es un testamento especial que se permite sólo en los casos en que el militar o el asimila-

do al ejército entra en campaña o resulta herido en el campo de batalla. También este testamento especial se acepta para los prisioneros de guerra. Puede otorgarse en forma verbal o escrita, ante dos testigos. Puede el testador, en el momento de encontrarse herido en el campo de batalla, entregar su testamento escrito y firmado de su puño y letra o bien al entrar en batalla. Si no tiene testamento escrito y por la urgencia del caso no es posible que el testador o los testigos lo escriban, es suficiente la manifestación verbal que lleve a cabo en presencia de dos testigos que deben concurrir siempre en esta clase de testamentos. En el caso en que únicamente exista declaración verbal, los testigos informarán al jefe de la corporación para que éste dé parte al Secretario de la Defensa Nacional y a su vez éste denuncie el caso al juez competente. El juez citará a los testigos para que, como en el caso del testamento privado cuando se otorga oralmente, declaren de ciencia cierta sobre los siguientes hechos:

1.—Lugar, día, hora, mes y año en que se otorgó el testamento verbal.

2.—Haber conocido al testador, así como haberlo identificado y reconocido en el acto en que se hizo el testamento.

3.—Indicarán el tenor de la disposición testamentaria. En este caso informarán al juez sobre las palabras y deseos del testador.

4.—Declararán si el testador se encontraba en su pleno juicio y libre de coacción.

5.—Indicarán la causa por la cual no pudo hacer testamento por escrito; y

6.—Si el testador murió de la enfermedad o en el peligro en que se hallaba.

Después de haber recibido declaración sobre todos estos hechos, si las informaciones de los testigos coinciden, el juez considerará que existe legalmente testamento al tenor de la información producida por los testigos.

Este testamento sólo producirá efectos, como en el caso anterior, si el militar muere de la enfermedad o herida, en el momento de peligro en que se encontraba o bien dentro de un mes. La razón es la siguiente: es preferible el testamento ordinario y, por consiguiente, el especial sólo se acepta en casos justificados que impidan hacer el primero. Si el testador no muere de la enfermedad o peligro en que se encontraba y transcurre más de un mes, se supone que estuvo en condiciones de hacer testamento ordinario. Por este motivo, la ley requiere que tampoco hubiera podido hacer testamento ológrafo, es decir, la clase más sencilla del ordinario. Para el testamento militar se

aplican las reglas del privado, contenidas en los artículos 1571 a 1578 (Art. 1582).

9.—*Testamento marítimo*.—Es un testamento especial que se otorga estando el testador en alta mar a bordo de un buque nacional, bien sea de guerra o mercante. Este testamento debe constar siempre por escrito y otorgarse ante dos testigos y el capitán de la embarcación extendiéndose dos ejemplares que conservará el propio capitán y tomará razón en el libro diario del buque. Se exigen dos ejemplares en virtud de que se impone al capitán la obligación de entregar uno de ellos en el primer punto que toque, si existe un funcionario consular mexicano o un agente diplomático, y el otro lo remitirá al tocar territorio nacional a la primera autoridad marítima o bien, a ésta enviará los dos ejemplares si no puede entregar el primero a ningún agente consular o diplomático mexicano. Exigirá el capitán recibo del agente consular o de la autoridad marítima. Esta dará parte al funcionario judicial competente para que se proceda a la apertura de la sucesión con citación de los interesados.

El testamento marítimo se caracteriza, por consiguiente, como testamento especial en forma escrita, en tanto que el privado y el militar son los únicos testamentos especiales que pueden revestir la forma escrita o la oral.

10.—*Testamento hecho en país extranjero*.—Es un testamento especial que puede sujetarse a las formalidades de la ley extranjera cuando tenga su ejecución en la República Mexicana, o bien, puede otorgarse ante los agentes diplomáticos o consulares mexicanos, observando las formalidades de la ley mexicana. A este efecto, los agentes diplomáticos y consulares tienen funciones notariales y pueden recibir testamentos ológrafos.

El testamento hecho en país extranjero puede sujetarse a las leyes del país en que se otorgue y tiene plena validez en la República, en virtud del principio de que el lugar rige al acto (*locus regit actum*) reconocido por el artículo 13 frac. IV del Código conforme al cual los actos jurídicos en cuanto a su formalidad se sujetarán a la ley del lugar en donde se otorguen. Este mismo artículo admite la posibilidad de que si el acto va a tener ejecución en el Distrito Federal, quedará su autor en libertad de sujetarse a las formalidades prescritas por nuestro Código Civil. Este precepto es idéntico en los Códigos de los Estados. El artículo 1594 estatuye que los secretarios de legación, los cónsules y los vicecónsules mexicanos podrán hacer las veces de notarios o de receptores de los testamentos de los nacionales en el extranjero, en los casos en que las disposiciones testamentarias deban

tener su ejecución en el Distrito Federal. Es el único caso en que se permite que el agente diplomático o consular ejerza funciones de encargado del Registro Público, ya que hemos visto que los testamentos ológrafos, es decir, los que son hechos de puño y letra del testador, mayor de edad, deben depositarse ante el citado registrador público, entregándole el testamento por duplicado, para que se conserve un ejemplar en poder del Registro Público y otro se entregue al testador. El agente diplomático o consular que haga las veces de receptores de los testamentos cumplirá con todas las disposiciones que requiere el Código para el otorgamiento de estos testamentos, es decir, exigirá que se le entreguen dos ejemplares en sus respectivos sobres cerrados; que en uno haga constar el testador que en él se contiene su voluntad, firmando en presencia del funcionario consular o diplomático, en la cubierta del sobre y en unión de los testigos; y en el otro se asentará que el testador manifestó que en el mismo se encuentra una copia del original que ha dejado en poder del agente consular de que se trate.

Para los casos en que se otorgue testamento ante los funcionarios mencionados, se les impone la obligación de dar parte a la Secretaría de Relaciones para que en el caso de muerte del testador, publique este hecho a fin de ponerlo en conocimiento de los interesados, así como que otorgó testamento en país extranjero ante determinado agente consular o diplomático, para que promuevan la apertura del testamento. La Secretaría de Relaciones no tiene, en este caso que dar parte a la autoridad judicial. Serán los interesados en el testamento los que ocurran ante la autoridad judicial competente para solicitar la apertura de la sucesión. Por conducto de la Secretaría de Relaciones se entregará el testamento público abierto o cerrado que se hubiere otorgado ante el agente diplomático o consular, pero si el testamento es ológrafo, éste se remitirá por la Secretaría al encargado del Registro Público de la Propiedad que corresponda al domicilio señalado por el testador, para que a su vez éste lo remita al juez competente.

#### CAPITULO IV

##### DE LA CADUCIDAD HEREDITARIA Y DE LA SUBSTITUCIÓN DE HEREDEROS

1.—*Caducidad*.—La caducidad no es un vicio del testamento, sino que supone su validez por haberse otorgado cumpliendo todos los requisitos, tanto de existencia como de validez. A pesar de que el acto jurídico es perfecto, existe una imposibilidad de que surta efectos por un hecho ajeno al testador y generalmente posterior a su muerte.

Las causas que originan la caducidad son las siguientes:

1°—Cuando el heredero o el legatario mueren antes que el testador; se trata en este caso de un hecho ajeno al testador, pero anterior a su muerte. Los siguientes casos son posteriores.

2°—Cuando el heredero o legatario mueren después del testador, pero antes de que se cumpla la condición suspensiva. Como ésta impide el nacimiento del derecho, es necesario que se cumpla viviendo el heredero o legatario; si mueren antes de que se realice, caduca la disposición testamentaria en lo referente al heredero y, en tal virtud, no puede ya transmitir esos bienes a sus herederos sino que se considera que no hubo disposición testamentaria eficaz y debe abrirse la sucesión legítima. Ya hemos visto que la transmisión hereditaria se opera en el momento mismo de la muerte del autor de la sucesión; pero esto es en el caso en el cual la institución es lisa y llana; pero cuando se le subordina a una condición, en tanto que no se cumpla, no se ha adquirido el derecho. Si el heredero o legatario mueren antes de que realice la condición, la disposición testamentaria caduca y, por consiguiente, no pueden transmitir esos bienes a sus herederos a pesar de que mueran con posterioridad al testador. Justamente para evitar la caducidad, el testador puede hacer substituciones, es decir, puede nombrar un substituto del heredero.

3°—Cuando el heredero se hace incapaz de heredar. Ya indicamos las causas que originan la incapacidad para heredar. En estos casos caduca la disposición y se abre la sucesión legítima para los bienes objeto de la disposición que ha caducado.

4°—Cuando la renuncia la lleve a cabo el heredero o legatario. Aunque la transmisión de los bienes se opera de pleno derecho por la muerte del testador y en el momento mismo de su muerte, hemos indicado que se exige una aceptación tácita o expresa del heredero o legatario supuesto que nadie puede ser heredero o legatario contra su voluntad. Si se manifiesta la aceptación tácita o expresa, produce efectos retroactivos y la transmisión de la herencia se opera desde la muerte del testador, pero si se renuncia expresamente la herencia, caduca la disposición testamentaria y en este caso debe también abrirse la sucesión legítima (sólo por lo que se refiere a la parte del heredero, no del legatario), a no ser que se haya nombrado un substituto, que precisamente tiene por objeto evitar la apertura de la sucesión legítima.

5°—El incumplimiento de la condición suspensiva respecto de herederos o legatarios. Hemos visto que el testador puede imponer condiciones suspensivas o resolutorias para los legados y que si no se cumple la condición suspensiva, el legatario no llega a adquirir la cosa, liberándose el responsable del legado. Si se trata de un heredero, entonces se abrirá la sucesión legítima por la parte que caducó.

2.—*Substitución de heredero.*—Los casos de substitución de heredero ocurren cuando el testador nombra a un substituto para el caso de que el heredero muera antes que él, resulte incapaz, o renuncie la herencia. La substitución, por consiguiente, tiene por objeto evitar, en los tres casos indicados, que se abra la sucesión legítima; el testador, previendo esos casos que originarían la caducidad de la institución, puede nombrar a un substituto para que entre en la herencia. *Esta es la substitución llamada vulgar.*

Nuestra legislación vigente admite sólo esta forma de substitución. En cambio, en la legislación anterior se hacía la clasificación de substituciones directas e indirectas, y a la vez se subdividían las primeras en vulgares, pupilares, ejemplares y recíprocas. Se permitía bajo el Código anterior, no sólo la substitución vulgar a que nos hemos referido, sino también se aceptaba la pupilar, es decir, aquella en la cual al instituir el testador como heredero a un impúber bajo su potestad, le nombraba un substituto, para el caso de que si muriese antes de la edad permitida para testar, no se abriera su herencia legítima, con respecto a los bienes que le dejaba en su testamento.

Valverde, ob. cit., t. V, pág. 185.

En el Código vigente, al admitirse sólo la substitución vulgar, es decir, aquella que se origina solamente en los casos en que el heredero muera antes que el testador, resulte incapaz de heredar o renuncie la herencia, no se permite ya que los que ejercen la patria potestad nombren substitutos, para los descendientes impúberes. Actualmente, si el heredero impúber muere antes de la edad permitida para testar (16 años), se abrirá su sucesión legítima. No sería válida la cláusula en la cual el ascendiente testador, nombrase un substituto si el heredero muriese antes de los 16 años.

Además de la substitución pupilar, en el Código de 1884 se reconocía la ejemplar. Esta se presentaba cuando el heredero instituido, mayor de edad, era incapaz por enajenación mental declarada judicialmente, en cuyo caso el testador, que siendo ascendiente nombraba heredero al enajenado, le designaba substituto previendo la posibilidad de que la enajenación fuere vitalicia y no pudiese testar. Tenía simplemente por objeto evitar también la apertura de la herencia legítima para el caso en el cual la enajenación mental persistiera y el heredero no pudiera hacer su testamento. Se aceptaba que el ascendiente nombrare un substituto al enajenado, en cuanto a los bienes que le dejaba en su testamento.

Finalmente, en la doctrina se acepta otra forma de substitución, llamada recíproca, como subdivisión de la directa que estamos estudiando.



Esta substitución recíproca, que no menciona la legislación anterior, ni la vigente, en realidad más que una clase de substitución, es un modo de substituir permitido en nuestro derecho actual, en el cual los herederos instituidos son substituidos recíprocamente, es decir, para el caso de muerte, incapacidad o renuncia de uno de ellos, el testador designa como substituto al otro. Por ejemplo, cuando dice, instituyo por mis herederos a Pedro y a Pablo, a quienes designo substitutos recíprocamente. La substitución recíproca en realidad es un modo de la substitución vulgar, es decir, cuando uno de los herederos instituidos muere antes del testador, resulte incapaz de heredar por alguna de las causas ya estudiadas o bien renuncie la herencia, será reemplazado por otro de los herederos instituidos, a quien se considera substituto en el testamento. En el Código vigente se habla sólo de la substitución vulgar y de las distintas formas en que puede presentarse, en el artículo 1472.

3.—*Substitución fideicomisaria.*—Además de la substitución directa, que comprende las cuatro formas ya indicadas (la vulgar, pupilar, ejemplar y recíproca), existe la indirecta llamada fideicomisaria. Esta substitución está prohibida por la ley.

Se llama substitución indirecta o fideicomisaria aquélla en la cual el testador impone al heredero la obligación de transmitir los bienes hereditarios a determinada persona, bien sea durante su vida o cuando muera. En la substitución fideicomisaria el heredero queda considerado simplemente como un usufructuario de los bienes, supuesto que el dominio lo habrá de transmitir a su muerte o bien durante su vida, en un cierto plazo. Por la cláusula fideicomisaria el testador en realidad favorece con la institución en forma definitiva a una tercera persona distinta del heredero, es decir, en una forma indirecta, a través de esta cláusula, se impone al heredero la obligación de testar en favor de cierta persona.

Valverde, ob. cit., t. V, pág. 191.

El testador es el fideicomitente y el heredero el fiduciario; los bienes que se transmiten se consideran en fideicomiso y en esta forma se impone una vinculación para ir transmitiéndolos de generación en generación, como se aceptaba en la legislación antigua, lo que era perjudicial tanto a la economía, como a la libertad de testar que se reconoce en el derecho moderno.

Antonio de Ibarrola, ob. cit., pág. 422.

No se considera substituciones fideicomisarias y, por consiguiente, se permiten aquellas en las cuales se deja la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra. En rigor, simplemente existen legados so-

bre objetos distintos, dos liberalidades, una que tiene por objeto el dominio y otra el usufructo. Tampoco se considera fideicomisaria la institución en la cual se dejan los bienes al hijo con la condición de transmitirlos al hijo o hijos que tuviere durante la vida del testador.

En rigor, en este caso el heredero sólo es usufructuario de los bienes y sus hijos adquieren la propiedad; como éstos deben existir antes de que muera el testador, no se trata de una institución para persona incapaz por no haber sido concebida, sino de herederos que ya existen antes de que muera el testador, y bajo esa condición se acepta la imposición de que el hijo transmita sus bienes a los hijos que tuviere durante la vida del testador. Arts. 1472 y 1473 del Código vigente, y 3443, 3444 y 3448 del anterior.

Además de los casos antes indicados como substituciones fideicomisarias, es decir, cuando se impone al heredero la obligación de transmitir los bienes a su muerte o durante su vida, y cuando se le impone la prohibición de enajenar, la ley reconoce como substitución fideicomisaria y, por consiguiente, prohibida, aquella en la cual se transmiten los bienes al hijo con la obligación de transmitirlos a descendientes de segundo o ulterior grado. Sólo es válida la cláusula en la cual el hijo deba transmitir sus bienes a los hijos que tuviere durante la vida del testador, pero será fideicomisaria la cláusula en la cual el hijo tenga la obligación de transmitir sus bienes a descendientes de segundo o ulterior grado (Art. 1481).

Valverde, ob. cit., t. V, págs. 191 a 192.

La substitución fideicomisaria trae consigo su nulidad, pero no la del testamento o institución respectiva. Es decir, la cláusula se tiene por no puesta y es válida la institución. El único efecto en este caso sería originar la herencia legítima cuando sobrevenga alguna causa de caducidad ante la imposibilidad de que el substituto pueda recibir por testamento, toda vez que la substitución se considera como no puesta.

Las substituciones válidas pueden hacerse conjunta o sucesivamente, es decir, puede el testador nombrar diversos herederos conjuntamente para que a falta del heredero designado, todos reciban por partes iguales la porción asignada al substituido o bien los substitutos pueden ser sucesivos, indicándose en el testamento la forma o el orden en que entrarán a disfrutar; si no se indica orden, se acepta en la forma que venga en el testamento. Se permite también nombrar substituto al substituto, es decir, hacer una doble substitución con este objeto: si muere el heredero y el substituto, heredará el designado en segundo término o bien, si muere el designado en primer lugar y el heredero se hace incapaz de heredar, renuncia la herencia o muere antes que el testador, entonces

heredará el segundo substituto o cuando ambos son incapaces de heredar o repudian la herencia. Prevé, por consiguiente, las dos hipótesis que pueden presentarse, muerte del heredero y del substituto en primer lugar o bien, muerte únicamente del substituto en primer lugar y que se haga incapaz de heredar el heredero primeramente designado.

Finalmente, no se consideran como substituciones fideicomisarias y, por consiguiente, se permiten aquellas en las cuales se impone al heredero la obligación de transmitir ciertos bienes para instituciones de beneficencia, para ciertas clases; huérfanos, ciegos, etc., en cuyo caso deben precisarse las obligaciones o los gravámenes que se constituyan. El testador puede, por lo tanto, fijar determinados gravámenes o cargas a efecto de garantizar ciertas pensiones para actos de beneficencia o beneficio de clases determinadas. *No hay en este caso una cláusula fideicomisaria, porque no existe prohibición de enajenar.*

"Límites establecidos por la jurisprudencia francesa a la regla de la prohibición de las substituciones. Si la jurisprudencia extendió la noción de substitución a las cosas muebles o fungibles, falseando con ello el espíritu del Código Civil, se ha esforzado por atenuar el rigor del principio que prohíbe las substituciones. Hablando propiamente, puede advertirse este esfuerzo, sobre todo, en el pasado, en la actualidad más bien es un recuerdo. Brevemente indicaremos los procedimientos a que recurrió la Corte de Casación, para convalidar disposiciones que examinadas a la luz del Código Civil, hubieran podido considerarse como substituciones. Tales procedimientos son tres:

1º—Simple fideicomiso.—Si la disposición impugnada puede considerarse como un fideicomiso sin obligación de restituir, es válida. Se trata de un simple deseo: Cas. 14, Jun. 1899, D. 1900. 1. 353.

2º—Fideicomisos sin inalienabilidad o legados de residuo.—Estos términos se refieren al caso en que el disponente obligue al fiduciario la de no disponer de los bienes recibidos; pero si no ha dispuesto de ellos, los beneficiarios pueden aprovecharse de los mismos y exigir su entrega. Así lo ha decidido la Corte de Casación, principalmente en la sentencia de principio Freveau (Cas. 27 Feb. 1843. D. 43. 1. 181; S. 43. 1. 440). La doctrina es de la misma opinión; existe, dice, la obligación de transmitir, pero no la de conservar. Ahora bien, el artículo 896 exige, para aplicarse, las obligaciones de conservar y transmitir.

3º—Doble legado condicional.—Cuando una disposición puede interpretarse como un legado hecho al fiduciario bajo condición resolutoria de que no muera antes que el beneficiario, y de que este último recibe un legado bajo condición de que sobreviva al fiduciario, tal disposición es válida. Una vez cumplida la condición se considera que sólo ha habido un beneficiario. La jurisprudencia principió anulando los dobles legados condicionales (Cas. 8 Feb. 1854, S. 54. 1. 694); después admitió la validez de un simple legado particular subordinado a la predetención del primer beneficiario a título universal. En 1875, llegó más lejos: decidió que los tribunales, si el testador no lo había hecho, debían hacer el análisis de su disposición transformándola en doble legado condicional y que los tribunales estaban obligados a dar esta interpretación". (Bonnecase, ob. cit., t. III, págs. 439 y 440).

## SECCION TERCERA

## SUPUESTOS PROPIOS DE LA SUCESION LEGITIMA

## CAPITULO I

## DE LA APERTURA DE LA HERENCIA LEGÍTIMA

1.—*Diversas hipótesis.*—En la apertura de la sucesión legítima o intestada, primero enunciaremos todos los casos en que puede abrirse, para después agruparlos en clasificaciones generales.

La herencia legítima se abre en los siguientes casos:

1º—Cuando no se otorgó testamento, que es la hipótesis normal.

2º—Cuando habiéndose otorgado el testamento éste ha desaparecido.

3º—Cuando el testamento es jurídicamente inexistente.

4º—Cuando el testamento es nulo; la nulidad puede ser total, referirse al acto jurídico en todos sus aspectos, o simplemente parcial, refiriéndose a determinada institución de heredero o de legatario.

Cuando el testamento es nulo, si la nulidad es parcial, se abre la sucesión legítima por lo que toca a las disposiciones nulas y subsiste la testamentaria por lo que se refiere a las cláusulas válidas.

5º—Cuando el testador revoca su testamento.

6º—Cuando en el testamento sólo se disponga de parte de los bienes.

7º—Cuando el heredero testamentario repudia la herencia.

8º—Cuando el heredero testamentario muera antes que el testador.

9º—Cuando el heredero muere antes de que se cumpla la condición suspensiva, a pesar de que su muerte sea posterior a la del testador, o no se cumpla la condición.

10º—En los casos de incapacidad de goce del heredero testamentario.

2.—*Clasificación de los casos de apertura de la herencia legítima.*—

Los casos anteriores deben clasificarse a fin de comprender en determinados conceptos generales, diversas hipótesis, como son las enumeradas.

Fundamentalmente podemos considerar que la sucesión legítima se abre:

I.—Cuando no hay disposición testamentaria, comprendiendo tres casos: 1º—Cuando no se otorgó testamento; 2º—Cuando se revocó el testamento, y 3º—Cuando existiendo un testamento, éste ha desaparecido.

II.—En los casos de ineficacia del testamento. Es decir, que no producirá efecto. La ineficacia del testamento tiene lugar: 1º—Cuando es

inexistente; 2º—Cuando está afectado de nulidad absoluta, y 3º—Cuando está afectado de nulidad relativa.

III.—Cuando el testador dispone sólo de parte de los bienes. Este tercer grupo supone: 1º—Que se dispuso de parte de los bienes, por lo que la otra deberá ser materia de sucesión legítima; 2º—Que sólo se hizo una institución de legatarios respecto de parte del activo, y nada se dijo del resto, ni del pasivo; en cuyo caso se abrirá la sucesión legítima por la parte no dispuesta; 3º—Que sólo hubo una institución parcial de heredero; es decir, se instituyó heredero por parte alicuota. Es un caso distinto del primero, porque en aquél, el testador dispone de bienes determinados; por ejemplo, dice: todos mis bienes muebles los dejo en herencia a B y nada dispone respecto de sus bienes inmuebles; o dice: los bienes inmuebles que tengo en el Distrito Federal los dejo a Z. En cambio, el tercer caso supone que una parte alicuota de la herencia es materia de institución hereditaria, por ejemplo si dice el testador: la mitad de mis bienes los dejo en herencia a mi hijo. Respecto de la otra mitad se abrirá la sucesión legítima.

IV.—En los casos de caducidad de la herencia. La caducidad de la herencia supone a su vez las siguientes hipótesis: 1º—Que el heredero testamentario repudió la herencia; caduca su parte alicuota que será materia de sucesión legítima; 2º—Que el heredero murió antes que el de cujus; 3º—Que el heredero murió antes de que se cumpliera la condición suspensiva. A pesar de que haya muerto después del testador, se abre la sucesión legítima; 4º—Incumplimiento de la condición suspensiva de que dependa la institución hereditaria; 5º—Incapacidad del heredero por los casos siguientes: falta de personalidad, delito, actos inmorales, falta de reciprocidad internacional, motivos de orden público, presunción de influencia contraria a la voluntad del testador o a la integridad del testamento, renuncia y remoción de un cargo conferido en testamento.

3.—*Clasificación legal.*—El Código Civil vigente pretende agrupar con un criterio científico las causas que motivan los casos de herencia legítima. En el artículo 1599 consagra cuatro casos que a su vez comprenden una serie de hipótesis.

“La herencia legítima se abre:

I.—Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;

II.—Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;

III.—Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero;

IV.—Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto”.

En los casos de las fracciones tercera y cuarta, en realidad el legislador hace una división innecesaria, porque son formas de caducidad de la herencia, y no existe razón para distinguir por una parte el incumplimiento de la condición, y por otra, la repudiación de la herencia, la muerte del heredero antes que el testador o la incapacidad para heredar. El mismo legislador enumera cuáles son los casos de caducidad de una herencia, y esto nos permite modificar la clasificación del Art. 1599.

En el capítulo relativo a la nulidad, revocación y caducidad de los testamentos, el Art. 1497 dice:

"Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios:

I.—Si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado;

II.—Si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado;

III.—Si renuncia a su derecho".

4.—*Caducidad del legado y de la herencia.*—Es necesario no confundir las causas de caducidad de la herencia testamentaria que originan la apertura de la sucesión legítima, con las causas de caducidad del legado que no la motivan. La razón es la siguiente: el legado es una deuda o carga de la masa hereditaria, si no se especifica un heredero determinado como deudor; puede ser una deuda especial y expresamente señalada a cargo de un heredero, o de otro legatario determinado. Por consiguiente, el legado es una deuda u obligación de dar, de hacer o de no hacer. Si caduca la deuda, quiere decir que si gravitaba sobre la masa hereditaria ya no habrá que distraer el legado. La caducidad del legado entonces beneficiará a todos los herederos porque el activo hereditario aumenta. Si el legado es a cargo de un heredero o de otro legatario determinado, la deuda especial que gravitaba sobre estas personas, también se extingue y la caducidad del legado vendrá a beneficiar al heredero o legatario deudor. Por tanto, en ningún caso se abrirá la sucesión legítima por la caducidad del legado.

5.—*Derecho de acrecer.*—El Código Civil de 1884 reconoció expresamente el derecho de acrecer y lo reguló en los artículos 3653 a 3663. Este último precepto, a su vez aplicaba en los intestados lo previsto por los artículos 3579, 3580 y 3582 del mismo Código, a efecto de resolver los problemas que se presentaban en los casos de que algunos herederos legítimos no quisieran o no pudieran heredar, disponiendo que su parte acrecía a la de los otros herederos del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando éste debiere tener lugar.

En el Código Civil vigente no encontramos preceptos que en forma directa o indirecta aludan al derecho de acrecer, pues tanto en las testamentarias como en los intestados no se prevé tal hipótesis y siempre se abre la sucesión legítima en los casos en que el heredero testamentario muera antes que el testador, repudie la herencia o sea incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto, tal como lo previene expresamente la fracción IV del artículo 1599. En las sucesiones intestadas, conforme al artículo 1609, heredarán por estirpes los descendientes de los hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia. Lo mismo se observará cuando sólo concurren hermanos con sobrinos del de cujus, si éstos últimos son hijos de hermanos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado a la herencia, pues conforme al artículo 1632, los hermanos heredarán por cabezas y los sobrinos por estirpes. Tratándose de otros parientes que resulten incapaces, repudien la herencia legítima o hayan muerto antes que el autor de la sucesión, se aplica la norma del artículo 1604, conforme a la cual los parientes más próximos excluyen a los más lejanos.

En las testamentarias la parte alícuota que es objeto de caducidad no beneficia a los demás herederos, pues no existe un derecho de acrecer en las partes alícuotas de los demás herederos.

El derecho de acrecer lo regula el Código español, aplicándolo tanto a las testamentarias como a los intestados. Véase al respecto lo que sobre el particular dice Valverde.

Valverde, ob. cit., t. V, págs. 478 a 479.

En el derecho romano se admitió el derecho de acrecer para evitar que una persona muriera parte testada y parte intestada o con el fin de que el heredero instituido en una fracción de la herencia, pudiera recibir la totalidad de la misma. También sobre este punto consúltese al autor citado.

El Código Civil de 1884 dispuso lo siguiente:

Art. 3653.—"Derecho de acrecer es el que la ley concede a un heredero para agregar a su porción hereditaria la que debía corresponder a otro heredero".

Art. 3654.—Para que en las herencias por testamento tenga lugar el derecho de acrecer, se requiere:

I.—Que dos o más sean llamados a una misma herencia o a una misma porción de ella, sin especial designación de partes:

II.—Que uno de los llamados muera antes que el testador, renuncie la herencia o sea incapaz de recibirla".

## CAPITULO II

PARENTESCO, MATRIMONIO Y CONCUBINATO COMO SUPUESTOS  
DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA

1.—*Los tres sistemas de heredar.*—La sucesión legítima en México se abre respecto de seis órdenes fundamentales de herederos o sea, seis grupos o series. 1.º—Descendiente; 2.º—Cónyuge supérstite; 3.º—Ascendientes; 4.º—Colaterales; 5.º—Concubina y Concubinario, y 6.º—Asistencia Pública; pero normalmente sólo tenemos los cuatro primeros.

A su vez, tenemos tres formas de heredar: por cabezas, por líneas y por estirpes. En estas tres formas rigen, generalmente, con algunas excepciones que después veremos, los siguientes principios:

Los parientes más próximos excluyen a los más lejanos; sólo hay herencia legítima por consanguinidad y por adopción, no existe herencia legítima por afinidad.

El parentesco por consanguinidad da derecho a heredar sin limitación de grado en la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado. El Código anterior permitía hasta el octavo.

El parentesco por adopción da derecho a heredar entre adoptante y adoptado.

---

Bonnecase, ob. cit., t. III, pág. 454.

2.—*Herencia por cabezas.*—La herencia puede ser por cabezas o por derecho propio; por líneas y por estirpes o derecho de representación.

Se dice que hay herencia por cabezas, cuando el heredero recibe en nombre propio; es decir, no es llamado a la herencia en representación de otro. La herencia por cabezas la tenemos en todos los hijos, en los padres y en los colaterales. Pero en los descendientes de segundo o ulterior grado y en los sobrinos la herencia es por estirpes.

3.—*Herencia por líneas.*—La herencia por líneas se presenta en los ascendientes de segundo o de ulterior grado; es decir, procede respecto de los abuelos, bisabuelos, etc. Los padres o ascendientes de primer grado no heredan por líneas, sino por cabezas. La herencia por líneas se caracteriza en que se divide en dos partes: herencia paterna y materna; independientemente de que en una línea haya diferente número de ascendientes que en la otra. No importa que en la línea paterna sólo haya un abuelo y en la materna los dos abuelos. La herencia se divide



en dos partes, y después cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea. En el ejemplo propuesto, para la línea paterna recibirá el abuelo la mitad de la herencia, y en la línea materna cada abuelo recibirá la cuarta parte.

4.—*Herencia por estirpes*.—La herencia por estirpes es la que presenta mayores dificultades en su régimen, dando derecho a la herencia por representación. Podemos definirla de la siguiente manera: hay herencia por estirpes cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente. Este sería el concepto más general. El hijo puede entrar a heredar en representación de su padre, cuando éste ha muerto antes que el de *cujus*. Se presenta la herencia por estirpes en la línea recta descendente, sin limitación de grado; en la línea recta ascendente nunca puede ocurrir; es decir, el bisabuelo no representa al abuelo, cuando éste murió antes que el autor de la sucesión, sino que heredará por líneas, cuando no exista el abuelo, y a su vez no haya padres, ni descendientes. En cambio, en la línea recta descendente sí hay derecho de representación, sin limitación de grado. Quiere esto decir que el hijo representa a su padre, si éste muere antes que el de *cujus*; o el nieto representa a su abuelo, si a su vez murieron su padre y su abuelo; o el bisnieto puede heredar por estirpes, si a su vez murieron su padre, su abuelo y su bisabuelo.

Pedro B. Baldassarre, ob. cit., t. II, pág. 56.

La herencia por estirpes puede existir también en la línea colateral, pero limitada sólo en favor de los sobrinos del de *cujus*; es decir, cuando mueren los hermanos del autor de la herencia, sus hijos, como sobrinos del de *cujus*, pueden representarlos.

De lo expuesto resulta que la herencia por estirpes tiene lugar cuando un descendiente ocupa el lugar del ascendiente premuerto (por esta palabra debemos entender muerto antes que el autor de la sucesión), que haya repudiado la herencia, o se haya vuelto incapaz de heredar. En estos casos, sus descendientes tienen en la línea recta el derecho de sustituirlo, y en la colateral sólo existe en favor de los sobrinos, es decir, hijos de hermanos del autor de la sucesión.

Se ha dicho que la herencia por estirpes entraña en realidad un derecho de representación, en virtud de que el descendiente representa al ascendiente premuerto, al que ha renunciado la herencia, o se ha vuelto incapaz de heredar. El término *derecho de representación que se usa para la herencia por estirpes, en realidad no es correcto, porque sólo*

debería aplicarse lógicamente a los casos en que el descendiente ocupara el lugar del ascendiente, si éste le transmitiera su derecho; pero no puede decirse que haya representación cuando el ascendiente ha repudiado la herencia o es incapaz de heredar, porque en esos casos el representado no puede tener derechos. En el caso de que el ascendiente muera antes que el autor de la herencia, por una ficción se dice que el descendiente lo representa; la representación supone la existencia del representante y del representado, y sólo por una ficción se puede decir que el descendiente representa al ascendiente premuerto.

La herencia por estirpes tiene lugar en la línea recta descendente sin limitación de grado.

Para que la herencia por estirpes en la línea recta descendente tenga lugar, es necesario respetar la proximidad del grado; los nietos heredan sólo a falta de los hijos; a su vez, los bisnietos sólo heredan a falta de hijos y de nietos.

5.—*Régimen legal de la herencia por estirpes.*—En los artículos 1609, 1610 y 1611 de nuestro Código Civil vigente se reglamenta la herencia por estirpes, tratándose de los descendientes. El Art. 1609 provoca, por su defectuosa redacción, un problema muy serio, dice así: "Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia".

La primera parte de este artículo parece admitir que si todos los hijos del autor viven, y además tienen hijos y descendientes de ulterior grado, los hijos heredarán por cabezas y los descendientes de segundo o ulterior grado heredarán por estirpes. Ahora bien, según explicaremos, esto es falso. Cuando todos los hijos del autor viven, la herencia sólo es por cabezas, porque los nietos o bisnietos no tienen porqué heredar, ya que los hijos excluyen a todos los demás descendientes. Así se confirma el principio general expuesto en el Art. 1604: "Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1609 y 1632". Y el 1607: "Si a la muerte de los padres quedaren sólo hijos, la herencia se dividirá entre todos por partes iguales".

Sin embargo, el error del Art. 1609 podría provocar una confusión. Conforme a dicho precepto, si hubiera hijos y nietos, éstos tendrían derecho a heredar, a pesar de que todos los hijos del autor vivieran. Y la segunda parte vuelve a confirmar el error porque dice: "Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia". Parece que hay dos hi-

pótesis: cuando todos los hijos viven, y cuando uno de los hijos ha muerto antes que el autor, es incapaz o ha renunciado la herencia. La defectuosa redacción del Art. 1609 debe seguir en este caso las reglas generales de la interpretación de la ley, en el sentido de que cuando hay dos textos aparentemente contradictorios, debe prevalecer el texto que esté de acuerdo con el sistema general consagrado en la ley. Y ese sistema general, tanto en la ley como en la doctrina, en la jurisprudencia y en los distintos derechos, dice que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, y que si sólo existen hijos, la herencia se habrá de dividir en partes iguales. *Por esto debemos interpretar al Art. 1609 en el sentido de que la herencia por estirpes, sólo tiene lugar para que el descendiente represente al ascendiente premuerto, incapaz de heredar o que ha repudiado la herencia.*

El Art. 1610 se refiere al caso en que los hijos del autor hubiesen muerto y quedaren sólo descendientes de ulterior grado: "Si sólo quedaren descendientes de ulterior grado, la herencia se dividirá por estirpes, y si en algunas de éstas hubiere varios herederos, la porción que a ella corresponda se dividirá por partes iguales".

La herencia por estirpes tiene también lugar en la línea colateral, pero limitada sólo al derecho que tienen los sobrinos que representan a un hermano del autor de la herencia, muerto antes que éste, incapaz de heredar o que ha repudiado. Es decir, en la línea colateral el derecho de representación no se extiende a ulteriores grados; sólo se reconoce en beneficio de los sobrinos del autor de la herencia. Art. 1632: "Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado a la herencia, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior". De esta suerte, si suponemos que el autor de la herencia no dejó descendientes, ascendientes o cónyuge, sus hermanos tienen derecho a heredar; si todos los hermanos viven, los sobrinos naturalmente no tendrán el derecho de representación; pero si uno de los hermanos ha muerto, su estirpe tiene el derecho de representarlo; y a su vez, la parte que se asigne a esa estirpe, se dividirá entre el número de sobrinos.

6.—*Definiciones del derecho de representación.*—Valverde, comentando algunas definiciones propuestas para el derecho de representación, nos da una que, aunque es antigua, precisa las características de este derecho: "Dado el concepto que el Código tiene del derecho de representación, que es igual al de las leyes de Toro, podemos definirle como el famoso comentarista Llamas y Molina, diciendo que es un derecho en

virtud del cual los hijos ocupan el lugar de los padres, perpetuamente en la línea recta, y hasta el segundo grado en la colateral, para dividir la herencia del ascendiente común, con los parientes de grado más próximo, igual o remoto en la línea recta, y con los de grado más próximo únicamente en la colateral". (Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, tomo V, pág. 398).

También conviene mencionar la definición que dio nuestro Código de 1884, porque en el vigente no se define el derecho de representación, sino que se reglamenta cada caso. Decía el mencionado Código: "*Se llama derecho de representación el que corresponde a los parientes de una persona, para sucederle en todos los derechos que tendría si viviera o hubiera podido heredar*".

Pedro B. Baldassarre, ob. cit., t. II, págs. 55 a 56.

Polacco, ob. cit., t. I, págs. 43 a 45.

7.—*Teoría de la substitución.*—En nuestro concepto la herencia por estirpes no puede explicarse por el derecho de representación. En verdad, tiene su explicación jurídica en una institución reconocida para la sucesión testamentaria que se denomina substitución. Por virtud de ésta, el testador puede prever los casos de muerte de un heredero antes que él, incapacidad del mismo o repudiación de la herencia, nombrando un substituto para esas tres hipótesis. Dentro del principio de la autonomía de la voluntad, el testador está facultado no sólo para disponer de sus bienes instituyendo herederos, sino para designar substitutos, aun en los casos en que los herederos primeramente designados resulten incapaces de heredar, repudien la herencia o mueran antes que el testador. El régimen de la libre testamentificación llevado a sus últimas consecuencias, le da plena soberanía al testador para disponer de sus bienes y para poder prever las consecuencias en el caso de incapacidad, repudiación o premoriencia del heredero.

Baldassarre, ob. cit., t. II, págs. 57 a 58.

Si aplicamos la institución a la sucesión legítima, encontraremos que el problema que el legislador se ha planteado y resuelto, es el mismo, y ante las mismas causas se ha dado igual solución. Ante los mismos hechos condicionantes se han establecido iguales consecuencias jurídicas. En un caso las consecuencias jurídicas dependen exclusivamente de la voluntad del testador, porque puede nombrar o no substitutos, y si no los nombra, entonces se abre la sucesión legítima.

En el segundo caso, o sea en la herencia intestada, como se parte

de la hipótesis de que no hay manifestación de voluntad del de cujus, lógicamente el legislador lo substituye (como lo hace en todos los casos de la herencia legítima), y decreta una substitución legal que no es un derecho de representación; no se trata de una simple cuestión de nombres, porque si invocamos la representación encontraremos situaciones contradictorias y llegaremos al absurdo de que el representante actúa contra la voluntad del representado; pero si aplicamos la substitución legal encontraremos el mismo proceso normativo que en la voluntaria. *Ante determinadas condiciones jurídicas se producen siempre determinadas consecuencias.*

En el caso de la substitución voluntaria tenemos:

1º—Un hecho condicionante, repudiación de la herencia, muerte del heredero antes que el autor o incapacidad del mismo.

2º—La manifestación de voluntad del testador como otro hecho condicionante, designando para esos casos un substituto.

3º—Finalmente, la consecuencia jurídica: la norma permite que haya un heredero substituto y que no se abra la herencia legítima.

El mismo problema se le presenta al legislador en la sucesión intestada, y la manifestación de la voluntad del testador se substituye por la autonomía legislativa. Es decir, ante los hechos condicionantes mencionados el legislador impone una substitución legal; y las razones que haya tenido al decretarla ya no son un problema estrictamente jurídico. Normativamente está explicado porqué puede la estirpe tener el derecho del heredero, no sólo en los casos en que muera antes que el autor, sino en los casos de repudiación o de incapacidad.

8.—*El derecho de representación y los hijos naturales.*—El derecho de representación en el sistema tradicional no se aplica a los descendientes naturales; la mayor parte de los tratadistas están de acuerdo en que la estirpe legítima es la que tiene tal derecho. *Para nuestra legislación debemos relacionar este problema con la herencia de los hijos naturales reconocidos y no reconocidos.* Por consiguiente, aplazamos la solución del caso para cuando hayamos determinado los derechos de los hijos naturales, tanto cuando son reconocidos, como cuando falta el reconocimiento. En el derecho español que sirve de antecedente al nuestro, los autores están de acuerdo en que sólo la estirpe legítima puede representar al ascendiente premuerto.

9.—*El derecho de representación y el parentesco por adopción.*—En el parentesco por adopción no existe tampoco el derecho de representación, y es que la adopción sólo da derecho a heredar entre el adop-

tante y el adoptado. Ni los parientes del adoptante, ni los del adoptado pueden heredar; por consiguiente, no puede haber representación en este caso.

10.—*Condiciones requeridas para la representación.*—Las condiciones requeridas para que la representación pueda tener lugar, son en términos generales las necesarias para heredar; es decir, el representante debe ser persona capaz para heredar; debe tener personalidad jurídica, no ser indigno por algún delito cometido contra el autor de la herencia, sus parientes o cónyuge; no estar excluido por falta de reciprocidad internacional o por motivos de utilidad pública como sucede para las iglesias, los ministros de los cultos o por alguna otra causa que lo haga inhábil.

También el representante debe estar concebido en el momento de la muerte del autor de la sucesión; pero no se necesita que lo esté en el momento en que muere el representado.

Todo esto ha hecho pensar, sobre todo a los autores italianos y españoles, que la herencia llamada por representación es en realidad por derecho propio, que debe seguir las mismas reglas de la herencia por cabezas, con la particularidad de que se deroga el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos. Admitiendo esta derogación, la estirpe hereda por derecho propio: las causas de indignidad, de incapacidad, de renuncia del supuesto representado no afectan a la estirpe, y por esto los miembros de ella, como unidad deben estar capacitados para recibir la herencia no del representado, sino de aquella sucesión en la que éste de existir, no haber repudiado o no ser incapaz, hubiese sido llamado a heredar.

11.—*Herencia por líneas.*—Ya hemos dicho que el derecho de representación tiene lugar en favor de la estirpe, tanto en la línea recta descendente hasta lo infinito o en la línea colateral, limitando este derecho sólo a los sobrinos del autor de la herencia. La representación no tiene lugar en la línea ascendente, por tanto, si faltan los padres, los abuelos no pueden representar a éstos, ni tampoco ascendientes de ulterior grado pueden representar al ascendiente más próximo.

En la línea ascendente tiene lugar la herencia por líneas, siempre y cuando se trate de ascendientes de segundo o ulterior grado. Los ascendientes de primer grado heredan por derecho propio, es decir, por cabezas; de tal suerte que si sólo existe el padre o la madre a ellos corresponderá la herencia, en el supuesto de que no existan descendientes ni cónyuge. Los ascendientes de segundo o ulterior grado heredan por lí-

neas, de tal manera que en la herencia por líneas vuelve a aplicarse el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos; principio que queda derogado para la herencia por estirpes. En la herencia por líneas, si sólo quedan ascendientes de una línea paterna o materna (y en el caso de que esos ascendientes tengan derecho a heredar por falta de descendientes, de cónyuge y de padres), toda la herencia se aplicará a los ascendientes de la línea paterna o materna; pero surge el problema de saber si los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, de tal manera que no puedan los bisabuelos en la línea paterna compartir la herencia con los abuelos, sino que exclusivamente a éstos se aplicará la herencia en el supuesto de que sean los representantes de la línea paterna y que no haya ascendientes en la línea materna. Si concurren ascendientes de ambas líneas, la herencia se divide en dos partes, y después cada mitad se subdivide entre los miembros de cada línea, discutiéndose nuevamente si los parientes más próximos excluyen a los más lejanos.

Supongamos que a falta de descendientes, cónyuge y padres, existen los ascendientes por ambas líneas de segundo y tercer grados: abuelos y bisabuelos. La herencia se divide en dos partes; y después cada mitad se subdivide entre los miembros de cada línea, conforme al Art. 1619. En el Art. 1604 se dice:

"Los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los Arts. 1609 y 1632".

Sólo hay dos excepciones que se refieren al derecho de representación en la herencia por estirpes.

Como en la herencia de los ascendientes de segundo o de ulterior grado no encontramos esa excepción expresa, cabría interpretar los Arts. 1617 y 1618 que resultan confusos en su redacción, aplicando ese principio general. Dice el Art. 1617:

"Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea, se dividirá la herencia por partes iguales".

Este artículo aislado y sin conocer el principio general, nos facultaría a interpretar que la herencia debería dividirse por partes iguales entre abuelos, bisabuelos y demás ascendientes de una línea. Literalmente el precepto dice:

*"Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea . . ."*

Como los ascendientes podrían ser abuelos y bisabuelos paternos o maternos, este artículo facultaría a repartir la herencia entre todos esos

ascendientes, violando el precepto general de que los abuelos deben excluir a los bisabuelos. En el Art. 1618 se dispone:

“Si hubiere ascendientes por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales y se aplicará una a los ascendientes de la línea paterna y otra a la de la materna”.

“*Los miembros de cada línea dividirán entre sí por partes iguales la porción que les corresponda*”. (Art. 1619).

Tal parece entonces que en el caso de ascendientes por ambas líneas nuevamente la mitad que corresponda a cada línea, sería subdividida entre todos los ascendientes por partes iguales, siendo así que el Art. 1604 no nos permite hacer esta excepción a la regla general.

12.—*La herencia en el caso de adopción.*—Habíamos dicho que el parentesco por adopción sí da derecho a heredar, en tanto que el de afinidad no otorga ese derecho; es decir, el parentesco establecido por virtud del matrimonio entre la mujer y los parientes de su esposo, o entre el esposo y los parientes de su mujer.

El parentesco por adopción origina un derecho limitado para heredar por una relación directa entre el adoptante y el adoptado. Es decir, no da lugar a heredar por adopción entre el adoptado y los parientes del adoptante o viceversa; sólo el padre o la madre adoptivos tienen derecho a heredar, pero los descendientes de éstos, los ascendientes o los colaterales de los adoptantes, no tienen derecho a la herencia del adoptado.

A su vez el adoptado tiene derecho a heredar sólo a sus padres adoptivos y sus descendientes, ascendientes o colaterales, no tienen derecho a heredar a aquéllos. Todo esto es una consecuencia de que la adopción crea un parentesco directo y exclusivo entre adoptante y adoptado y, por tanto, no otorga derechos ni obligaciones en relación con los parientes de uno u otro.

El Código Civil vigente, al tratar de la herencia de los descendientes incluye al hijo adoptivo, y al reglamentar la herencia de los ascendientes menciona a los padres adoptivos. Dice el Art. 1612:

“El adoptado hereda como hijo, pero en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante”.

Se sigue también la regla de equiparar a los padres adoptantes con los consanguíneos; y así como los padres no tienen derecho a heredar cuando existan hijos del autor de la herencia, por la misma razón los adoptantes no pueden heredar al adoptado, cuando éste tenga hijos, teniendo sólo derecho a recibir alimentos. En el Art. 1620 se estatuye:



“Concurriendo los adoptantes con ascendientes del adoptado en forma simple, la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre los adoptantes y los ascendientes”.

Art. 1613.—Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple los primeros sólo tendrán derecho a alimentos.

Supone el precepto que pueden concurrir los padres y los adoptantes o éstos con ascendientes de ulterior grado. En este caso la herencia se divide en dos mitades, una para los adoptantes y otra para los ascendientes. Si los ascendientes son los padres, a su vez esa mitad se divide en dos partes, o se aplica íntegra al ascendiente que sobreviva. Pero si los ascendientes son de segundo o ulterior grado, supongamos abuelos o bisabuelos, entonces la mitad que se reserva a éstos se dividirá por líneas, quedando una cuarta parte de la herencia para la línea paterna y otra para la materna.

También en el Art. 1621 se regula el caso de que concurra el cónyuge del adoptado y los adoptantes:

“Si concurre el cónyuge del adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieron la adopción”.

Aquí se rompe la regla de igualdad, porque en los demás casos se ha considerado a los adoptantes como padres, se les otorgan iguales derechos, al grado de que se divide la herencia por mitad; pero los adoptantes frente al cónyuge sólo tienen derecho a una tercera parte y éste a las otras dos. En cambio, si concurre el cónyuge con los padres del autor de la herencia, tiene derecho a la mitad, y a los padres corresponde la otra mitad.

### CAPITULO III

#### PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LA HERENCIA LEGÍTIMA

1.—*Principio*.—Las personas que tienen derecho a la herencia legítima son en primer lugar los descendientes y el cónyuge, que juntos excluyen a los ascendientes y a todos los parientes colaterales.

A su vez, en el grupo de los descendientes los hijos excluyen a los nietos; éstos a los bisnietos. Es decir, el pariente más próximo excluye al más lejano. En términos generales son llamados a la herencia los descendientes y el cónyuge; los ascendientes; los colaterales hasta el cuar-

to grado; los hijos adoptivos y los adoptantes; la concubina y el concubinario en ciertos casos y la Asistencia Pública.

Polacco, ob. cit., t. I, págs. 34 a 35.

2.—*Herencia de los descendientes*.—Para proceder ordenadamente debe estudiarse primero la herencia de los descendientes, que son los que tienen preferencia absoluta y dentro de ella, determinar los distintos grados que les confieren preferencia.

Caso número 1:

Suponemos que el autor de la herencia A dejó como hijos a 1 y 2, que viven, son capaces de heredar y no han repudiado la herencia. El hijo 1 no tiene descendencia; el hijo 2 tiene descendientes: 3 como hijo y 4 como nieto. El autor de la herencia también dejó padres que viven: 5 y 6; abuelos paternos y maternos: 7, 8, 9 y 10; hermanos: 11 y 12; el hermano 12 tiene un hijo: 13. En este caso hay cónyuge supérstite.

Tienen derecho a heredar, excluyendo a los demás, los dos hijos: 1 y 2 y el cónyuge. Los padres 5 y 6 tienen derecho a alimentos, así como los ascendientes en ambas líneas. El cónyuge tiene una parte igual a la de los hijos, si no tiene bienes; si los tiene y éstos exceden a la parte que correspondería a un hijo no tiene derecho a heredar; si esos bienes son por cuantía inferior a esa parte, tiene derecho a recibir la cantidad necesaria para igualar la parte de su hijo.

Siguiendo el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, los nietos y bisnietos no tienen derecho a heredar. En el ejemplo, el nieto 3 y el bisnieto 4 no tienen derecho a heredar.

Caso número 2:

Aquí suponemos que los hijos 1 y 2 han muerto, que han dejado a su vez un hijo cada uno: 3 y 4. Según el principio de que los descendientes excluyen a los ascendientes, aunque los hijos hayan muerto, los nietos excluyen a los padres del autor de la herencia (5 y 6). Estos ascendientes y los de ulterior grado sólo tendrán derecho a alimentos.

Caso número 3:

Aquí funciona el derecho de representación. Cuando uno de los hijos ha muerto, su stirpe tiene derecho a heredar.

Vive el hijo 1, 2 ha muerto, es incapaz de heredar o ha repudiado la herencia. En cualquiera de estos tres casos se origina el derecho de representación de su stirpe; de tal manera que la herencia se divide en dos partes, la que correspondería respectivamente a cada hijo. La parte del heredero premuerto, incapaz de heredar o que ha repudiado, que en el ejemplo es 2, corresponde a su stirpe 3. Se podría suponer que la

estirpe de 2 comprendiera varios hijos; entonces se subdividiría esa mitad de la herencia en tantos hijos como tuvo 2.

Respecto al heredero 1 que sobrevive, es capaz y no ha repudiado; su estirpe no tiene derecho a heredar, porque la estirpe sólo hereda en representación del heredero premuerto, incapaz o que ha repudiado.

Desde este punto de vista se comprende la ambigüedad del Art. 1609 que dice:

“Si quedaren hijos y descendientes de ulterior grado, los primeros heredarán por cabezas y los segundos por estirpes. Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia”.

Caso número 4:

Para explicar el precepto anterior suponemos que los hijos 1 y 2 viven. Al aplicar el artículo encontraremos una imposibilidad absoluta para que 3 y 4 (nietos) hereden por estirpes porque viven 1 y 2. El Art. dice:

“Lo mismo se observará tratándose de descendientes de hijos premuertos, incapaces de heredar o que hubieren renunciado la herencia”.

Esto es impropio, porque en nuestro caso los hijos viven y heredan por cabezas, excluyendo a su estirpe.

Caso número 5:

Suponiendo que el hijo 2 murió, entonces su estirpe sí tiene derecho a representarlo en la herencia; de esta suerte el derecho de representación puede continuar en línea recta descendente sin limitación de grado. Por consiguiente, para que la estirpe continúe heredando se necesita que en la línea de que se trate haya un ascendiente premuerto, incapaz o que haya repudiado.

Suponemos que el heredero 2 ha muerto; que el nieto del autor, también ha muerto, y que vive el bisnieto 6 que concurrirá con el hijo 1. A cada uno corresponderá la mitad de la herencia. Es decir, la herencia se dividirá en dos porciones: una corresponderá al bisnieto 6 que representa a la estirpe del hijo premuerto 2; la otra mitad corresponderá al hijo 1 que vive; la estirpe de 1 no heredará, queda excluida de la herencia.

3.—*Herencia de los ascendientes.*—Los ascendientes sólo tienen derecho a heredar a falta de descendientes.

Si viven los padres, a falta de descendientes y cónyuge, la herencia se divide en dos partes que respectivamente se aplican al padre y a la

madre. Estos excluyen a los abuelos y ascendientes de ulterior grado. Si muere alguno de los padres, el que sobreviva recibirá íntegramente la herencia, no importando que existan ascendientes en la línea del padre premuerto.

Al respecto dicen los artículos siguientes:

1615.—“A falta de descendientes y de cónyuge, sucederán el padre y la madre por partes iguales”.

1616.—“Si sólo hubiere padre o madre, el que viva sucederá al hijo en toda la herencia”.

Caso número 6:

Suponemos que los padres 1 y 2 han muerto; existen ascendientes por la línea paterna que son: 3 abuelo y 5 bisabuelo; también en la línea materna viven: 4 abuelo y 6 bisabuelo. Entonces la herencia se divide por líneas en dos partes: una se atribuye a la línea paterna y otra a la línea materna.

Al respecto el Art. 1618 dice:

“Si hubiere ascendientes por ambas líneas, se dividirá la herencia en dos partes iguales y se aplicará una a los ascendientes de la línea paterna y otra a la de la materna”.

Este artículo deja duda respecto a que muertos los padres y viviendo los abuelos y bisabuelos de ambas líneas, la mitad de la herencia correspondiente a la línea paterna se dividirá entre el abuelo y el bisabuelo; asimismo en lo referente a la línea materna.

Caso número 7:

Puede presentarse el caso de que sólo existan ascendientes en una línea. Supongamos que han muerto los padres 1 y 2; que han muerto los ascendientes de la línea paterna: 3 y 5; que viven: 4 abuelo materno y 6 bisabuelo materno. En este caso la herencia se aplicará íntegra a la línea materna, dividiéndose entre el abuelo 4 y el bisabuelo 6.

Al respecto dice el Art. 1617:

“Si sólo hubiere ascendientes de ulterior grado por una línea, se dividirá la herencia por partes iguales”.

Aquí hay una excepción al principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos; en virtud de que muertos los padres, la herencia se distribuye por partes iguales entre los ascendientes de la línea relativa. Al suponer que se tienen que hacer partes iguales, y al hablar de que sólo haya ascendientes por una línea, se está expresamente

fijando la excepción. La duda se presentaría en el caso de que tuviéramos los dos abuelos maternos y a su vez los cuatro bisabuelos maternos.

Dice el Código vigente que la herencia se dividirá por partes iguales entre los ascendientes. Una interpretación sería que se divida entre los abuelos maternos y se excluya a los bisabuelos.

Estudiaremos la herencia de los ascendientes a efecto de relacionar el problema planteado en los párrafos anteriores, relativo a la interpretación de nuestro Código vigente, para compararlo con el español y el italiano, cuyos modelos ha seguido en parte el legislador mexicano.

En el Código español no existe el caso de duda para la herencia de los ascendientes, cuando existan éstos en diversos grados, supuesto que se determina con toda claridad que el ascendiente más próximo en grado excluye, dentro de cada línea, a los demás ascendientes. Este principio se observa tanto cuando sólo haya ascendientes en una línea, paterna o materna, como cuando existen ascendientes de diverso grado en ambas líneas.

Todos los Códigos en los cuales nos hemos inspirado están de acuerdo en que, existiendo padre, madre o ambos, quedan excluidos los ascendientes de ulterior grado. El problema se plantea cuando muertos los padres haya ascendientes de diversos grados en la línea paterna, en la materna o en ambas.

En el Código español los artículos 935 al 937 regulan la herencia de los ascendientes.

"A falta de hijos y descendientes legítimos del difunto le heredarán sus ascendientes con exclusión de los colaterales". (Art. 935). "El padre y la madre si existieren, heredarán por partes iguales. Existiendo uno solo de ellos éste sucederá al hijo en toda la herencia. *A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado*". (Art. 936).

Aquí tenemos ya el precepto claro que hace falta en nuestro derecho para solucionar el problema de interpretación. El artículo 937 dice:

"Si hubiere varios *ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea* dividirán la herencia por cabezas; si fueren de líneas diferentes *pero de igual grado*, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos. *En cada línea la división se hará por cabezas*".

Este artículo 937 del Código español merece una interpretación en relación con el precepto anterior.

El artículo 936 con toda claridad dice que a falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado; interpretándolo en

forma aislada, no permite la herencia por líneas, por cuanto que si en la línea paterna existen los abuelos y en la materna han muerto, pero viven los bisabuelos, los abuelos paternos excluyen a los bisabuelos maternos. En el artículo siguiente se dispone:

"Si hubiere varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea dividirán la herencia por cabezas..."

Esta primera parte del artículo vuelve a confirmar que dentro de cada línea funciona de manera rigurosa el principio de que los parientes más próximos en grado excluyen a los más lejanos. Si fueren de líneas diferentes pero de igual grado, la mitad corresponderá a los ascendientes paternos, y la otra mitad a los maternos. Es decir, el precepto vuelve a requerir, tratándose de ambas líneas, para la división por mitad, que sean de igual grado. Claramente el Código español estatuye la división por líneas en los casos de igualdad de grado en la línea paterna y en la materna. No dice el artículo qué se hará cuando existiendo parientes de ambas líneas fuesen de diferente grado; pero entonces el precepto anterior tiene aplicación estricta:

"A falta de padre y madre sucederán los ascendientes más próximos en grado".

En el derecho español llegamos a la conclusión que el pariente más próximo, por ejemplo, el abuelo-materno 3, excluye a los bisabuelos paternos 5 y 6.

En este aspecto, en nuestro derecho la regla es diversa: aun cuando los abuelos paternos hayan muerto, la mitad de la herencia se aplica al bisabuelo paterno 6; y la otra mitad a los abuelos maternos 3 y 4.

Podríamos extremar el ejemplo anterior en esta forma:

Han muerto los padres, los abuelos paternos, los bisabuelos paternos, existiendo sólo el tatarabuelo paterno 7. La mitad de la herencia, en nuestro derecho, se aplicará a la línea paterna por el solo hecho de que hay un ascendiente en ella cualquiera que fuere su grado. La otra mitad se aplicaría a la línea materna aun cuando haya varios ascendientes en diversos grados.

En el Código de 1884 los artículos 3610 al 3616 contienen las reglas que conserva el Código en vigor y que ya estudiamos.

En nuestro derecho se presenta también un problema de interpretación en el caso siguiente:

En la línea materna han muerto todos los ascendientes. En la paterna tenemos un representante en cada grado: abuelo 3, bisabuelo 4,

tatarabuelo 5. Si aplicáramos el principio general que también reconoce nuestra ley de que el pariente más próximo excluye al más lejano, toda la herencia se aplicaría al abuelo paterno 3; pero si aplicamos el precepto que dice: *si hubiera ascendientes en una sola línea la herencia se dividirá por partes iguales*, tendremos que hacer tres partes y recibirán en igualdad de condiciones el abuelo, el bisabuelo y el tatarabuelo.

Si en el mismo ejemplo suponemos que existen los dos abuelos paternos, los cuatro bisabuelos paternos y los ocho tatarabuelos, habría que aplicar el principio dividiendo la herencia en catorce partes iguales. Extremando el caso en estas condiciones, se ve claramente que no debería aplicarse literalmente el precepto de que existiendo ascendientes de una línea, la herencia se dividirá por partes iguales; porque los abuelos recibirían una catorceava parte, lo mismo que los tatarabuelos.

En nuestro concepto debería funcionar el principio de que, dentro de cada línea, los parientes más próximos excluyen a los más lejanos. El Código al decir que si sólo hubiera ascendientes de ulterior grado por una línea se dividirá la herencia por partes iguales, debería indicar que los parientes más próximos en grado excluyan a los más lejanos. Esta interpretación está de acuerdo con la legislación española y con los códigos europeos en general.

4.—*Herencia del cónyuge supérstite*.—El Código Civil vigente dispone al respecto:

Art. 1624.—“El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia”.

Art. 1625.—“En el primer caso del artículo anterior, el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada”.

Art. 1626.—“Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes”.

Art. 1627.—“Concurriendo el cónyuge con uno o más hermanos del autor de la sucesión, tendrá dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos”.

Art. 1628.—“El cónyuge recibirá las porciones que le correspondan conforme a los dos artículos anteriores, aunque tenga bienes propios”.

Art. 1629.—“A falta de descendientes, ascendientes y hermanos, el cónyuge sucederá en todos los bienes”.

5.—*Herencia de los colaterales*.—El Código Civil vigente regula esta materia en los artículos 1630 a 1634 en los términos siguientes:

Art. 1630.—“Si sólo hay hermanos por ambas líneas, sucederán por partes iguales”.

Art. 1631.—“Si concurren hermanos con medios hermanos, aquéllos heredarán doble porción que éstos”.

Art. 1632.—“Si concurren hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado la herencia, los primeros heredarán por cabeza y los segundos por estirpes teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior”.

Art. 1633.—A falta de hermanos, sucederán sus hijos, dividiéndose la herencia por estirpes, y la porción de cada estirpe por cabezas”.

Art. 1634.—“A falta de los llamados en los artículos anteriores, sucederán los parientes más próximos dentro del cuarto grado, sin distinción de líneas, ni consideración al doble vínculo, y heredarán por partes iguales.

6.—*Herencia de la concubina.*—En los Códigos de 1870 y de 1884 no se reconoció el derecho de la concubina para heredar, tampoco se le reconoció el derecho de exigir alimentos en los casos de herencia testamentaria.

En la exposición de motivos del proyecto para el Código Civil vigente, se explica que aun cuando debe rendirse tributo al matrimonio, la concubina puede tener derecho a heredar, ya que el concubinato es una situación no prohibida por la ley en los casos en que no exista matrimonio; que cuando el autor de la herencia siendo célibe tuvo sólo una concubina y vivió con ella durante cierto tiempo anterior a su muerte, o le dio hijos, es justo reconocerle derecho a su herencia, en los casos de intestado o bien, derecho a exigir alimentos en los casos de sucesión testamentaria, cuando el testador no le asigna alguna parte.

En el Código Civil vigente se aceptan las ideas del proyecto y de la exposición de motivos, y se considera que bajo la condición de que el autor de la herencia y la concubina sean libres de matrimonio, de que esta última haya vivido con el autor dos años anteriores a la muerte del mismo, o haya tenido hijos con él, aun cuando no haya vivido ese plazo, tiene derecho por sucesión legítima a recibir una porción hereditaria, cuya cuantía va cambiando según existan descendientes, ascendientes o colaterales.

Cabe señalar que merced a las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia común, publicadas en el Diario Oficial del 25 de mayo de 2000, se determina que “Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito en ninguna se reputará concubinato”. (Art. 291 Bis.)

Conforme a estos requisitos se organiza el derecho de la concubina a semejanza del derecho de la esposa. Anteriormente, concurriendo hijos



de la concubina ésta tenía derecho a la porción de un hijo siempre y cuando careciera de bienes o los que tuviera no fueran suficientes para igualar esa porción; caso en el cual se le otorgaba la diferencia. Si la concubina concurría con hijos del autor de la herencia habidos con otra mujer, ya su derecho no era igual al de la esposa y, por consiguiente, no tenía la participación de un hijo, sino de la mitad, aumentándose a las dos terceras partes cuando concurría con hijos suyos y con hijos del de cujus habidos con otra mujer.

Art. 1635.—La concubina y el concubinario tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge, siempre que hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas, o concubinarios en las condiciones mencionadas al principio de este artículo, ninguno de ellos heredará.

7.—*Herencia de la Asistencia Pública.*—Para terminar el orden de las personas llamadas a la herencia, falta tratar la sucesión de la Asistencia Pública, que según hemos expresado antes, sólo concurre cuando faltan los descendientes, ascendientes, cónyuge y colaterales hasta el cuarto grado.

En el Código anterior se permite heredar a los colaterales hasta el octavo grado por consiguiente, el fisco en ese Código no podía heredar existiendo colaterales de quinto, sexto, séptimo y octavo grados. Dice la exposición de motivos del proyecto del Código Civil vigente, que los lazos en el parentesco colateral, después del cuarto grado ya son débiles y, por tanto, no es lógico suponer que a falta de disposición testamentaria, la voluntad del testador haya sido dejar algunos bienes a los parientes colaterales del quinto al octavo grados. En la citada exposición existe la tendencia de restringir la herencia de los colaterales a efecto de imponer impuestos cuantiosos en los casos de la herencia hasta el cuarto grado; por las mismas razones excluye a los colaterales del quinto al octavo grados y en lugar de imponer impuestos, resuelve que la totalidad de la herencia pase a la Asistencia Pública.

El artículo 1636 señala:

A falta de todos los herederos llamados en los capítulos anteriores, sucederá la Beneficencia Pública".

Como el artículo 27 constitucional prohíbe a las instituciones de beneficencia, tanto públicas como privadas, adquirir bienes raíces innecesarios para su objeto, en los casos en que la Asistencia Pública herede tales bienes, para cumplir con el mandato constitucional, el artículo 1637 ordena que esos bienes se rematen y se le aplique su valor.

8.—*Herencia de los hijos naturales.*—Este es un caso de interés jurídico y práctico que constantemente se ofrece en las sucesiones intestadas, en virtud de que en México generalmente (para ciertas clases sociales), se presentan los casos de hijos naturales que pretenden exigir, concurriendo con los legítimos, o sin concurrir con ellos, determinada porción hereditaria.

En México tiene todavía mayor interés esta cuestión, porque el Código Civil vigente, al derogar las reglas de los códigos de 1870 y 1884, que precisaban con claridad los requisitos por observar para la herencia de los hijos naturales, ha creado un sistema distinto y, además, expresamente se permite a la concubina concurrir con sus hijos (que, son naturales), a la herencia.

El sistema observado por el Código Civil vigente respecto a la herencia de los hijos y descendientes en general, derogando expresamente las distinciones que en los códigos anteriores se reconocieron entre hijos naturales y espurios, nos demuestra que el legislador de 1928 ha equiparado la situación de los hijos naturales con la de los legítimos; pero siempre y cuando se demuestre plenamente la filiación en los términos que determina el artículo 360 del Código Civil respecto de los padres, es decir por reconocimiento o por una sentencia que declare la paternidad o maternidad, según sea el caso.

Además de este sistema general del Código, que favorece los derechos de los hijos naturales, comprobada su filiación, otras disposiciones nos vienen a ratificar la intención del legislador en el artículo 1607 simplemente se habla de la herencia de los hijos; todos adquieren por partes iguales, sin hacer distinción entre naturales y legítimos.

En el artículo 1609 se habla de la herencia de los descendientes que heredan por cabezas o por estirpes, según las reglas que hemos indicado, sin hacer tampoco distinción entre descendientes naturales y legítimos.

Antes de, la reforma del artículo 1635, por Decreto publicado en el *Diario Oficial* de 27 de diciembre de 1983, existía un artículo consagrado especialmente para la herencia de la concubina, de sus hijos, que necesariamente son naturales, de la posible concurrencia de los hijos de la concubina con los que el autor de la herencia hubiere tenido con otra mujer, nos demostraba que también el legislador de 1928 había reconocido el derecho de heredar de los hijos naturales, sin clasificarlos en incestuosos, adúlteros o simplemente naturales y sin reducir la porción hereditaria, aun cuando concurren con hijos legítimos.

En la fracción II del anterior artículo 1635 se admitía la posibilidad de que el hijo natural de la concubina pueda concurrir con otros descendientes del autor de la herencia; es decir, con hijos o descendientes de ulterior grado que sean legítimos.

En la fracción III del anterior precepto se aceptaba la hipótesis de que los hijos naturales de la concubina concurren con otros hijos naturales del autor de la herencia habidos con diversa mujer.

Sin embargo, todo ese sistema del Código Civil no autorizaba para aceptar lisa y llanamente la herencia de los hijos naturales si no se cumplía con el requisito previo de acreditar la filiación. Cuando el Código hablaba de hijos, tanto legítimos como naturales, suponía que lógicamente se acreditara la filiación.

Para los hijos legítimos, la filiación queda acreditada justificando el matrimonio de los padres, y el hecho de su nacimiento, con el acta del registro civil correspondiente. Pero para los hijos naturales el problema de prueba de la filiación se complica.

Para los hijos naturales la filiación respecto del padre sólo podía acreditarse de dos maneras: por el reconocimiento o por sentencia que declarara la paternidad. Relativamente a la madre por el solo hecho del nacimiento. Artículo 360:

"La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo" hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad".

Este artículo es de fundamental importancia para resolver el problema planteado. En los códigos previos al comentado con toda claridad se exigía que los hijos naturales deberían ser reconocidos para tener derecho a heredar. Lógicamente no se aceptaba, fuera del reconocimiento, que la filiación se comprobara por sentencia que declarara la paternidad. Ni tampoco respecto de la madre se podría justificar o acreditar el derecho de mostrando el parto o nacimiento. Es decir, bajo los códigos anteriores, aun cuando el hijo hubiera obtenido sentencia declaratoria de la paternidad, o bien, si se trataba de heredar a la madre, aunque se demostrara plenamente la filiación acreditando el hecho del nacimiento, no bastaba esta prueba para heredar, porque la ley exigía el reconocimiento o la designación para los hijos espurios, es decir, era necesario un acto jurídico unilateral, o sea una manifestación de voluntad del padre o de la madre, para considerar como hijo a determinada persona; y en función de esa declaratoria de voluntad, como acto libre del padre o de la madre, se atribuía en el Código anterior derechos hereditarios al hijo natural.

La filiación puede ser acreditada independientemente de la voluntad del padre o de la madre, para esclarecer simplemente el hecho mismo de la filiación. Pero en el sistema anterior, el derecho hereditario del hijo natural no dependía de la filiación, dependía del reconocimiento; de tal suerte que aun cuando la filiación no existiera, si se reconocía al que no era hijo, se le daba el carácter de tal; este acto unilateral y libre le atribuía

derechos para heredar. Pero si no se reconocía al hijo, aun cuando por sentencia se declarase la paternidad o se comprobara plenamente que una mujer dio a luz determinado hijo, a pesar de esto, éste no tenía derecho a heredar.

Como el Código en vigor no exige —en el capítulo referente a la herencia de los hijos y demás descendientes— el reconocimiento, lógicamente acepta que el derecho a heredar depende de la filiación; que el reconocimiento es una forma de acreditar la filiación, pero a falta de éste la sentencia que declara la paternidad o maternidad acreditan el derecho hereditario respecto al padre o madre, respectivamente.

Como el precepto que dispone que los hijos tienen derecho a heredar, no distingue entre reconocidos o no reconocidos, podemos concluir fundadamente que el legislador de 1928 derogó expresamente ese requisito. No podemos aceptar una inadvertencia o descuido del legislador, porque no suprimió una palabra, sino toda una serie de artículos que hablaban de los hijos naturales, y de la disminución que se hacía a su porción. Fue una derogación intencional, premeditada, producto de un criterio más humano en el tratamiento de los hijos naturales, para aceptar una condición jurídica igual a los hijos legítimos.

## TITULO IV

### LAS CONSECUENCIAS DEL DERECHO HEREDITARIO

#### CAPITULO I

##### CONSECUENCIAS DE TRANSMISIÓN

1.—*Concepto*.—Entendemos por consecuencias del derecho hereditario, las diferentes situaciones jurídicas concretas que se constituyen con motivo de la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, obligaciones o sanciones en materia hereditaria.

Desde este punto de vista cabe distinguir las consecuencias primarias que comprenden la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones relacionados con la sucesión legítima o testamentaria y, las consecuencias secundarias o sancionadoras que se presentan en los casos de inexistencia, nulidad, caducidad e ineficacia de los testamentos o del derecho del heredero o del legatario en su caso.

Trataremos en los números que siguen tanto las consecuencias primarias como las secundarias.

También procede distinguir las consecuencias propias de las testamentarias y las que se refieren a los intestados.

Las consecuencias inherentes a las testamentarias son más complejas que las que ocurren en la sucesión legítima, pues pueden comprender la transmisión a título universal en la institución de herederos, la transmisión a título particular en la institución de legatarios y la creación, modificación y extinción de derechos reales o personales a través del legado.

En cambio, en la sucesión legítima sólo existe la transmisión a título universal, porque exclusivamente comprende la institución de herederos. En ella no puede haber legatarios.

2.—*Transmisión testamentaria y legítima*.—Un principio fundamental en materia hereditaria es el relativo a la transmisión testamentaria y legítima. Existen en nuestro derecho dos formas de transmisión heredi-

taria: la que se hace por testamento, y la que opera por la ley, condicionada por el hecho jurídico de la muerte. La transmisión por testamento es la más compleja, comprende dos formas: a título universal y a título particular. La primera implica la transmisión del patrimonio o de una parte alícuota; es decir, del conjunto de bienes, derechos y obligaciones a beneficio de inventario cuando el heredero es universal, o de una parte proporcional determinada por el testador, cuando instituye distintos herederos.

En la sucesión intestada, los herederos son determinados expresamente por la ley, en razón del parentesco por consanguinidad, por adopción, en virtud del matrimonio o del concubinato.

Los herederos legítimos siempre adquieren a título universal y se distinguen de los testamentarios en la porción que les corresponde. En los adquirentes por testamento, es la voluntad del testador la que fija la porción; en los herederos por virtud del parentesco, matrimonio, concubinato o adopción, es la ley la que fija esa porción, según los grados de parentesco, rigiendo el principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos.

Las porciones de la herencia legítima que fijan la parte alícuota de activo o pasivo, se determinan en forma de igualdad, cuando los parientes se encuentran en el mismo grado, o en forma proporcional de equidad, calculada por la ley, cuando los parientes se encuentran en distintos grados.

En tanto que en la sucesión testamentaria —como ya hemos dicho— puede haber consecuencias de creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, en la sucesión legítima sólo pueden existir consecuencias de transmisión a título universal, pues exclusivamente existen herederos.

3.—*Comparación entre las consecuencias que origina el testamento y las que crea el contrato.*—El testamento, según hemos dicho, es una forma de transmisión a título universal o a título particular. Existe la transmisión a título universal al instituir herederos y la transmisión a título particular al instituir legatarios.

El contrato es sólo una forma de transmisión a título particular. El supuesto jurídico también es distinto en el testamento y en el contrato.

En el testamento el supuesto jurídico siempre es la muerte del testador, para que se opere la transmisión a título universal o a título particular. En el contrato el supuesto jurídico es el acuerdo de voluntades para transferir la propiedad en forma unilateral o bilateral; onerosa o gratuita. Por consiguiente, el testamento es un acto de transmisión por

causa de muerte; el contrato es un acto de transmisión entre vivos. Sin embargo, el contrato y el testamento tienen afinidades como formas de transmisión a título particular; también el contrato y el testamento son formas de constitución de derechos reales y personales. O en otras palabras: el testamento y el contrato son fuentes jurídicas que dan nacimiento a derechos reales y a derechos personales.

4.—*Transmisión de la posesión.*—Habiéndonos referido a los derechos subjetivos transmisibles por herencia, nos resta tratar la transmisión de la posesión que no es en nuestro concepto un derecho subjetivo. Estimamos que la posesión no es un derecho real; pero implica un valor patrimonial. La posesión constituye un poder de hecho, no un poder jurídico, lo que no impide que, además del poder de hecho, se reúnan en el poseedor las características de un poder jurídico determinado, o que la posesión exista simplemente por virtud del poder de hecho. De esta suerte puede coincidir el poder de hecho con el jurídico, o no coincidir. En la posesión del ladrón, sólo encontramos un poder de hecho, en la del propietario, usufructuario o usuario, existe un poder de hecho y un poder jurídico, pero no se tiene la posesión por el poder jurídico pues, puede éste faltar y se tendrá por la existencia del poder de hecho. No siendo éste el lugar para estudiar detenidamente la naturaleza de la posesión, basta citar por ahora el artículo que la define, siguiendo la doctrina objetiva postulada por Ihering, y reconocida en los códigos alemán y suizo. “Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él”. (Art. 790) La posesión como poder de hecho es transmisible por herencia y su estudio lo debemos separar de la transmisión de los derechos reales y especialmente, de la propiedad. En otras palabras los herederos adquieren la posesión *animus domini* de los bienes de la herencia, aun cuando no adquieran la propiedad, si este derecho real no existe en el patrimonio del *de cuius*. Si el autor de la sucesión no es propietario, sino simplemente poseedor de ciertos bienes en concepto de dueño, los herederos son adquirentes de la posesión. Continúa ésta para todos los efectos legales, y pueden llegar a adquirir el dominio por prescripción, contándose en el tiempo de ésta el plazo transcurrido durante la posesión del autor de la herencia. Cuando el derecho de propiedad sobre los bienes heredados existe en el patrimonio del causante, éste se transmite a los herederos y, consecuentemente, la posesión. De lo expuesto se deduce que la transmisión de la posesión puede realizarse en forma autónoma, como simple poder de hecho, sin que

exista un dominio en el de *cujus*, o en forma derivada, como consecuencia de la transmisión de la propiedad.

El artículo 1704 del Código vigente dispone: "El derecho a la posesión de los bienes hereditarios se transmite, por ministerio de la ley, a los herederos y a los ejecutores universales (*albaceas*), desde el momento de la muerte del autor de la herencia, salvo lo dispuesto en el artículo 205". Este último precepto dice: "Muerto uno de los cónyuges, continuará el que sobreviva en la posesión y administración del fondo social, con intervención del representante de la sucesión, mientras no se verifique la partición".

De acuerdo con el artículo 1704 transcrito, los herederos adquieren la posesión originaria de los bienes hereditarios y el albacea la posesión derivada, pues posee a nombre de los herederos y de los legatarios.

El Código de 1884 consagraba un principio general que decía así en el Art. 3235:

"La propiedad y la posesión legal de los bienes, y de los derechos y las obligaciones del autor de la herencia, se transmiten por la muerte de éste a sus herederos, en los términos establecidos en el presente libro".

Distingue propiedad y posesión y dispone que ambas se transmiten en el momento mismo de la muerte. Para los legados existía también un precepto semejante; tratándose de legados sobre cosas determinadas, la propiedad y la posesión se transmiten al legatario en el momento mismo de la muerte del autor de la herencia.

Art. 3420: "El legatario adquiere derecho al legado puro y simple, así como al de día cierto, desde el momento de la muerte del testador, y lo trasmite a sus herederos".

Art. 3421: "Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere y hace suyos los frutos pendientes y futuros, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa".

Cuando la cosa objeto del legado no es determinada, hasta que ésta se determina, se transmite la propiedad y posesión al legatario. Se sigue el mismo principio que para la enajenación de las cosas; si la cosa es determinada, la propiedad se transmite por efecto mismo del contrato, si no es determinada, pero determinable, la propiedad se transmitirá hasta que la cosa se determine. Como el legado implica una enajenación a título particular, si la cosa está determinada, el dominio se transmitirá junto con la posesión, en el momento de la muerte. Si la cosa



es determinable, por ejemplo, cuando se lega un caballo, hasta que se elija éste se transmitirá la propiedad. Estos preceptos del Código de 1884, han sido modificados en el Código Civil vigente en lo que se refiere a los herederos.

Por lo que toca a la disposición general de que la propiedad y posesión de los bienes hereditarios, se transmitan a los herederos en el momento mismo de la muerte del de cujus, ya no encontramos un artículo en ese sentido, pero existe uno equivalente que dice que en el momento de la muerte se origina un patrimonio común, es decir, una copropiedad, los herederos, como condueños, adquieren la propiedad y posesión sobre las partes alícuotas del acervo hereditario. Dice el Art. 1288 del Código vigente:

"A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria, como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división".

Al hacerse la división se reconoce por el Código que los efectos de la partición son declarativos, en el sentido de reconocer la propiedad y posesión que desde el momento de la muerte, pasaron a los herederos. Pero también, la partición tiene un efecto atributivo, en el sentido de asignar propiedad y posesión sobre partes determinadas de la herencia. Antes de la partición, hay una copropiedad y, por consiguiente, no se atribuye propiedad y posesión sobre bienes determinados; la partición reconocerá el derecho de dominio y, a la vez, viene a atribuir una posesión específica, respecto de los bienes separados:

"La partición legalmente hecha, fija la porción de bienes hereditarios que corresponde a cada uno de los herederos" (Art. 1779).

Josserand, ob. cit., t. III, v. II, págs. 176 a 180.

5.—*Petición de herencia*.—La acción de petición de herencia está normada por los artículos 13 y 14 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal en los siguientes términos:

Art. 13.—La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o ab-intestado, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero o cesionario de éste, y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario, o dolosamente dejó de poseerlo.

Art. 14.—La petición de herencia se ejercitará para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus accesiones, sea indemnizado y le rindan cuentas.

En el ordenamiento procesal anterior los artículos 1146 a 1169 se referían al interdicto de adquirir la posesión hereditaria y fundamentalmente en ellos se protegía al heredero testamentario o abintestato para reclamar la posesión de los bienes hereditarios contra quienes no poseían a título de dueños o de usufructuarios, siempre y cuando no hubiere albacea ni cónyuge supérstite que debiera continuar en la posesión de los bienes del fondo social del matrimonio. Acreditado el derecho del heredero mediante el testamento o información testimonial en el caso de intestado, si aún no se hiciera la declaración de herederos, o mediante ésta si ya existiere, el juez concedía la posesión al heredero, sin perjuicio de tercero de mejor derecho y ordenaba su inscripción en el Registro Público de la Propiedad y su publicación por edictos en el Diario Oficial y en el Boletín Judicial, a efecto que pudiera presentarse cualquier contradictor dentro del término de sesenta días contados a partir de la primera publicación. Cuando no había oposición, el juez confirmaba la posesión del heredero, teniendo su resolución, conforme al artículo 1161 del Código de Procedimientos Civiles de anterior vigencia, los siguientes efectos: "I.—Que no se pueda admitir, después de dictada, reclamación alguna contra la posesión dada; II.—Que sólo quede al que se crea perjudicado, la acción de propiedad; III.—Que si se intenta ésta, continúe disfrutando la posesión, durante el juicio, la persona que la hubiere obtenido".

"Si dentro de sesenta días contados de la manera que establece el artículo 1160, se presenta alguna persona con otro título, reclamando contra la posesión otorgada al que la solicitó primero, hará el juez entregar copia de esa reclamación por término de tres días, al poseedor, y de lo que éste expusiere, se pasará también copia al reclamante". (Art. 1162).

Previa la substanciación procesal respectiva en una audiencia en la que se presenten pruebas y se alegue por las partes "la sentencia deberá decidir precisamente si se confirma la posesión otorgada al que intentó el interdicto, o si se declara a favor del que reclamó, quedando sin efecto la primera". (Art. 1166).

En el último caso del artículo que precede, si resulta de la justificación rendida, que el poseedor interino ha procedido dolosamente al interponer el interdicto, se le condenará en las costas y frutos, y a la indemnización de daños y perjuicios" (Art. 1167). "La sentencia dictada, ya en uno, ya en otro sentido, es apelable en ambos efectos". (Art. 1168). "Si no se apela, queda la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y se procederá desde luego a su cumplimiento, dándose la posesión al reclamante en la forma antes expuesta, si el fallo se ha dictado en este sentido". (Art. 1169)

Como se advierte de los preceptos transcritos, sólo en el caso de que no exista oposición por parte de tercero, se otorgará una posesión definitiva al heredero que hubiere entablado el interdicto, pues en esa hipótesis únicamente se le podría privar de ella o en el juicio reivindicatorio o en el plenario de posesión en el que se acreditará por el actor un mejor derecho para poseer.

En cuanto a la petición de herencia que regulan los artículos 13 y 14 del Código de Procedimientos Civiles, su objeto y contenido se reducen a determinar el mejor derecho que afirma el actor a su favor para poseer a título de heredero, sin que por lo tanto se discuta como en el interdicto si se protege provisionalmente su posesión, pues de acuerdo con el citado artículo 13, la acción de petición de herencia se intentará contra el albacea o el poseedor de las cosas hereditarias, contra el que no tenga título de posesión de las mismas o dolosamente haya dejado de poseerlas, y tendrá por objeto, conforme al artículo 14 del mismo Código Procesal, que sea declarado heredero el demandante y se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus acciones, sea indemnizado y se le rindan cuentas. Es decir, en la primera hipótesis se trata de una controversia para discutir el mejor derecho a poseer las cosas hereditarias, lo que implica que se acredite el derecho del actor para reclamar la herencia que le corresponda si se le ha negado ésta, o bien para que se reconozcan sus derechos de heredero si se le ha preterido o sea declarado como tal a alguien que el actor excluya por tener un derecho preferente en la sucesión. En la herencia testamentaria, puede también reclamarse la nulidad del testamento, la caducidad de una disposición testamentaria, la incapacidad de un heredero para adquirir o la revocación del mismo testamento por otro posterior, hipótesis todas éstas en las que al prosperar la acción, se reconocerá en definitiva el mejor derecho del heredero que la haya entablado. De esta suerte, en la petición de herencia se resuelve no sólo sobre el mejor derecho para poseer del heredero, sino también sobre su título para adquirir los bienes hereditarios.

La acción de petición de herencia tiene una naturaleza jurídica semejante a la acción reivindicatoria, pero difiere de ella desde varios puntos de vista: a).—Coinciden ambas acciones en ser reales y, por lo tanto, proceden erga omnes ya que en ambos casos se ejercita un derecho absoluto frente a cualquier tercero que perturbe o viole el derecho del heredero o del propietario en su caso. b).—También en ambas acciones funge como demandado aquel que se encuentra en posesión de los bienes hereditarios o de los que son objeto de propiedad. c).—En la petición de herencia el heredero pretende el reconocimiento de su carácter de tal y, por lo tanto, de su derecho a la herencia; en cambio, en la acción reivin-

dicatoria, el actor afirma haber adquirido la propiedad y debe justificar su carácter de dueño. d).—En tanto que en la acción de herencia sólo deberá justificarse la calidad de heredero a través del título testamentario o de su derecho a la sucesión legítima, en cambio, en la acción reivindicatoria deberá acreditarse haber adquirido legítimamente el dominio de un enajenante que a su vez estuvo en posibilidad de transmitirlo. e).—La petición de herencia es una acción universal a efecto de que se reconozca el derecho del heredero a todo el patrimonio del difunto, si es un heredero universal o a una parte alícuota si es un coheredero. Por el contrario, la acción reivindicatoria es singular o particular, dado que tiene por objeto la restitución de un bien determinado.

Messineo, ob. cit., t. VII, págs. 444 a 446.

Planiol y Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción de Mario Díaz Cruz, Habana, 1935, t. IV, págs. 378 a 382.

## CAPÍTULO II

### BENEFICIO DE INVENTARIO Y SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

1.—*Otras consecuencias en materia hereditaria.*—Existen otras consecuencias generales en materia hereditaria, cuyo estudio es común a las testamentarias e intestadas; nos referimos a las siguientes:

- 1º Beneficio de inventario, y
- 2º Separación de patrimonios.

En el capítulo relativo a las relaciones hereditarias, señalaremos otros efectos.

2.—*Beneficio de inventario.*—Toda herencia se entiende aceptada, en nuestro derecho, a beneficio de inventario, aun cuando no se exprese.

Es decir, por ministerio de la ley, el heredero en la aceptación tácita, o expresa de la herencia, sólo responde de las deudas del de cujus, hasta donde alcance el valor de los bienes que recibe en herencia. De aquí se deriva la consecuencia de que el heredero no responde con sus bienes personales de las deudas hereditarias, así como que no puede cubrir sus deudas personales con los bienes de la herencia, antes de liquidar a los acreedores hereditarios, para determinar si hay un remanente líquido, que pueda apropiárselo, a efecto de que ingrese a su patrimonio y res-

ponda en unión con sus demás bienes, de sus deudas personales. Este principio fue reconocido en nuestros Códigos de 1870 y 1884. En el Código vigente el Art. 1678 dispone:

“La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese”.

Conviene expresar las diferencias que mantiene nuestro derecho con el francés, el español y el italiano a este respecto. En nuestro derecho, el beneficio de inventario opera ipso jure, sin que sea menester invocarlo. Ni el heredero, ni los acreedores hereditarios, ni los acreedores personales del heredero, ni los deudores de la herencia o los deudores personales del heredero, tienen que invocar el beneficio para que éste opere.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 1026 a 1027.

En el derecho francés, en el español o en el italiano, el beneficio de inventario no opera por ministerio de la ley, debe ser invocado, si no se invoca, hay una confusión de patrimonios. Es decir, se funde en una sola masa el patrimonio personal del heredero, con el patrimonio que recibe en herencia, y se confunden sus créditos y deudas, con los créditos y deudas de ésta. De tal manera que los acreedores de la herencia, pueden ejecutar sobre los bienes personales del heredero, o bien, los acreedores del heredero pueden ejecutar sobre bienes de la misma. Hay una confusión para integrar en el heredero, la universalidad jurídica compuesta por las dos masas, la hereditaria y la personal. Teóricamente en un sistema perfecto debería permitirse que el beneficio de inventario se invoque por todo aquel que tenga interés jurídico y tienen interés jurídico los herederos, los legatarios, los acreedores de la herencia y los acreedores personales del heredero. Este puede tener interés jurídico en invocar el beneficio, cuando existe temor, respecto a la insolvencia de la sucesión; cuando valorizados los bienes de la herencia, pudieran resultar inferiores al importe de las deudas. El heredero entonces se cubre anticipadamente, para no responder con su patrimonio y acepta la herencia a beneficio de inventario. El legatario también puede tener interés jurídico para invocar el beneficio, cuando tenga temor de que el patrimonio personal del heredero sea insolvente. Si no lo invocara, resultaría que el heredero podría cubrir con los bienes de la herencia, sus deudas personales.

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 1031 a 1032.

Los acreedores de la herencia tienen interés jurídico a su vez, cuando el heredero sea insolvente, para que los acreedores personales no ejecuten sobre bienes de la herencia, y de esta suerte, se separan las deudas hereditarias de las personales del heredero. Los acreedores personales del heredero pueden tener interés jurídico, cuando la herencia sea insolvente, de tal manera que una mezcla de esos patrimonios, originaría un peligro de que los bienes personales del heredero, fueran aplicados a pagar las deudas hereditarias. En cuanto a los deudores de la herencia o del heredero, en verdad no tienen interés en la separación de los patrimonios. En estricto derecho, al deudor no le importa pagar a determinado acreedor, cumple pagando a cualquiera, en el caso de que se confundan los patrimonios hereditario y personal del heredero, o se separen.

Como el principal interés depende del heredero mismo, automáticamente funciona la institución, cuando al aceptar invoca el beneficio de inventario a efecto de que los demás terceros queden protegidos en sus respectivos intereses; o si el heredero omitiere invocar el beneficio, debería permitirse en un sistema teóricamente perfecto que cualquier interesado lo hiciera valer.

3.—*Separación de patrimonios.*—En nuestro derecho hay una separación de patrimonios que opera ipso jure en toda herencia, sin necesidad de ser invocado el beneficio; es decir, existe la primera excepción fundamental a la teoría clásica del patrimonio-personalidad, porque el heredero tiene dos masas autónomas de derechos, bienes y obligaciones. Durante todo el trámite del juicio sucesorio que termina por la partición, desde la aceptación de la herencia hasta la liquidación de la misma se mantienen con autonomía esos dos patrimonios. Por esto indicábamos que el principio del patrimonio-personalidad no es exacto en nuestro derecho, por lo que se refiere al régimen hereditario. En rigor, se trata de dos patrimonios en el sentido jurídico de la palabra; de dos universalidades jurídicas independientes, integradas por activo y pasivo, con sujetos responsables. Este principio de separación de patrimonios en nuestro derecho, tiene las siguientes consecuencias de importancia en la teoría y en la práctica.

I.—Los acreedores de la herencia no pueden ejecutar sobre los bienes personales del heredero.

II.—Los acreedores personales del heredero no pueden ejecutar sobre los bienes de la herencia.

III.—Los acreedores personales del heredero, sólo pueden embargar sus derechos hereditarios, sujetos al beneficio de inventario, para que

se determine si hay un remanente líquido con valor económico que será materia del secuestro. En sentido opuesto ocurre en el derecho italiano.

Es por esto que en todo embargo que ejecutan los acreedores personales de un heredero, no se señalan para "la traba de ejecución", los bienes de la herencia individualmente determinados, sino que se designa para el secuestro, el derecho hereditario, en cuanto que tenga valor económico, practicada la liquidación, si el activo de la herencia es superior al pasivo. Ese derecho será en la parte alícuota que corresponda al heredero, según se trate de sucesión legítima o testamentaria.

Esta situación jurídica consagrada en nuestra legislación desde el Código de 1870, se desprende del mismo Art. que ya hemos transcrito y que en el vigente lleva el número 1678: "*La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos...*". Se emplea el término jurídico confusión, pues existe ésta, cuando en una misma persona se reúnen las cualidades de acreedor y deudor y, por consiguiente, se extingue la deuda, ya que toda relación jurídica requiere dos sujetos: activo y pasivo. La confusión supone, por consiguiente, que la misma persona es sujeto activo y pasivo. En la herencia no hay confusión, lógicamente, entonces existen sujetos activos y pasivos distintos, en relación con el heredero en lo personal y con la sucesión. De esta suerte, se dice "acreedores y deudores de la sucesión". La confusión está reconocida expresamente entre las formas de extinción de las obligaciones, en el Art. 2206 del Código vigente, que dice:

"La obligación se extingue por confusión, cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa".

Ruggiero, ob. cit., v. II, págs. 1012 a 1013.

También en este aspecto difiere nuestro derecho del francés, del español y del italiano. No hay separación de patrimonios operada ipso jure en esos derechos, por el contrario, hay confusión de patrimonios, para integrar una sola masa, si no se invoca el beneficio de inventario. Por esto en esas legislaciones, en su alcance general, se confirma el principio clásico de que la persona sólo puede tener un patrimonio, pues si el heredero no invoca el beneficio, o aquellos que tengan interés jurídico en hacerlo, tendrá por virtud de la herencia un patrimonio merced a la confusión que se realiza. Pero también los citados sistemas consideran que cuando se invoca el beneficio, se opera la separación de patrimonios y, consecuentemente, el principio de unidad desaparece.

Josserand, ob. cit., t. III, v. II, págs. 170 y 171.

4.—*Sistema romano*.—La evolución que se produjo en el derecho

romano llegó a este principio fundamental: el patrimonio hereditario es un todo indivisible, de tal suerte que por virtud de la herencia no se harán distinciones, ni por la calidad de los bienes, muebles o inmuebles, ni por la procedencia de los mismos, es decir, por el trabajo del autor, por herencia paterna o materna, por don de la fortuna, o por alguna otra causa. En sus últimos tiempos, el derecho romano reconoció en todas sus consecuencias la indivisibilidad del patrimonio, para no diferenciar grupos de bienes, según fueran *mancipi* o *nec mancipi*, muebles o inmuebles, adquiridos por trabajo o por herencia. De tal suerte que los herederos adquirirían los bienes, sin que hubiera distinción por esas causas. Tampoco, a pesar de ser el pueblo romano esencialmente agrícola, admitió distinción en fundos urbanos y rústicos. Ni se reglamentó institución alguna para fomentar la agricultura, para impedir la división de los fundos agrícolas, o para asignarlos a determinado heredero, por ejemplo, al primogénito. No se admitió ni el mayorazgo, ni los derechos de primogenitura.

5.—*Sistema medieval*.—Pero si en esta materia el derecho romano llegó a los mismos principios del derecho moderno, en la edad media se opera una regresión; se hacen divisiones desde distintos puntos de vista. La fundamental obedece a la distinción de muebles e inmuebles. Todos los bienes muebles formaban un patrimonio que se transmitía a los herederos según su parentesco; los bienes inmuebles se subdividían en bienes adquiridos por el autor de la sucesión gracias a su trabajo, y en inmuebles heredados por el de *cujus*, precisando en este caso su origen, es decir, si venían de la línea paterna o de la materna. Respecto de estos inmuebles procedentes de la línea paterna o de la materna, se consagró el principio de que regresaban a su línea y se llamaban bienes inmuebles *materna maternis* y *paterna paternis*. Al morir el autor de la herencia, los bienes que había recibido por la línea materna, regresaban a esos ascendientes, a su madre, abuelos o bisabuelos. Lo mismo para los bienes inmuebles que había heredado de la línea paterna.

En la edad media también se originaron los mayorazgos y el derecho en favor del primogénito. Se hacen divisiones de los bienes en relación con el sexo y la edad, y se adoptó un sistema complicado que en ocasiones era perjudicial desde el punto de vista económico.

El derecho moderno ha proclamado como un principio de unidad del patrimonio, su indivisibilidad, su transferencia por sucesión legítima sin atender a la procedencia de los bienes, a su naturaleza mueble o inmueble, a la edad o sexo, y sin reconocer derechos en favor del primogénito.



6.—*Sistema alemán*.—Pero en Alemania y en Austria, por razones de orden económico, para la protección de la agricultura, se inició un movimiento que tuvo por objeto la defensa de cierto bienes rústicos de la casa paterna, a efecto de que a determinado heredero se le transmitiera íntegra una finca rústica, si constituía la base principal del patrimonio; y este heredero pagara a los demás el valor que correspondiera según la proporción que tuviera en la herencia. Según los economistas alemanes este sistema dio benéficos resultados, porque además de intensificar la agricultura, también provocó un movimiento en favor de la industria para que aquellos herederos que no fueran a dedicarse al campo, pudieran ir a las ciudades.

*Valverde* cita este sistema, cuyo nombre alemán es "*anerbenrecht*" y corresponde a una forma parecida del patrimonio de familia, para salvar de la división que originaría la herencia, los bienes rústicos necesarios para mantener la parte principal del patrimonio hereditario. Si por virtud de la herencia una finca agrícola que sea la principal tuviese que ser dividida perdería su importancia, provocaría la venta de ese inmueble y esto sería un perjuicio de la agricultura. Entre los herederos puede haber alguno que tenga interés en continuar explotando la finca, y que adquiera ésta exclusivamente, pagándola según distintos sistemas que se reconocen en el derecho alemán, porque en esta materia no existe un derecho federal, sino local y cada Estado tiene sistemas sucesorios para proteger esa parte que se denomina "hof". *Valverde* cita como sistemas principales: el que rigió en el gran Ducado de Baden, que es el que originó el *anerbenrecht* obligatorio; en éste el testador no puede disponer de la "hof", o parte que constituye la finca agrícola que necesariamente debe pasar íntegra a un heredero; en él los bienes rústicos son indivisibles, y suceden en ellos un solo heredero, con la obligación de pagar a la masa hereditaria determinadas partes de su valor.

Un segundo sistema existió en Hannover, Silesia y Brandenburgo, hasta antes de la guerra; permitía inscribir en el Registro Público la finca rústica que debía transmitirse íntegra a un heredero; pero no era obligatorio, porque el testador podía disponer de esa finca; de tal manera que en la sucesión testamentaria no había la obligación de dejar determinada finca rústica base del patrimonio agrícola, a cierto heredero. Pero si el testador no hacía disposición respecto de las fincas rústicas, o moría intestado, entonces sí funcionaba el sistema para que la finca rústica principal se aplicara, íntegra a un heredero, que la pagaba en las dos terceras partes de su valor; se hacía una estimación del bien, y como en los casos de remate, se pagaba únicamente las dos terceras partes de

su precio. El sistema facultativo consistía en que el propietario podía inscribir la "Hof" en los registros.

Existía un último sistema, por virtud del cual se pagaba la finca rústica mediante rentas o productos de la misma; éste sólo se distinguía del anterior, en que también permitía al autor de la herencia disponer de los bienes por testamento.

Valverde, ob. cit., t. V, págs. 378 a 379.

7.—*Sistema norteamericano*.— Un sistema que tiene ya más semejanza con la organización de nuestro patrimonio familiar, es el que existe en Estados Unidos, llamado "homestead"; es un verdadero patrimonio familiar inembargable e inhipotecable; pero con el consentimiento de la esposa sí puede hipotecarse.

En cuanto al derecho sucesorio, tiene la particularidad de que aquel patrimonio familiar no se divide por la muerte del jefe de familia, ni tampoco es susceptible de embargo o de hipoteca, hasta que los hijos lleguen a la mayor edad. Después sí podrá dividirse o reportar embargos o hipotecas.

El derecho americano sí precisa las consecuencias en cuanto al régimen sucesorio. Conviene retener estas características para relacionarlas con nuestro derecho.

Valverde, ob. cit., t. V, págs. 379 y 380.

8.—*Sistema mexicano del patrimonio familiar*.—Nosotros tenemos el sistema del patrimonio familiar, pero la ley guarda silencio respecto a la protección que para la familia exista después de que muera el jefe de la misma. No hay una disposición especial que nos diga que el patrimonio de familia persiste después de la muerte del jefe que lo ha constituido; pero también en las causas que pueden originar la extinción del patrimonio familiar el Código Civil no menciona la muerte del citado constituyente. Por consiguiente, es interesante investigar en nuestro derecho si hay un sistema semejante al norteamericano que permita la indivisibilidad del patrimonio familiar para después de la muerte del jefe de la familia o bien, si siguiendo la regla general de los demás bienes, debe ser dividido entre los herederos legítimos. En el Código de Procedimientos Civiles, el artículo 871 simplemente regula una forma más rápida en la tramitación del juicio sucesorio, para el efecto de la transmisión a los herederos del patrimonio familiar, decretando expresamente que se haga la división del mismo, como en toda partición hereditaria.

El Art. 741 enumera en el Código Civil vigente cinco causas de extinción del patrimonio familiar, y entre ellas no encontramos la muerte del jefe de familia; pero se dice en el Art. 724:

“La constitución del patrimonio de la familia no hace pasar la propiedad de los bienes que a él quedan afectos, del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria. Estos sólo tienen derecho de disfrutar de esos bienes, según lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Es decir, tienen el derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela cultivable; pero no tienen ni un derecho de copropiedad, ni un derecho de disposición sobre los bienes que constituyan ese patrimonio. Y aun cuando la ley no disponga que el patrimonio de la familia se extinga por la muerte del jefe, como éste no ha transmitido el dominio, tendremos que aplicar el principio general de que todos los bienes del autor de una herencia pasan a sus herederos, y que esos bienes deben ser divididos según las partes iguales o desiguales que obtengan por su grado de parentesco.

La protección reconocida por el Código Civil al patrimonio familiar, principalmente se endereza a evitar el embargo, las hipotecas o los actos de disposición durante la vida del jefe de la familia. Sin embargo, es indiscutible que para que la institución realice íntegramente su fin, debe admitirse la posibilidad de que continúe el patrimonio después de la muerte de su fundador y que sea indivisible durante la menor edad de los hijos.

Ante la falta de un texto expreso, trataremos el problema referente a determinar si en nuestro derecho la muerte del que constituye el patrimonio familiar implica la desintegración de éste, para que se opere la transferencia del mismo a los herederos legítimos o testamentarios, o bien, si el espíritu de las distintas disposiciones que organizan el patrimonio familiar nos permiten sostener una institución semejante a la norteamericana o al régimen de las casas baratas en España, Francia y Suiza.

Desde luego este problema debe plantearse desde dos puntos de vista:

1º ¿Cuáles son los derechos que tienen aquellos que constituyen la familia respecto de la casa o de la parcela cultivable? El Código estatuye que al constituirse el patrimonio familiar no se transmite el dominio del constituyente a la familia o miembros de la misma. Pero que éstos tienen el derecho de habitar la casa y de percibir los frutos de la parcela cultivable; se reconoce un derecho real de habitación respecto de la casa, nacido de la ley; y un derecho real de usufructo respecto de la parcela. El dominio queda desmembrado, conservando el constituyente

la nuda propiedad y pasado, por ministerio de la ley, el usufructo a los miembros de la familia respecto de la parcela cultivable y la habitación, en relación con la casa, como únicos bienes que pueden integrar el patrimonio familiar.

Desde este punto de vista, durante la vida del constituyente no hay problema alguno, ni tampoco durante la vigencia o duración del patrimonio familiar. Al extinguirse éste, por las causas reglamentadas, tampoco existirá problema, porque el Código estatuye para los distintos casos.

2º Este segundo punto se refiere al problema jurídico que se suscita para el caso de muerte del que constituye el patrimonio, tanto en el supuesto que haga un testamento, excluyendo de los bienes que lo constituyen, a sus hijos o cónyuge; como en la hipótesis de sucesión legítima, en que los hijos y cónyuge adquieren por herencia los bienes de ese patrimonio.

El problema, realmente, se presenta en el caso de testamento, cuando se excluyen a los hijos y al cónyuge supérstite. En el caso de herencia legítima, sólo no hay problema respecto a la posesión y transferencia del patrimonio familiar a los hijos y cónyuge, pero sí en cuanto a mantener la unidad de ese patrimonio para que se cumplan los fines perseguidos por la ley.

Es en la herencia testamentaria, si se respeta el principio de la libre testamentifacción, en donde se presentaría el problema; el legislador una vez constituido el patrimonio de familia no permite que el constituyente pueda enajenarlo, hipotecarlo o gravarlo. Es decir, deroga la regla que concede autonomía al dueño de una cosa y le restringe el jus abutendi por razones de interés familiar. Por otra parte, el legislador quiere que exista un patrimonio como garantía sobre todo de la mujer y de los hijos. Y si esto lo dispone durante la vida del jefe de familia, parece evidente que también deba admitirse cuando falte ese jefe, pues entonces la protección legal debe ser mayor para el patrimonio familiar. Si durante la vida del constituyente no puede éste disponer de la casa o de la parcela cultivable, a pesar de que siga siendo el sostén económico del hogar, con mayor razón en caso de muerte y, por tanto, no debe permitírsele que disponga por testamento de esos bienes en favor de terceras personas. Si hace uso de la facultad de testar, instituyendo a sus propios hijos y cónyuge, ya el problema es de menor trascendencia y sólo importará mantener la unidad del patrimonio familiar, pero no se desampara a la mujer y a los hijos.

Tenemos en pugna dos instituciones fundamentales en el derecho civil:

1º El régimen de la libre testamentifacción que permitiría al dueño de un patrimonio disponer de él en favor de terceros, y

2º El régimen del patrimonio familiar que evidentemente debe subsistir en el caso de muerte del jefe, aunque no lo diga el legislador, porque en ese momento existe mayor necesidad de protección para la familia.

¿Cómo conciliar estas dos instituciones para salvar el principio fundamental en cada una de ellas? En nuestro concepto sólo existe esta solución: considerar que hay un derecho de habitación en favor de los miembros de la familia respecto de la casa, y un derecho de usufructo en cuanto a la parcela. Este derecho de habitación o de usufructo sólo se extinguen con la muerte de todos los habituarios o usufructuarios; pero la muerte del nudo propietario, que es el constituyente, no puede extinguir esos derechos reales. De la misma suerte que si se da por convenio el usufructo de una cosa, con la muerte del nudo propietario no se extingue el usufructo. El nudo propietario tiene la facultad de disponer libremente del dominio, pero no del uso o goce de la casa o parcela. Por consiguiente, puede instituir a terceros como propietarios de esos bienes, pero reportando éstos el derecho real de habitación o de usufructo sobre la casa o la parcela. Estos derechos reales normalmente deben extinguirse a la muerte de sus titulares; pero en el patrimonio familiar puede discutirse, si en los casos en que ya no hay necesidad ni de la casa ni de la parcela, para la subsistencia de los miembros de la familia, pueda extinguirse ese patrimonio.

Artículo 741.— El patrimonio familiar se extingue:

I.—Cuando todos los beneficiarios cesen de tener derecho de percibir alimentos;

II.—Cuando, sin causa justificada, la familia deje de habitar por un año la casa que debe servir de morada, deje de explotar el comercio o la industria o de cultivar la parcela por su cuenta, siempre y cuando no haya autorizado su arrendamiento o aparcería;

III.—Cuando se demuestre que hay gran necesidad o notoria utilidad para la familia, de que el patrimonio quede extinguido;

IV.—Cuando por causa de utilidad pública se expropian los bienes que lo forman;

V.—Cuando, tratándose del patrimonio formado con los bienes vendidos por las autoridades mencionadas en el artículo 735, se declare judicialmente nula o rescindida la venta de esos bienes.

Respecto de la primera fracción, no es necesario ese patrimonio para la subsistencia de los miembros de la familia: por consiguiente, en el caso en que se instituya por testamento a terceras personas transfiriéndoles

la nuda propiedad, el usufructo o la habitación, el testamento surtirá sus efectos cuando los beneficiarios dejen de necesitar esos derechos para subsistir.

La fracción segunda implica un abandono voluntario del patrimonio familiar.

En relación con la tercera fracción diremos que este caso sería objeto de un convenio con el nudo propietario instituido por testamento, cuando éste adquiriera los derechos de habitación o de usufructo en un precio notoriamente conveniente para los miembros de la familia, o bien, cuando las dos partes puedan enajenar en una operación ventajosa sus derechos.

En la fracción cuarta se comprende una manera forzosa de extinción de la propiedad, del usufructo y del derecho de habitación.

Por último, la fracción quinta se refiere al caso de nulidad o rescisión de la venta a que se contrae el artículo 735 que dice así:

"Con el objeto de favorecer la formación del patrimonio de la familia, se venderán a las personas que tengan capacidad legal para constituirlo y que quieran hacerlo, las propiedades raíces que a continuación se expresan:

I.—Los terrenos pertenecientes al Gobierno del Distrito Federal que no estén destinados a un servicio público ni sean de uso común;

II.—Los terrenos que el Gobierno adquiriera por expropiación, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

III.—Los terrenos que el Gobierno adquiriera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con pocos recursos.

Un segundo problema de menor importancia se presenta cuando por virtud del testamento, el testador reparte el patrimonio de familia entre su mujer e hijos. Aplicando los principios anteriores debemos considerar que el testador tiene la facultad de disponer de la nuda propiedad, pero no tiene el derecho de alterar el usufructo y la habitación que pertenecen a los miembros de la familia; por consiguiente, aun cuando quiera dividir entre sus propios miembros el derecho de habitación o el de usufructo, jurídicamente no está facultado para disponer de esos derechos. El testador podrá, como en el caso anterior, aplicar la nuda propiedad en partes iguales o desiguales a los miembros de la familia, pero no se consolidará la nuda propiedad así repartida con los derechos de uso o de habitación, sino en los cinco casos enumerados por el Art. 741 o bien, cuando mueran los usufructuarios o habituarios.

En la hipótesis de la sucesión legítima, existiendo el patrimonio de familia, quiere decir que existen por lo menos la mujer o los hijos, y que éstos adquieren el patrimonio; pero se presenta el problema de saber si por la herencia legítima deba dividirse la casa o la parcela aun cuando sea para provocar la venta de estos bienes, si en la división de la casa o la parcela no se ponen de acuerdo los interesados. *Consideramos también que en la sucesión legítima, por virtud de la herencia, sólo se transmite la nuda propiedad, que va vinculada en cuanto a su no división con el usufructo y el derecho de habitación, que como son derechos ajenos al autor de la herencia, no se afectan con la muerte de éste; de modo que la solución debe ser la misma que para el caso de división testamentaria de la nuda propiedad en favor de los hijos y de la mujer.*

Puede presentarse en la herencia legítima el caso de que no existan hijos, y que la mujer tenga que concurrir a dividir la herencia con los padres del autor de la sucesión o los hermanos de éste. Aunque el cónyuge supérstite se considere como hijo para recibir una parte de la herencia, esto es cuando concurre sólo con los hijos; pero a falta de éstos, si el cónyuge concurre con los padres del autor de la herencia, recibe la mitad de la misma y si concurre con sus hermanos, recibe dos terceras partes. En el caso de que el patrimonio familiar se hubiere constituido, y no existieren hijos, o los que existían hubieren muerto, se presenta el problema de saber si el cónyuge supérstite debe repartir con los padres o los hermanos del autor los bienes que integran el patrimonio familiar. Aplicando la solución propuesta, llegaríamos a la conclusión de que sólo en la nuda propiedad se presentaría la división; pero condicionada a la existencia del usufructo y de la habitación en favor del cónyuge. De tal manera que los padres en el supuesto caso de que tengan derecho a la mitad de la nuda propiedad, no podrán consolidar ésta con el usufructo, sino hasta la muerte del cónyuge supérstite, o en los casos de disolución del patrimonio de la familia reconocidos por el Art. 741.

*En nuestro concepto, éstas son las soluciones moral y jurídicamente fundadas para armonizar en el derecho mexicano las dos instituciones de interés público fundamentales que hemos mencionado: libertad de testar y conservación del patrimonio de la familia, sobre todo en el caso de muerte del que lo ha constituido.*

También conviene relacionar nuestro derecho sucesorio con el sistema del derecho alemán para que la unidad agrícola no sea dividida, en los casos en que el heredero pueda hacerse cargo de la explotación de la finca agrícola que constituya la base principal del patrimonio hereditario. Nuestro Código Civil vigente, en el capítulo de partición de

la herencia, tiene una disposición general, no sólo para las fincas agrícolas, sino para mantener la unidad de las negociaciones comerciales o industriales, a efecto de que si entre los herederos hubiese alguno que por su profesión o industria pueda hacerse cargo de la finca agrícola, o de la negociación industrial o comercial, se les apliquen a éste, estimándose su precio a efecto de que cubra a los demás herederos el valor de sus partes. Dice así el artículo 1772:

"Si el autor de la sucesión no dispuso cómo debieran repartirse sus bienes y se trata de una negociación que forme una unidad agrícola, industrial o comercial, habiendo entre los herederos agricultores, industriales o comerciantes, a ellos se aplicará la negociación, siempre que puedan entregar en dinero a los otros coherederos la parte que les corresponda. El precio de la negociación se fijará por peritos. Lo dispuesto en este artículo no impide que los coherederos celebren los convenios que estimen pertinentes".

Es de observar que el artículo 1772 no está debidamente reglamentado; de una manera general dispone que si entre los herederos hay agricultores, comerciantes o industriales, a ellos se aplicará la negociación; pero no da reglas para el caso de que existan varios capacitados para la explotación; ni tampoco qué bienes necesariamente deban ser adjudicados a un heredero para evitar la división, como lo hizo la legislación alemana, a efecto de que si no se llega a ningún convenio, se atribuya a determinado heredero la finca agrícola.

Nota: En virtud de las reformas hechas al Código-Civil, publicadas el 25 de mayo de 2000, el artículo 724 sufrió modificaciones considerables que es preciso comentar.

Actualmente el artículo 724 determina quienes son las personas facultadas para constituir el patrimonio familiar, comprendiendo dentro de estas a la madre, el padre, la concubina, el concubinario, los abuelos e incluso los hijos. Ahora bien, actualmente el numeral 725 vigente determina cuales son los efectos que se producen a partir de la constitución del patrimonio familiar, especificando que al constituirse tal institución, los miembros de la familia se convierten en copropietarios de dicho patrimonio.

Consideramos que en virtud de la reforma en comento quedan zanjadas las dificultades analizadas por el Autor en torno a la transmisión del patrimonio familiar mortis causa, en tanto que si actualmente la ley reconoce a los miembros de la familia como copropietarios del patrimonio familiar, creemos adecuadamente fundado el afirmar, a ese respecto, que cada uno de los miembros de la familia puede disponer de forma autónoma de su parte alícuota para después de su muerte, así como que, de igual manera, se podrá abrir la sucesión legítima respecto de tal porción del patrimonio familiar en caso de que el copropietario no haya otorgado testamento.



Por lo que respecta a los derechos de los que gozan los miembros de la familia con respecto a la institución en comento, creemos evidente que en virtud de la reforma aquí analizada, dentro de tales derechos se comprenden todos aquellos que se poseen cuando se tiene la calidad de dueño, así como que su ejercicio deberá regirse por lo dispuesto en el capítulo VI, del Título Cuarto de la legislación vigente.

2.—*Instituciones europeas semejantes al patrimonio familiar.*—En España, Francia y Bélgica existe la institución denominada *casa barata*. En Suiza el *asilo de familia*. Estas instituciones equivalen a nuestro patrimonio familiar, aunque principalmente se han ideado para proteger a la clase obrera, dando facilidades, mediante instituciones de crédito controladas por el Estado, para la construcción de hogares humildes, con la particularidad de que, desde su constitución, reportan una hipoteca en favor de la institución de crédito que facilitó el numerario para la obra. Fuera de este gravamen, la casa barata y el asilo de familia es inembargable e inalienable; y en el caso de muerte del jefe de la familia, persiste esta protección jurídica durante la menor edad de los hijos y la viudez de la madre.

En estas legislaciones se dispone claramente que este patrimonio familiar persiste después de la muerte del que lo constituyó y no hay el problema planteado en nuestro derecho, relativo al régimen hereditario al que queda sujeto el citado patrimonio.

### C A P I T U L O III

#### CONSECUENCIAS SECUNDARIAS DEL DERECHO HEREDITARIO

1.—*Aplicación de sanciones.*—En las consecuencias secundarias del derecho hereditario comprenderemos únicamente la aplicación de las sanciones específicas de esta rama del derecho civil, y que fundamentalmente consisten en la existencia, nulidad y caducidad de las disposiciones testamentarias o del derecho de heredar en la sucesión legítima.

Así como las consecuencias primarias consistieron fundamentalmente en la transmisión a título universal o a título particular por causa de muerte y, excepcionalmente, en la creación, modificación o extinción de derechos reales y personales a través de la institución del legado, de la misma manera las consecuencias secundarias sólo se referirán a la aplicación de las sanciones específicas del derecho hereditario. Es decir, en uno y en otro caso contemplamos sólo la fase dinámica, que existe tanto en las consecuencias primarias como en las secundarias, sin preocuparnos

por el momento del contenido mismo de los derechos, de las obligaciones y de las sanciones que son objeto de la transmisión a título universal o particular o de la aplicación misma de las citadas sanciones.

2.—*Inexistencia, nulidad y caducidad.*—En el estudio de estas tres sanciones fundamentales del derecho hereditario, ya hemos hecho el análisis de su contenido al tratar de la inexistencia y nulidad de las disposiciones testamentarias y de la caducidad del derecho de los herederos o legatarios, pues aun cuando propiamente por lo que ve al contenido mismo de tales sanciones, deberían haberse estudiado hasta el capítulo V, consagrado a los objetos directos e indirectos de la rama que nos ocupa, se anticipó su análisis para no dividir la materia general consagrada a los testamentos y a otros supuestos del derecho hereditario. Por consiguiente, el estudio de las consecuencias en relación con esas sanciones, sólo debe concretarse a la fase dinámica que consiste en la aplicación de las mismas, motivada por determinados supuestos. Posteriormente, en el capítulo V ya citado, determinaremos cómo, las sanciones consisten siempre en crear derechos y obligaciones y, por lo tanto, en nuevas formas de conducta jurídicamente regulada.

En cuanto a los supuestos que determinan la sanción de inexistencia, ya hemos explicado que ésta sólo puede ocurrir en la sucesión testamentaria, en lo que toca al acto jurídico del testamento, por falta de alguno de sus elementos esenciales: manifestación de voluntad y objeto posible.

Además del testamento, tenemos otros actos jurídicos comunes a ambas sucesiones, tales como la aceptación y repudiación de la herencia, que también pueden ser inexistentes por la falta de los citados elementos esenciales.

En cuanto a los actos jurídicos que puedan concluir los herederos o el albacea, también hemos precisado que sobrevendrá la inexistencia cuando falte el consentimiento unánime de los citados herederos, si se trata de actos de dominio; que por la misma razón, las enajenaciones, gravámenes o transacciones que lleve a cabo el albacea sin dicho consentimiento, o la mayoría de herederos, serán inexistentes.

Para la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, se presentará también la inexistencia si el acto no se ejecuta concurriendo la unanimidad de herederos. Por este motivo, cuando existen herederos preteridos, propiamente no debe hablarse de nulidad de la partición y adjudicación hereditarias, sino de verdadera inexistencia. El artículo 1789 del Código Civil, impropriamente dice:

"El heredero preterido tiene derecho de pedir la nulidad de la partición. Decretada ésta, se hará una nueva partición para que perciba la parte que le corresponda".

En el artículo 1788 se consagra un principio general en los siguientes términos:

"Las particiones pueden rescindirse o anularse por las mismas causas que las obligaciones".

De acuerdo con el citado precepto, la partición hereditaria como acto jurídico sigue las reglas estatuidas por el Código en materia de inexistencia, nulidad y rescisión. Ahora bien, en el problema concreto, relativo a un heredero preterido, no se trata de un caso de ilicitud, error, dolo, violencia, lesión, incapacidad o falta de forma, que motivarían la nulidad absoluta o relativa, según los casos, si no de falta del consentimiento de todos los herederos que como copropietarios de la masa hereditaria indivisa, deben concurrir al convenio de partición.

Por lo que se refiere a los supuestos que originan la sanción de nulidad, simplemente tenemos que reproducir aquí lo que ya hemos dicho para la nulidad de los actos jurídicos en general, en el tomo primero de esta obra, y las aplicaciones especiales que hicimos para la nulidad de los testamentos. Existen otros actos jurídicos tales como, la aceptación y repudiación de la herencia y el convenio de partición que siguen esas reglas generales, de tal suerte que la nulidad absoluta por regla general se presentará en los casos de ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto de que se trate, y la nulidad relativa en los casos de incapacidad de ejercicio, error, dolo, violencia, lesión e inobservancia de las formalidades legales.

Ya hemos tratado de la nulidad que afecta a la aceptación o repudiación de la herencia, así como de los vicios de dolo y violencia que expresamente menciona el artículo, 1670 al estatuir:

"La aceptación y la repudiación una vez hechas, son irrevocables y no pueden ser impugnadas sino en los casos de dolo o violencia".

En artículos posteriores (1671 y 1672) se regula también el caso especial de error, al disponer dichos preceptos lo siguiente:

"El heredero puede revocar la aceptación o la repudiación, cuando por un testamento desconocido, al tiempo de hacerla, se altera la cantidad o calidad de la herencia".

"En el caso del artículo anterior, si el heredero revoca la aceptación, devolverá todo lo que hubiere percibido de la herencia, observándose respecto de los frutos, las reglas relativas a los poseedores".

Finalmente, el acto jurídico relativo a la partición hereditaria queda sujeto en cuanto a las causas de nulidad o rescisión, a las mismas disposiciones que rigen en materia de obligaciones (Art. 1788). Aun cuando en

este precepto se habla de causas que originan la rescisión o nulidad de las obligaciones, debe entenderse que se refiere a los contratos, es decir, a las obligaciones contractuales, pues el Código no reglamenta en los artículos 1795, 1798, 1799, 1812 a 1834 y 2225 a 2242, causas de nulidad o rescisión de las obligaciones, sino de los contratos y en algunos casos de los actos jurídicos en general. Por consiguiente, debemos aplicar a la nulidad de las particiones hereditarias, las mismas reglas que rigen para la nulidad de los contratos, ya que dichas particiones se establecen por un convenio.

Los supuestos que motivan la caducidad de las disposiciones testamentarias por lo que ve a los derechos de herederos y legatarios, así como los que originan también la caducidad del derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, ya fueron objeto de estudio especial al tratar respectivamente de la caducidad en los casos de sucesión testamentaria o intestada.

Sólo agregaremos que generalmente la caducidad se aplica ante supuestos que no implican un hecho imputable del heredero o del legatario, como ocurre en los casos de repudiación o de muerte del heredero o legatario, anterior a la del de cujus, o al cumplimiento de la condición impuesta. *En estas hipótesis, la caducidad no se aplica como una sanción.* En cambio, en los casos de incapacidad por delito, presunción de atentado contra la verdad o integridad del testamento, razones de orden público, falta de reciprocidad internacional, remoción o renuncia de un cargo conferido en el testamento, previstos por los artículos 1313 a 1333, *si se trata de una verdadera sanción que hace perder totalmente el derecho del heredero o del legatario.*

De una manera general, en el artículo 1497 se comprenden las causas de caducidad, pero referidas sólo a las disposiciones testamentarias. Dice así el mencionado precepto:

"Las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto, en lo relativo a los herederos y legatarios: I.-Si el heredero ó legatario muere antes que el testador ó antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado; I.-Si el heredero ó legatario se hace incapaz de recibir la herencia ó legado; 111.-Si renuncia a su derecho".

Además, en el artículo 1599 se dispone que:

"La herencia legítima se abre: III.-Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero; IV.-Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia ó es incapaz de heredar; si no se ha nombrado sustituto".

Las consecuencias que se derivan de la caducidad del derecho del heredero están determinadas por el artículo 1336, para el caso de sucesión testamentaria. Dice así:

"El heredero por testamento, que muera antes que el testador ó antes de que se cumpla la condición; el incapaz de heredar y el que renuncia a la sucesión, no transmiten ningún derecho a sus herederos".

Además conforme al artículo 1337:

"En los casos del artículo anterior la herencia pertenece a los herederos legítimos del testador, a no ser que éste haya dispuesto otra cosa".

*De lo expuesto se desprende que hay una doble consecuencia en el caso de la caducidad del derecho del heredero testamentario: I.—Originar la pérdida de su citado derecho, de tal manera que no pueda transmitirlo a sus herederos, y II.—Originar la apertura de la sucesión legítima.*

Sólo en el caso de que el testador hubiere designado un heredero sustituto, éste ocupará el lugar del heredero cuyo derecho caducó. Por este motivo ya hemos explicado que la sustitución impide la caducidad y la apertura de la sucesión legítima.

Tratándose de herederos legítimos, la caducidad sólo puede sobrevenir por incapacidad, repudiación o muerte del heredero antes que el de *cujus*. En estos casos puede ocurrir que funcione la herencia por estirpes, según ya hemos explicado o bien, en el caso de que ' tal cosa no sea posible, se llamará a la herencia a los parientes que sigan en grado a aquél cuya parte caducó. No admite el Código vigente que en este caso exista el derecho de acrecer.

La caducidad del derecho del legatario tiene consecuencias muy distintas a la caducidad del heredero. En efecto, en este último caso, según hemos explicado, se abre la sucesión legítima por la parte del heredero que es objeto de caducidad, excepto en el caso de que el testador hubiese nombrado un sustituto, pues entonces éste adquirirá dicha porción hereditaria.

Tratándose de la caducidad del derecho del legatario, no se abre la sucesión legítima respecto a los bienes o derechos objeto del legado, sino que simplemente se extingue la carga u obligación que implica aquél, quedando liberada la herencia, el heredero o el legatario responsables del legado objeto de caducidad. Por consiguiente, debemos distinguir tres casos, según que el legado sea a cargo de toda la herencia, de un heredero o de un legatario:

En la primera hipótesis, al extinguirse la carga u obligación que implica el legado, por virtud de la caducidad del mismo, este hecho beneficia a todos los herederos, pues la masa indivisa queda libre de esa responsabilidad.

En el segundo caso, cuando el legado' es a cargo de un heredero, si se extingue por caducidad, exclusivamente dicho heredero queda bene-

ficiado, pues desaparece la carga u obligación que mermaba su porción alícuota.

Por último, cuando el legado es a cargo de otro legatario, la caducidad del mismo originará también la extinción de la carga u obligación respectivas y, por lo tanto, también ocurrirá la misma consecuencia que en la hipótesis que antecede.

*Las otras sanciones del derecho hereditario pueden ser en general las relativas a la ejecución forzosa, a la reparación del daño por hecho ilícito y a la rescisión que se concretará principalmente al caso de la partición hereditaria.*

# TITULO V

## OBJETOS DEL DERECHO HEREDITARIO

### CAPITULO I

#### IDEAS GENERALES

1.—*Enumeración y clasificación de los objetos del derecho hereditario.*—Siguiendo el mismo programa que hemos observado para la parte general consagrada al estudio de los *conceptos jurídicos fundamentales* en el tomo primero de esta obra, distinguiremos los objetos directos y los objetos indirectos del derecho hereditario.

Por objetos directos entenderemos aquellas formas de conducta jurídica que se manifiesten en *derechos, obligaciones, sanciones y actos jurídicos* regulados por las normas propias del derecho hereditario. Es decir, trataremos sucesivamente:

a) De los derechos especiales que nazcan con motivo de la muerte de una persona, en favor de sus herederos o legatarios, determinando además si existe un derecho subjetivo a heredar;

b) De las obligaciones que se originen por virtud de la muerte del autor de la herencia;

c) De los actos jurídicos que regula el derecho hereditario en cuanto a su contenido mismo, y

d) De la naturaleza jurídica de las sanciones que reglamenta dicha rama, pero sólo en lo que se refiere a determinar su contenido como formas de conducta jurídica.

*Estos distintos objetos directos del derecho hereditario no deben confundirse con las consecuencias primarias y secundarias a que nos hemos referido en el capítulo anterior, pues en tanto que dicho estudio se concretó al aspecto dinámico relacionado con la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos, de deberes o sanciones, ahora nos ocuparemos del aspecto estático relativo al contenido mismo de los derechos, las obligaciones, las sanciones y los actos jurídicos, en tanto que*

*son formas de conducta jurídicamente reguladas por el derecho hereditario.* Por esto estudiaremos si se configura un nuevo derecho subjetivo que merezca el honor de ser incluido en la lista de los derechos subjetivos en general, teniendo autonomía propia al lado de los derechos reales, personales, del estado civil, de libertad y de creación jurídica, que constituyen la gran categoría de derechos subjetivos privados. Sobre el particular ya hemos afirmado en otra ocasión que sí existe el derecho subjetivo de heredar en la sucesión legítima, como facultad reconocida por la ley a los parientes, al cónyuge, a la concubina en ciertos casos y al Estado (a falta de los herederos anteriores), para exigir una porción hereditaria cuya cuantía dependerá del grado de parentesco, así como de la concurrencia de otros herederos, como sucede en los casos de herencia del cónyuge supérstite, de la concubina o del Estado. Tratóndose de las obligaciones que nazcan por virtud de la herencia a cargo de herederos o legatarios, sólo analizaremos en qué se traducen los distintos tipos de conducta que imponen los deberes jurídicos en esta rama del derecho. Lo propio debe hacerse para determinar en cuanto a los actos o negocios del derecho hereditario, cuál es el tipo de conducta que se regula en su celebración misma. Para las sanciones ya tuvimos oportunidad de aclarar en el capítulo anterior que consideradas como objetos directos del derecho hereditario, debe simplemente desentrañarse si las mismas se traducen en derechos y obligaciones, tal como lo hemos afirmado.

Por objetos indirectos del derecho hereditario entendemos las cosas o bienes que constituyen la materia propia de la transmisión a título universal o a título particular y, en consecuencia, comprenderemos las cosas o bienes singulares, las universalidades de hecho y las universalidades jurídicas. Haremos especial mención de la copropiedad hereditaria, y del patrimonio familiar. En los casos en que la herencia se abra, porque se declare la presunción de muerte de un ausente, trataremos también del patrimonio del mismo que será objeto de transmisión a título universal o a título particular.

En las líneas que siguen analizaremos sucesivamente cada uno de los objetos directos e indirectos a que hemos hecho referencia.

2.—*Derechos especiales que nacen con motivo de la muerte del autor de una sucesión.*—Aun cuando fundamentalmente en el derecho hereditario sólo se transmiten derechos y obligaciones a título universal y a título particular, pueden originarse, en la institución del legado, derechos reales o personales, según ya tuvimos oportunidad de precisar en el título segundo, al referirnos a los legatarios.



En el caso de que el legado origine derechos personales, los objetos directos del derecho hereditario, para esta hipótesis, serán respectivamente la prestación o la abstención, es decir, las formas de conducta que pueden consistir en un dar, en un hacer, o en un omitir. Los objetos indirectos serán las cosas materia de las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En las primeras necesariamente la conducta que consiste en dar tendrá que referirse a cosas, pues a su vez consistirán en transmitir el dominio, uso o goce de las mismas, en restituir bienes ajenos o en hacer pago de lo debido. En las obligaciones de hacer y de no hacer, puede haber referencia a las cosas que constituirán su objeto indirecto, o consistir en actos puros de conducta positiva o negativa, caso en el cual el legado sólo tendrá un objeto directo: la conducta que se desarrolla en la prestación o en la abstención y carecerá, por lo tanto, de objetos indirectos.

Si el legado origina derechos reales, aun cuando éstos necesariamente se refieren a las cosas o bienes, ya hemos explicado en el título segundo del tomo tercero de esta obra, que por tratarse de derechos subjetivos necesariamente habrán de consistir en formas de conducta jurídicamente regulada que se manifestarán en el conjunto de posibilidades normativas para usar, gozar o disponer de un bien corporal o incorporeal, así como para impedir que los terceros puedan interferir en ese uso, goce o disposición. Tanto los actos positivos que se refieren a la facultad de usar, gozar o disponer, como las facultades que consisten en impedir, se traducen siempre en formas de conducta jurídicamente regulada, confirmándose así la definición general que hemos sostenido para el derecho subjetivo en el sentido de ser una facultad que tiene por objeto una conducta jurídicamente regulada. A la tesis de Ihering que define al derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido, y a la de Windscheid que a su vez lo concibe como un poder o señorío de la voluntad, oponemos este nuevo concepto: *el derecho subjetivo como conducta jurídicamente regulada y protegida*. Esta conducta se manifiesta siempre en una posibilidad para interferir lícitamente en una esfera jurídica ajena (patrimonio, persona o conducta del sujeto pasivo) o para impedir una interferencia ilícita en la propia persona, conducta o patrimonio.

Tratándose de los legados que crean derechos reales, además del objeto directo ya indicado, tendremos siempre el objeto indirecto consistente en los bienes corporales o incorporales, sobre los cuales recaigan los derechos reales de aprovechamiento o garantía (para estos últimos, el Código Civil sólo permite constituir hipoteca por testamento, pues la prenda, la anticresis o los censos sólo pueden crearse por contrato).

## CAPITULO II

## EL DERECHO A LA HERENCIA

1.—*El derecho subjetivo de heredar.*—En materia hereditaria se constituye un nuevo derecho subjetivo que hemos denominado ya *jus delationis*, consistente en la facultad que otorga la ley a los herederos legítimos para exigir una porción hereditaria. Este derecho sólo existe en la sucesión intestada, pues justamente parte del supuesto de que por no haber dispuesto el de cujus de su patrimonio, la ley concede a ciertas personas (parientes, cónyuge supérstite, concubina o Estado) la facultad de exigir una porción hereditaria. En la sucesión testamentaria, es la voluntad del testador la que en todo caso crea el derecho en el heredero o en el legatario instituido y, por lo tanto, esta facultad queda comprendida en el caso general de un derecho creado por acto jurídico, como ocurre en los contratos, y en la declaración unilateral de voluntad. En cambio, en la sucesión legítima el derecho subjetivo de heredar depende exclusivamente de la calidad de pariente, cónyuge, concubina o Estado y de la ley que lo reconoce ante el supuesto de que el de cujus no haya hecho testamento o sólo haya dispuesto de parte de sus bienes. También nace este derecho en los casos de apertura de la sucesión legítima por alguna de las causas que ya precisamos en su oportunidad. Las anteriores conclusiones sólo valen en el régimen de libre testamentifacción, pues en los sistemas que admiten la institución de la "legítima", ya hemos explicado que siempre hay un derecho subjetivo de heredar respecto a la porción hereditaria que queda comprendida dentro de la legítima, quedando el autor de la herencia en libertad de disponer de la parte excedente. Desde la época romana el derecho subjetivo de heredar conocido como *jus delationis* sufrió interesante evolución.

El *jus delationis* se ejerce, desde el momento mismo de la muerte del autor de la sucesión, bien sea en forma judicial o extrajudicial, de manera expresa o tácita. Es un derecho que entra al patrimonio y que por virtud de la aceptación se convierte en irrevocable. Con anterioridad, puede perderse por prescripción. Es decir, por no reclamar la herencia, en el Código Civil vigente, dentro del plazo de diez años; en el anterior era de veinte.

Las consecuencias del ejercicio del *jus delationis* son las siguientes:

1ª—La herencia ha quedado reclamada.

2ª—No puede haber entonces prescripción del derecho de reclamarla.

3ª—Entran al patrimonio del heredero o del legatario en forma irrevocable los derechos referentes a la herencia o al legado.

4ª—Es un derecho patrimonial que está en el comercio y puede ser enajenado, y

5ª—Es un derecho transmisible por herencia, aun antes de la aceptación.

En el derecho romano el *jus delationis* sólo existió con la *aditio* es decir, con la aceptación expresa de la herencia. Antes de la aceptación, la herencia se denominaba *yacente* o *vacante*. El heredero no adquiría ni la propiedad ni la posesión de los bienes en el momento mismo de la muerte, sino hasta la aceptación o *aditio*. También, como consecuencia, se desprende que antes de la *aditio* no era un derecho patrimonial transferible por herencia, si moría el heredero antes de aceptar, no transmitía su derecho a sus propios herederos.

Pero se nota una evolución del derecho clásico romano al de la época de Justiniano. Una primera excepción existió con la transmisión llamada *teodosiana*; en ella se admite la posibilidad de que, cuando el heredero sea descendiente, si muere antes de aceptar la herencia, sus descendientes pueden ejercer el *jus delationis* o derecho de aceptar, que no fue ejercido por el heredero instituido. Por consiguiente, sólo se refiere a cierta clase de herederos y en favor de sus descendientes; pero ya tenemos la base que se habrá de desenvolver posteriormente con Justiniano y después en todo el derecho medieval hasta llegar al derecho moderno. Esa base fue permitir el carácter excepcionalmente patrimonial de ese derecho, transferible, además, por herencia, a fin de evitar la caducidad cuando moría el heredero sin aceptar.

La segunda excepción se reglamentó por Justiniano: si el heredero moría dentro del año siguiente a la fecha en que tuvo conocimiento de la herencia, sin haber aceptado, transmitía su derecho de aceptar a sus herederos en general, pero siempre y cuando éstos ejercieran el *jus delationis* dentro del plazo del año contado a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la herencia el heredero que no aceptó. Sólo se fija una limitación temporal, pero en principio se acepta que cualquier heredero y no sólo el descendiente pueda transmitir por herencia el *jus delationis* a todos sus herederos, y no sólo a sus descendientes. Así se llegó al principio que después será la base de los derechos positivos latinoeuropeos, pero sin limitación de tiempo. En el derecho francés, en el italiano, en el español y en nuestro derecho, se permite que el heredero que no acepta su herencia, transmita sus derechos de aceptar a sus propios herederos, sin limitación de tiempo, pero se fija un plazo de prescripción para re-

clamar la herencia. Ese plazo es de treinta años en los derechos francés e italiano.

Hemos llegado a organizar el *jus delationis* como un derecho que entra en el patrimonio del heredero o del legatario desde el momento mismo de la muerte del *de cuius*, y que a su vez es transmitible por herencia, sin limitación de tiempo, pero tanto para el heredero, como para sus herederos hay un plazo de prescripción que ya no afecta al *jus delationis* en su esencia misma, sino que se refiere a todo derecho patrimonial para ser ejercido. Por consiguiente, no es una limitación estatuida en cuanto a la transmisión hereditaria, como lo hizo Justiniano para que forzosamente se aceptara la herencia antes del año, sino que es un término de prescripción que opera tanto contra el heredero como en contra de sus herederos. Las disposiciones del Código Civil vigente, fundamentalmente idénticas a las del anterior, excepto en los plazos de prescripción, se encuentran en el capítulo de la aceptación y repudiación de la herencia, correspondientes a las disposiciones comunes para las testamentarias e intestadas. (Arts. 1653, 1656, 1657 y 1670).

Convicne en nuestra legislación precisar si puede ocurrir la prescripción del derecho a reclamar la herencia, cuando sólo hay aceptación tácita, o si es menester, para que no corra la prescripción, que haya una aceptación expresa, porque en el derecho italiano con el cual tenemos analogía en estos principios fundamentales, se admite por *Ruggiero*, que se necesita la aceptación expresa; presentando al efecto el caso del heredero que está en posesión de los bienes, pero que no reclama la herencia, y admite que puede prescribir ésta. En nuestro derecho no es posible aceptar esta conclusión por dos razones principales: 1ª Porque el Art. 1656 en relación con el 1670 estatuyen que toda aceptación (expresa o tácita), convierte en irrevocable el derecho del heredero; 2ª El plazo de prescripción puede correr pero no por haberse dejado de reclamar la herencia, sino por no estar ejerciendo los derechos de heredero. Es decir, debe distinguirse cuidadosamente entre la situación que se origina cuando el derecho del heredero caduca por no reclamarse la herencia en el transcurso de diez años, y la que se presenta para el heredero que habiendo reclamado la herencia pierde después la propiedad de los bienes, por abandono de su derecho hereditario ya nacido, y debido a una prescripción adquisitiva de tercero. Pero basta para que no prescriba el derecho de reclamar la herencia, la aceptación tácita, consistente en ostentarse como heredero, en ejecutar cualquier acto que presuponga el carácter de tal, por ejemplo: apersonarse en el juicio sucesorio, aun cuando no se manifieste que se acepta la herencia. También basta la aceptación tácita derivada de la posesión de los bienes, porque el Art. 1656 reconoce todas

estas formas; y la posesión que se disfruta a título de heredero supone dicha aceptación.

Por otra parte, nuestro derecho, al aceptar en los actos jurídicos, y particularmente en el contrato, el consentimiento tácito, se ha separado del concepto formalista romano, en el sentido de que la voluntad deba expresarse bajo ciertas formalidades, y también ha llevado a sus últimas consecuencias el consensualismo puro, para permitir que la voluntad en el acto jurídico, se manifieste expresa o tácitamente. Y en la manifestación expresa acepta la expresión por la palabra, la escritura o el lenguaje mímico; en la aceptación tácita admite cualquier hecho que revele la voluntad de adquirir la herencia. El heredero no necesita, por consiguiente, aceptar expresamente la herencia, para que se considere que la ha reclamado; los actos tácitos de aceptación lo son también de reclamación. Puede ocurrir que en una herencia, el heredero haya denunciado la sucesión, hecho algunas gestiones sin decir que acepta, y después que abandone el juicio durante más de diez años. En rigor ha reclamado la herencia y si ha estado en posesión de los bienes, ha aceptado la herencia por los actos procesales y materiales de la posesión; entonces la prescripción no ha podido comenzar a correr, o si comenzó a correr alguna, se interrumpió. Podrá perder la posesión hereditaria e incluso el dominio de los bienes, si al abandono de su derecho como heredero, se une la posesión en un tercero que con los requisitos legales origine la prescripción adquisitiva en él. Pero ésta es una situación que se presenta en todo caso de propiedad, cuando el propietario abandona la cosa y un tercero la adquiere por prescripción.

2.—*Características del jus delationis como derecho subjetivo.*—La facultad de heredar, como derecho subjetivo privado, constituye un derecho autónomo distinto del real y del personal. Por esto consideramos que la clasificación tradicional de los derechos subjetivos es incompleta, tanto de los derechos privados, como de los públicos subjetivos. Ya indicamos cuáles son los derechos subjetivos tanto públicos como privados, y por lo que se refiere a la naturaleza del derecho subjetivo de heredar, éste tiene un doble aspecto: como facultad que tiene el heredero legítimo, para que se le asigne su porción hereditaria, y como derecho de aceptar o de repudiar la herencia, que es de carácter patrimonial, transmisible a su vez hereditariamente. Consideramos que no tiene las características del personal, ni del real, porque en él no se adquiere simplemente la propiedad, sino también una parte alicuota del patrimonio, integrado por derechos reales y personales.

Como la herencia es la universalidad de los derechos reales y personales que no se extinguen con la muerte, resulta de aquí que la parte alícuota del heredero es una entidad distinta de los elementos reales o personales que la integran. De la misma suerte que el patrimonio como universalidad tiene una realidad distinta de la de sus elementos, sin ser un derecho real o personal.

*Conviene precisar la naturaleza del derecho de heredar como derecho subjetivo privado autónomo, para explicarnos el porqué de la prescripción de este derecho patrimonial.* En el Código de Procedimientos Civiles, indebidamente se ha dicho que la herencia confiere una acción real, y en el artículo 3º; al clasificar las acciones reales, se dice: que por virtud de las mismas, se reclaman la herencia, y los derechos reales en particular. El legislador, siguiendo un criterio pragmático ha optado, ante el problema de la naturaleza autónoma del derecho de heredar, clasificándolo como real, porque se ha dejado guiar por la idea de que principalmente el heredero se convierte en propietario de los bienes de la herencia cuando es único, o en copropietario, cuando existen diversos herederos; que como en el momento de la muerte se transmite la propiedad, el dominio confiere acción real y, por consiguiente, la herencia concede primordialmente una acción real al heredero. Pero la herencia también transmite derechos personales o de crédito; en el activo del difunto, además del derecho de propiedad que constituye la parte principal o conjunto de bienes, existen desde luego otros derechos reales, servidumbre, hipoteca, prenda, anticresis; y también todos los derechos personales que forman parte principal del mismo. La transmisión que a título universal se hace a favor del heredero de todo el patrimonio o de parte alícuota, no es transferencia única del derecho de propiedad, y no hay razón para que prevalezca la naturaleza real del derecho de propiedad, sobre la del derecho subjetivo de heredar que implica una universalidad. Desde el punto de vista práctico, como el Código Procesal vigente sigue todavía la doctrina tradicional (que piensa que las acciones sólo son la forma de ejercitar los derechos subjetivos, y que la acción no tiene autonomía, sino que es el derecho en movimiento), esto hubo de motivar la clasificación en acciones reales y personales, optando por incluir la herencia en las acciones reales.

Castán Tobeñas, ob. cit., t. IV, págs. 155 a 156.

Sin embargo, si se acepta la tesis sostenida por los procesalistas modernos de que la acción es un derecho autónomo, y de que hay un nuevo derecho subjetivo, llamado derecho de heredar, podemos considerar que la acción de reclamación de herencia es también acción autónoma, que

participará en algunos casos de las características de la real y en otros de la personal. Para comprobarlo, basta pensar que el heredero por virtud de la reclamación de herencia, no va a exigir una cosa determinada, ni va a reclamar el dominio de ciertos bienes, sino que exigirá su derecho para que se le transfiera un patrimonio o parte alicuota del mismo; a su vez, estando ya en ejercicio de ese derecho, puede ser titular de acciones reales, cuando ejercite la reivindicatoria, o la relativa a bienes determinados, o puede ser titular de derechos personales.

Todo esto tiene interés para determinar si es o no prescriptible en estricto derecho la facultad de heredar. El problema se plantea en los siguientes términos: el heredero en tanto que es propietario de bienes, tiene un derecho de propiedad imprescriptible; pero en tanto que es titular de derechos reales distintos de la propiedad, y de derechos personales, tiene facultades prescriptibles. Es decir, en el heredero encontramos facultades imprescriptibles y prescriptibles. Como la propiedad se le transmite al heredero en el momento de la muerte, en su carácter de propietario tiene un derecho imprescriptible. Cuando se dice que la propiedad es imprescriptible, se afirma sólo que por el abandono o no ejercicio del derecho no se extingue la propiedad, y que ésta es una característica exclusiva de ese derecho, porque todos los reales distintos del dominio y los personajes prescriben, es decir, se extinguen por el no ejercicio de los mismos. Sólo la propiedad es un derecho que a pesar de su no ejercicio, no se extingue. Esto no supone la hipótesis distinta de que un tercero venga a poseer la cosa abandonada y pretenda adquirirla por prescripción positiva. No tenemos que complicar la hipótesis de la prescripción positiva con la de la negativa.

El heredero como propietario debería tener un derecho imprescriptible; desde el momento de la muerte del autor de la herencia adquiere la propiedad o la copropiedad; en consecuencia, es un derecho que no debería perder. Pero el heredero es titular de derechos de servidumbre, hipoteca, prenda, o de derechos de crédito, y si no ejercita estas facultades, las pierde por prescripción. Si simplemente se aceptara la naturaleza mixta de este derecho, clasificándolo en ocasiones como real y en otras como personal, según fuese el derecho que dejara de ejercitarse, habría que distinguir y decir que los derechos de propiedad son imprescriptibles, y los personales y reales distintos de la propiedad, son prescriptibles.

Las razones que se han tenido para optar por la prescripción han sido más bien desde otro punto de vista. Se ha considerado que el que no ejercita su derecho, equivale a la no aceptación tácita en el momento de la muerte y que no ha quedado desmentida por una repudiación ex-

presa, es también presumible que si el heredero deja de ejercitar sus derechos, tácitamente ha repudiado la herencia. Por esto, los códigos declaran que prescribe el derecho de reclamar la herencia.

Por otra parte, en la herencia pueden no existir bienes que formen el activo, simplemente pueden existir créditos, y desde este punto de vista se diría: el heredero es un sucesor de los créditos del difunto, ya que en el acervo hereditario no hay derechos reales. También podría suceder que en el acervo hereditario existan bienes y no créditos, y entonces habría que reputar al heredero como causahabiente del derecho de propiedad. Distingos que vendrían a constituir un sistema anticientífico; por eso vuelve a prevalecer la idea de que la entidad patrimonial, constituida por cualquier clase de bienes, no sigue la naturaleza especial de sus distintos elementos, sino que la esencia de la universalidad llamada patrimonio es independiente de que esté constituida por derechos reales o personales. *Importará tan sólo determinar que el heredero tiene derecho a un patrimonio o parte alícuota del mismo.*

Por todas estas razones podemos concluir que es fundada la disposición que en los distintos derechos positivos admite la prescripción del derecho para reclamar la herencia.

### C A P I T U L O   I I I

#### OTRAS CONSECUENCIAS DEL DERECHO HEREDITARIO

1.—*Obligaciones que se originan por virtud de la herencia.*—Como fundamentalmente la herencia implica la transmisión a título universal o a título particular, no existe en términos generales la posibilidad jurídica de crear obligaciones a cargo del heredero o del legatario. Sin embargo, en la institución del legado sí pueden constituirse derechos reales o personales y por lo tanto, necesariamente habrán de nacer a cargo de un sujeto pasivo las obligaciones correlativas. Estas obligaciones serán reales o personales y se establecen a cargo del heredero responsable del legado, de la sucesión cuando afecten a toda la herencia, o de un legatario determinado, si el testador a su vez le impuso una carga o una deuda en favor de otro legatario.

En la sucesión legítima como los herederos reciben a beneficio de inventario, no existe posibilidad de que en el caso de insolvencia de la herencia, se afecte con una deuda el patrimonio personal del heredero. Ya hemos explicado que este efecto sólo puede ocurrir en aquellos regí-



menes en los cuales es necesario invocar el beneficio de inventario, de tal manera que si no se invoca, el heredero sí responderá con su patrimonio personal. En nuestro derecho, como el beneficio funciona ipso jure, sólo cabe la posibilidad de que el heredero por un acto jurídico unilateral de voluntad, acepte responder de las deudas hereditarias aun cuando el activo sea insuficiente, es decir, renuncie al citado beneficio; pero en este caso, las obligaciones que nazcan a su cargo, afectando su patrimonio personal, tienen su fuente no en la herencia misma, sino en la declaración unilateral de voluntad del heredero, que al renunciar el beneficio de inventario, quiso obligarse personalmente por las deudas del de cujus.

En la sucesión testamentaria, el heredero puede también renunciar el beneficio y resultar obligado por una declaración unilateral de su voluntad.

2.—*Del patrimonio hereditario.*—El patrimonio que constituye la masa de la herencia es una universalidad jurídica integrada por los derechos y obligaciones del difunto, apreciables en dinero, que no se extinguen con la muerte. Ya al tratar en el título IV, de las consecuencias jurídicas del derecho hereditario, indicamos cuáles son los derechos reales y personales que se transmiten a los herederos o legatarios en su caso y cuáles son aquellos que se extinguen con la muerte de su titular. En consecuencia, partiendo de ese análisis podemos afirmar que el patrimonio hereditario constituye una universalidad jurídica de menor alcance que el patrimonio ordinario, pero para los efectos del derecho, aun cuando se extingan ciertas facultades y obligaciones, esa universalidad que a su vez constituye el patrimonio hereditario, como entidad con vida independiente de sus elementos, pasa a los herederos, quienes por este motivo se reputan como causahabientes a título universal. También puede reducirse el activo hereditario a base de legados. No obstante ello, aun cuando hubiese una disminución sensible, la universalidad jurídica como tal pasa al heredero o herederos instituidos. Sólo cuando toda la masa hereditaria se distribuye en legados, podría considerarse que el activo se pierde. Ahora bien, en esta hipótesis, ya hemos dicho que la ley dispone que los legatarios serán considerados como herederos y, por lo tanto, el activo y pasivo pasarán, a beneficio de inventario a los citados sujetos.

La responsabilidad proporcional en las deudas de la sucesión, sobre los citados legatarios permite la unidad de la herencia como una universalidad.

Habiendo ya explicado en el capítulo I, del tomo tercero de esta obra, los conceptos de universalidad jurídica y universalidad de hecho, así como los postulados de la doctrina del patrimonio-personalidad y del patrimonio-afectación, sólo nos concretaremos ahora a reproducir esas no-

ciones y, principalmente, su aplicación al caso de la herencia, pues ya hemos visto que por el beneficio de inventario, se produce la separación de patrimonios, de tal manera que el heredero en realidad tiene dos patrimonios: el personal y el que recibe por herencia.

Eugene Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, traduc. Manuel Rodríguez Carrasco, págs. 518 a 519.

3.—*De la copropiedad hereditaria.*—De acuerdo con las ideas que hemos expuesto en el título segundo de este tomo, relativamente a determinar si la sucesión es persona jurídica, podemos con apoyo en la conclusión a que entonces llegamos, sostener que la herencia misma constituye una copropiedad entre los herederos, sin que por lo tanto pueda personalificársele para crear un nuevo sujeto en el derecho hereditario.

La copropiedad que constituye la herencia, por recaer sobre una universalidad jurídica integrada por activo y pasivo, se distingue de la copropiedad ordinaria que se refiere a bienes determinados. Sin embargo, tal modalidad no afecta la esencia misma de la institución, de tal manera que es posible aplicar el régimen jurídico de la copropiedad al caso de la herencia, considerando que las partes alícuotas de los herederos están a su vez integradas por activo y pasivo y protegidas, en nuestro derecho, por el beneficio de inventario. En la copropiedad ordinaria, siempre la parte alícuota representa un valor positivo, en tanto que en la copropiedad hereditaria puede ser positivo, neutro o negativo, según que el activo sea superior, igual o inferior al pasivo de la herencia.

La copropiedad hereditaria también se caracteriza por tener un órgano de representación, como es el albacea, según ya hemos explicado, vinculándose en él todos los intereses de la herencia, de tal manera que su función representativa no sólo se limita a los herederos, sino que comprende todos los sujetos e intereses del derecho hereditario.

Messineo, t. VII, págs. 363, 364, 365 y 366.

Los artículos 1288 y 1289 reconocen expresamente la existencia de la copropiedad hereditaria, pues el primero declara que a la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras no se hace la división. Es decir, se acepta que la masa de la herencia es un patrimonio que pertenece en común a los herederos y justamente sus derechos se hacen consistir en ser copartícipes de esa universalidad jurídica. Por este motivo el artículo 1289 estatuye que cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria; pero no puede enajenar las cosas que forman la su-

cesión. Se trata de la misma norma que en la copropiedad ordinaria prohíbe a los copartícipes enajenar la cosa común si no existe un consentimiento unánime para ese efecto, o bien, para constituir derechos reales sobre la misma o en general ejecutar actos de dominio.

El artículo 1292 reconoce el derecho del tanto de los herederos, cuando alguno pretenda vender a un extraño su derecho hereditario (parte alícuota), pues deberá notificar a sus coherederos por medio de un notario, judicialmente o por medio de dos testigos, las bases o condiciones en que se haya concertado la venta, a fin de que aquellos puedan hacer uso del derecho del tanto, dentro del término de ocho días. Si la venta se hace omitiéndose la notificación prescrita en el citado precepto será nula. Igual disposición existe para la copropiedad ordinaria en el artículo 973, con la única modificación de que este precepto en su parte final dispone que mientras no se haga la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno, lo que ha motivado que se discuta si se trata de una nulidad absoluta o relativa, o de una inoponibilidad. No obstante que el artículo 1292 estatuye que será nula la venta que lleve a cabo un heredero violando el derecho del tanto que asiste a sus coherederos, consideramos que en realidad establece una inoponibilidad. Es decir, en ambas situaciones la venta no será oponible al heredero o copartícipe preteridos, debiendo negarse el Registro Público de la Propiedad, cuando se trate de inmuebles, a inscribirlas. Asimismo los tribunales y demás autoridades deberán negar todo efecto a las citadas enajenaciones, pero si una controversia se promueve, dado que el adquirente generalmente se encontrará en posesión de la parte alícuota respectiva, o habrá pagado ya el precio de la misma, será necesario tramitar el juicio correspondiente y que se decida por sentencia que por ser inoponible la venta al heredero o copartícipe excluidos y cuyo derecho del tanto se violó, tendrán derecho en todo tiempo para adquirir la parte alícuota que indebidamente fue enajenada a un extraño. Será por consiguiente el heredero o copropietario interesados los que ante la resistencia del partícipe que violó el derecho del tanto, para enajenarles en las mismas condiciones, intentarán la acción correspondiente y el juez, una vez dictada la sentencia, deberá firmar en el caso de rebeldía del condenado, la escritura pública o privada de venta, sirviendo como precio el mismo que se estipuló con el tercero. Los derechos de éste deberán quedar a salvo para que exija la restitución del valor que hubiere pagado. En la hipótesis de que el mismo heredero o copropietario que hubieren violado el derecho del tanto, se allanaren (por la ineficacia total de la venta hecha), a otorgar la enajenación en favor del copartícipe interesado, prescindiendo totalmente de la venta anterior, deberá considerarse que por ser ésta totalmente in-

eficaz, la nueva operación será la única que legalmente pueda surtir efectos. Precisamente las consecuencias de la inoponibilidad se advierten con claridad en este caso, ya que no sólo entre las partes y en las relaciones con los particulares, sino también respecto a los órganos del Estado, no deberá surtir efectos la venta que se hizo con violación del derecho del tanto. Exactamente igual que cuando se declara inoponible con relación a un tercero, el acto, contrato, título o documento que debiendo registrarse no quedó inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Así como no es menester un juicio que declare previamente la inoponibilidad en esta hipótesis, debe decirse lo mismo para el caso de violación del derecho del tanto, a efecto de respetar íntegramente la venta que hiciera el copartícipe con otro de los copropietarios o coherederos, no obstante la enajenación que con anterioridad hubiese hecho en favor de un extraño; pero sólo para los efectos de que se le prive a éste de la posesión o se logre declarar ineficaz el registro de la venta que indebidamente se hubiere hecho, será necesario el juicio y la declaración judicial respectiva. Lo mismo debe decirse cuando el partícipe que violó el tanto se negare a dar la preferencia al copropietario o coherederos interesados.

4.—*Del patrimonio familiar.*—Ya al tratar en el capítulo relativo a las consecuencias del derecho hereditario, nos referimos al caso especial de la transmisión del patrimonio familiar por causa de muerte del constituyente del mismo. Ahora sólo agregaremos que contemplado ese patrimonio desde el punto de vista de los objetos del derecho hereditario, en tanto que es una universalidad jurídica integrada por derechos y obligaciones, constituirá un conjunto de formas de conducta que se manifiestan respectivamente en las distintas facultades y en los deberes correlativos. Ahora bien, si esto cabe decir respecto de el universum jus del difunto, para el caso especial del patrimonio familiar, que sólo puede quedar constituido por la casa habitación o la parcela cultivable, deberemos considerar que en realidad más que un patrimonio como universalidad jurídica, sólo consiste en el derecho de propiedad sobre un inmueble, que como tal pasa a los herederos del que lo constituyó.

# TITULO VI

## DE LAS RELACIONES JURIDICAS DEL DERECHO HEREDITARIO

### CAPITULO I

#### IDEAS GENERALES

1.—*Programa de estudio.*—El programa que observaremos en el estudio de las relaciones jurídicas del derecho hereditario, consistirá en tomar como base o punto de referencia a los principales sujetos de ese derecho (herederos, legatarios, acreedores hereditarios y albaceas) para vincularlos entre sí y con cada uno de los demás sujetos.

De esta suerte estudiaremos las relaciones jurídicas de los herederos entre sí, que son la base del sistema; de los herederos con los legatarios; de los herederos con los acreedores de la herencia; de los herederos con el o los albaceas; de los herederos con el interventor de la herencia y, finalmente, de los herederos con los deudores hereditarios.

Por lo que se refiere a los legatarios a su vez determinaremos las relaciones jurídicas existentes entre ellos y las que se constituyen respectivamente entre legatarios y acreedores de la herencia, albaceas, interventor y deudores hereditarios.

Tomando como punto de referencia a los albaceas, a su vez analizaremos las relaciones jurídicas que se crean entre los mismos y las que se originan con los acreedores y deudores de la herencia, así como con el interventor. Las otras relaciones jurídicas entre albacea y herederos y entre albacea y legatarios, ya quedaron comprendidas en los dos casos que anteceden.

Relacionaremos asimismo a los acreedores de la herencia entre sí y con el o los interventores y los deudores hereditarios.

Por último, trataremos de las relaciones de los interventores de la herencia, quedando comprendidas de esta manera todas las posibles vincu-

laciones que lógicamente pueden darse entre los distintos sujetos del derecho hereditario.

2.—*Complejidad del derecho hereditario.*—La enumeración de las diversas relaciones del derecho hereditario, demuestra evidentemente por sí sola su extrema complejidad, al grado de que podría presentarse una relación jurídica en la que intervinieran bien sea con intereses concurrentes o en conflicto: los herederos, los legatarios, los acreedores de la herencia, el o los albaceas y el o los interventores. No será, por lo tanto, exagerado afirmar que estamos en presencia de una de las ramas del derecho que presenta el mayor número de problemas o de situaciones jurídicas complejas.

## C A P I T U L O   I I

### DIVERSAS RELACIONES JURÍDICAS QUE ORIGINA LA HERENCIA

1.—*Relaciones de los herederos entre sí.*—Ya hemos indicado que la herencia constituye una copropiedad y, por lo tanto, los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que la ley crea entre los copropietarios, tanto respecto a la universalidad jurídica considerada como entidad, como en lo que atañe a las partes alícuotas que tienen los distintos herederos en esa universalidad. Así como en la copropiedad ordinaria se distinguen los derechos de los copartícipes sobre la cosa individualmente considerada y sobre sus respectivas partes alícuotas, determinando los actos jurídicos de dominio y de administración que válidamente se pueden ejecutar, así también debemos distinguir las relaciones jurídicas de los herederos frente a la masa hereditaria y respecto a la porción de cada uno de ellos. En principio, se aplican, según hemos dicho, las normas generales que regulan la copropiedad. Es así como el Código Civil contiene sobre esta materia los siguientes principios:

a) A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común, mientras que no se hace la división. (Art. 1288). Este precepto consagra claramente la copropiedad hereditaria.

b) Cada heredero puede disponer del derecho que tiene en la masa hereditaria, pero no puede disponer de las cosas que forman la sucesión. (Art. 1289). Lo que equivale a decir que los herederos, como los copropietarios, no pueden ejecutar actos de dominio sobre la universalidad o cosa objeto de indivisión, sin el consentimiento de todos los copartícipes;

pero sí pueden disponer sobre sus respectivas partes alícuotas, respetando el derecho del tanto de los demás interesados.

c) Para la venta de los derechos que tenga cada heredero, es decir, de su parte alícuota, se respetará el derecho del tanto que también se reconoce en la copropiedad ordinaria. (Arts. 973 y 1292). A este efecto son aplicables los artículos 1292 a 1294.

d) La partición de la copropiedad hereditaria se rige por reglas propias, tomando en cuenta que existe la necesidad de liquidar la herencia y, por lo tanto, la aplicación del activo para cubrir el pasivo, a efecto de definir si hay un haber o déficit hereditario. En el primer caso, se procederá a la división del haber líquido entre los herederos. (Arts. 1767 a 1787).

e) La partición hereditaria no puede hacerse sino hasta que queden aprobados el inventario-avalúo y la cuenta de administración del albacea. (Art. 1767)

f) Ningún heredero puede estar obligado a permanecer en la indivisión, así como ningún copropietario puede quedar obligado en esos términos. (Arts. 939 y 1768).

g) La partición hereditaria se rige en principio por las disposiciones del testador. (Art. 1771).

h) Entre los herederos existe la obligación de abonarse recíprocamente las rentas y frutos que cada uno hubiere recibido de los bienes hereditarios, así como pagarse los gastos útiles y necesarios que hubieren hecho. También existe la obligación de indemnizarse entre sí por los daños causados a los bienes de la herencia, en los casos de malicia o negligencia. (Art. 1773).

i) La partición hereditaria es un acto jurídico formal que debe constar en escritura pública siempre que en la herencia haya bienes cuya enajenación deba hacerse con esa formalidad. Es decir, por regla general, cuando existen inmuebles cuyo valor exceda de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo, de conformidad con el artículo 2320 del Código Civil para el D.F. vigente, con la salvedad de lo preceptuado por el artículo 2317 del propio ordenamiento.

j) En cuanto a los efectos de la partición hereditaria nos remitimos al estudio que hemos hecho sobre el particular.

k) Entre los coherederos existe la obligación de saneamiento para el caso de evicción, o sea, si uno de ellos fuere privado posteriormente a la partición de la parte que se le aplicó, o de algunos bienes, los demás responderán en proporción a sus cuotas y tendrán la obligación de constituir hipoteca necesaria en los términos del artículo 2935- fracción I.

2.—*Relaciones de los herederos con los legatarios.*—Dos son las relaciones principales que pueden existir entre herederos y legatarios: la primera se constituye cuando el legado es a cargo de un heredero o de la masa hereditaria, pues en esta hipótesis el legatario es acreedor si se trata de legados que no sean translativos de dominio o constitutivos de gravamen, y el heredero o herederos serán deudores. La segunda relación se presenta para el caso de responsabilidad subsidiaria de los legatarios cuando los bienes dejados a los herederos no alcancen para pagar las deudas del de cuius. Propiamente aquí la relación directa es entre legatarios y acreedores, pero hay una relación indirecta con los herederos, quienes están jurídicamente interesados en exigir que funcione aquella responsabilidad subsidiaria.

La primera relación es, por consiguiente, la que nos interesa, y al efecto debemos distinguir tres tipos de legados: *de crédito, de gravamen y de dominio*. En los legados de crédito (que son aquellos que se constituyen cuando el objeto de los mismos consiste en servicios o en cosas que no están individualmente determinadas), el legatario es un verdadero acreedor. En consecuencia, se aplica a esta clase de relaciones todas las normas que regulan la relación jurídica de crédito. Tratándose de legados de gravamen, se configura entre el legatario titular del mismo y el heredero responsable, una relación real o *propter rem*, a cuyo efecto aplicaremos el sistema que explicamos en el tomo tercero de esta obra para esa clase de vínculos jurídicos. Por último, para los legados de dominio, el legatario se convierte en dueño de la cosa y el heredero responsable es un simple depositario de la misma con obligación de custodiarla, conservarla y entregarla. Al efecto, se aplica todo el régimen jurídico relativo a las obligaciones de dar translativas de dominio.

3.—*Relaciones de los herederos con los acreedores de la herencia.*—Siendo los herederos causahabientes a título universal del patrimonio sucesorio, a beneficio de inventario, se convierten en deudores de los acreedores del difunto, pero hasta el límite en que lo permita el activo de la herencia.

En el derecho italiano y en general en todos aquellos sistemas en los que no opera de pleno derecho el beneficio de inventario, los acreedores personales del heredero pueden concurrir con los acreedores hereditarios, para ejecutar en los bienes de la herencia, lo cual se impide cuando se invoca el beneficio de inventario.



En consecuencia, los acreedores tendrán derecho de exigir a los herederos representados por el albacea, el pago total de sus créditos, si el activo es superior al pasivo de la herencia, o la parte proporcional correspondiente en el caso contrario. Por virtud de la unidad de la herencia como patrimonio en liquidación, y como consecuencia también de la unificación que imprime el albacea al conjunto de intereses vinculados, no se opera una división en los créditos a efecto de que cada acreedor exija a cada heredero la parte proporcional correspondiente. Al efecto ya estudiamos este punto al tratar de la liquidación de la herencia. Los artículos 1753 a 1766 contienen las reglas principales y de acuerdo con los mismos, una vez concluido y aprobado judicialmente el inventario, el albacea, como representante de los herederos, procederá a liquidar las deudas de la herencia, pagando en primer término las deudas mortuorias si no lo estuvieren ya, pues pueden liquidarse antes de la formación del inventario; en segundo lugar, se cubrirán los gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimenticios, que también pueden ser pagados antes de la formación del inventario. En tercer término, se cubrirán las deudas hereditarias que fueren exigibles, es decir, las contraídas por el de cujus independientemente de su testamento. Para el caso de concurso, bien sea de la sucesión, o del autor de la misma, declarado antes de su muerte, el albacea pagará conforme a la sentencia de graduación de acreedores. Cuando no haya concurso, los acreedores serán pagados en el orden en que se presenten; pero si entre los no presentados hubiere algunos preferentes, se exigirá a los que fueren pagados la caución de acreedor de mejor derecho.

Messineo, t. VII, págs. 286 y 287.

Los acreedores hereditarios son, como hemos dicho, los sujetos privilegiados en el régimen sucesorio y, por lo tanto, estatuye el artículo 1763, que el albacea, concluido el inventario, no podrá pagar los legados, sin haber cubierto o asignado bienes bastantes para pagar las deudas, conservando en los respectivos bienes los gravámenes especiales que tengan.

Petit, ob. cit., págs. 566 a 567.

Asimismo, a ningún heredero se le pueden aplicar bienes sin que previamente se hubiere pagado a los acreedores. Para el caso de que algunos acreedores se presenten después de entregados los legados, solamente tendrán acción contra los legatarios cuando en la herencia no hubiere bienes bastantes para cubrir sus créditos. Este principio es consecuencia

caso de responsabilidad subsidiaria de los legatarios, o bien, para la hipótesis de que toda la herencia se distribuya en legados. En ambas situaciones los legatarios responderán frente a los acreedores de la herencia a beneficio de inventario y en proporción a la cuantía de sus legados.

9.—*Relaciones entre los legatarios y el albacea.*—El albacea, como órgano representativo de la herencia y, además, como ejecutor de las disposiciones testamentarias, mantiene relaciones jurídicas con los legatarios, para el efecto de no permitir la substracción de los legados, sino hasta que hayan sido liquidadas las deudas de la herencia, o garantizados los distintos créditos a cargo de la misma. Cumplidos estos requisitos, el albacea deberá hacer entrega a los legatarios de los bienes o cosas objeto del legado. Si el activo hereditario no fuere suficiente para cubrir el pasivo, el albacea no deberá hacer dicha entrega. En la hipótesis contraria, podrá entregar los legados, antes de pagar a los acreedores, pero exigiendo que los legatarios garanticen en todo caso su posible responsabilidad subsidiaria con los herederos.

Cuando los legados son a cargo de la herencia, el albacea, como representante de la misma, puede asumir distintos papeles, según se trate de legados de dominio, de gravamen o de crédito. En los legados de dominio, cumplidos los requisitos antes indicados, el albacea es un simple depositario de los bienes, cuya propiedad se transmite a los legatarios en el momento mismo de la muerte del autor de la sucesión. Por consiguiente, el albacea deberá conservar, custodiar y entregar en su caso los bienes objeto del legado. En los legados de gravamen a cargo de la herencia, el albacea deberá cumplir con la disposición del testador a efecto de que los bienes pasen con la carga real correspondiente a los herederos. Por ejemplo, cuando se constituyen en el testamento los legados de usufructo, uso, habitación, servidumbres o hipoteca. En esta hipótesis, el testador debe determinar los bienes que resultarán afectados con estos derechos reales y, por lo tanto, el albacea simplemente se concretará a velar por el estricto cumplimiento de la disposición testamentaria. En los legados de crédito a cargo de la herencia, el albacea como representante de los herederos debe cumplir las prestaciones de hacer objeto del legado, y hacer entrega de los bienes indeterminados, pero susceptibles de determinarse, una vez que se haya hecho la elección de los mismos y se hayan garantizado los créditos a cargo de la herencia.

10.—*Relaciones de los legatarios con el interventor de la herencia.*—Sólo en el caso de que toda la herencia se distribuya en legados, podrá originarse una relación indirecta entre el interventor y los legatarios, pues

al considerarse a éstos como herederos, procederán a la designación de albacea por mayoría de porciones. Los legatarios inconformes tendrán entonces derecho a designar un interventor, exactamente como ocurre para el caso de los herederos en la misma hipótesis que se estudia. En este sentido dispone el artículo 1690 que: "*Cuando toda la herencia se distribuya en legados, los legatarios nombrarán el albacea*". Ahora bien, como en esta hipótesis los legatarios serán considerados como herederos, según dispone el artículo 1286, se les debe reconocer la misma facultad que consagra el artículo 1728, o sea, que los legatarios inconformes con el nombramiento de albacea hecho por la mayoría, tendrán derecho a designar un interventor que vigile a éste. Para el caso de que la minoría inconforme la formen varios legatarios, el nombramiento de interventor se hará por mayoría de votos, y si ésta no se obtuviere, el juez hará la designación, eligiendo al interventor de entre las personas propuestas por los legatarios de la minoría.

11.—*Relaciones de los legatarios con los deudores de la herencia.*—

Estas relaciones pueden presentarse en dos casos: a) Cuando el testador deja al legatario un crédito, y b) Cuando toda la herencia se distribuye en legados. En el primer supuesto el legatario se convierte en acreedor del crédito que se le hubiese legado y, por lo tanto, el deudor deberá pagar directamente a él. La intervención del albacea sólo debe existir para el caso de que haya temor de insolvencia de la sucesión, pues entonces el legatario no tendrá derecho a recibir el pago, sin que previamente garantice su responsabilidad subsidiaria con los herederos. En el segundo caso, como todos los legatarios se consideran herederos, propiamente ellos son los acreedores, pues el activo de la sucesión, integrado en parte por los créditos de la misma, pasa íntegro a los citados legatarios, quienes tendrán la facultad de exigir el pago de aquellos créditos que les hubiere transmitido el testador. Nuevamente aquí la intervención del albacea se hace necesaria para recibir los pagos en nombre de los legatarios, a efecto de garantizar a los acreedores de la herencia. Una vez que se liquide a estos acreedores o se garanticen sus derechos, podrán los legatarios de los distintos créditos recibir los pagos correspondientes.

12.—*Relaciones de los albaceas entre sí.*—Ya hemos dicho que pueden existir distintos albaceas mancomunados o sucesivos, universales o particulares, presentándose en estos casos distinta relaciones jurídicas. Los albaceas mancomunados, conforme al artículo 1692, deben ejercer el albaceazgo de común acuerdo y, por lo tanto, sólo valdrá lo que hagan todos en consuno; lo que hiciera uno de ellos legalmente autorizado por

los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número. Si no hubiera mayoría decidirá el juez (Art. 1693). Sólo en el caso de suma urgencia, puede uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás. (Art. 1694).

Cuando los albaceas son sucesivos, prescribe el artículo 1692, que el albaceazgo será ejercido por cada uno de ellos, en el orden en que hubiesen sido designados.

Pueden existir relaciones entre el albacea universal y los ejecutores especiales. El artículo 1701 dispone que:

“El albacea general está obligado a entregar al ejecutor especial las cantidades o cosas necesarias para que cumpla la parte del testamento que estuviere a su cargo”.

Generalmente los ejecutores especiales tienen por objeto cumplir con los legados que hubiere asignado el testador y desde este punto de vista se constituye un nuevo tipo de relación jurídica entre el albacea general y el especial, según los términos del artículo 1702 que dice así:

“Si el cumplimiento del legado dependiere de plazo o de alguna condición suspensiva, podrá el ejecutor general resistir la entrega de la cosa o cantidad, dando fianza a satisfacción del legatario o del ejecutor especial, de que la entrega se hará en su debido tiempo”.

Finalmente, el ejecutor especial tiene también por misión exigir a nombre del legatario la constitución de las hipotecas necesarias que deben otorgar los herederos en los términos del artículo 2935 fracción IV, para garantizar a los legatarios el importe de sus legados, si no hubiere hipoteca especial designada por el mismo testador.

13.—*Relaciones de los albaceas con los acreedores de la herencia.*— Desde este punto de vista los acreedores hereditarios están facultados para exigir directamente al albacea que tome todas las providencias necesarias para la garantía y pago de sus créditos. A su vez, el albacea en nombre de los herederos y legatarios en su caso, deberá pagar en primer término las deudas mortuorias y los gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia, así como los créditos alimenticios, pudiendo hacer estos pagos antes de la formación del inventario. Las demás deudas de la herencia no podrán pagarse sino hasta que quede concluido el inventario. (Art. 1753). Al efecto el albacea pagará a los acreedores en el orden en que se presenten, siendo ya exigibles sus créditos; pero

si entre los no presentados hubiere algunos preferentes, se exigirá a los que fueren pagados la caución de acreedor de mejor derecho. Si hubiere algún concurso, bien sea de la sucesión o del autor de la herencia, declarado con anterioridad a su muerte, el albacea deberá pagar conforme a la sentencia de graduación de acreedores. Para la debida garantía de los distintos créditos a cargo de la herencia, el albacea no podrá pagar los legados, sin haber cubierto o asignado bienes bastantes para pagar dichos créditos. (Art. 1763). Puede ocurrir que se presenten algunos acreedores después de que hayan sido pagados los legados; en este caso tendrán acción contra los legatarios cuando en la herencia no hubiere bienes bastantes para cubrir sus créditos. (Art. 1764).

14.—*Relaciones de los albaceas y los deudores de la herencia.*—Ya hemos dicho que el albacea, en representación de la sucesión, debe proceder al cobro de los créditos existentes a favor de la herencia. El artículo 1705 expresamente dispone que el albacea debe deducir todas las acciones que pertenezcan a la herencia y el artículo 1706 enumera las obligaciones del albacea general, comprendiendo la administración de los bienes, la liquidación de cuentas del albaceazgo y en general las demás que imponga la ley, entre las que deben comprenderse el cobro de los créditos en forma extrajudicial.

15.—*Relaciones de los acreedores hereditarios entre sí.*—De acuerdo con las reglas que hemos expuesto, los acreedores hereditarios pueden ser comunes o preferentes; asimismo, puede darse el caso de concurso de la sucesión o del de cujus antes de su muerte. Según el artículo 1762, los acreedores, cuando no hay concurso, serán pagados en el orden que se presenten. Si hubiere algunos acreedores preferentes, primero se cubrirán sus créditos. En la hipótesis de que no se presentaren a exigir el pago de los mismos, de todas maneras el albacea deberá exigir a los acreedores ordinarios que fueren pagados, la caución de acreedor de mejor derecho. Para el caso de concurso, bien sea de la sucesión o del autor de la misma, el albacea pagará de acuerdo con la sentencia de graduación de acreedores, que a su vez deberá tomar en cuenta las siguientes categorías:

1<sup>ª</sup>—*Acreedores privilegiados* (créditos fiscales, hipotecarios, pignoratícios, créditos por el último año de sueldos a los trabajadores, por indemnizaciones y crédito de alimentos de la viuda y de sus hijos menores de edad).

2<sup>ª</sup>—*Créditos preferentes sobre determinados bienes* que enumera el artículo 2993.

3<sup>o</sup>—*Acreeedores de primera clase* de acuerdo con el artículo 2994.

4<sup>o</sup>—*Acreeedores de segunda clase* de acuerdo con el artículo 2995.

5<sup>o</sup>—*Acreeedores de tercera clase* en los términos del artículo 2996.

6<sup>o</sup>—*Acreeedores de cuarta clase* que enumera el artículo 2997.

7<sup>o</sup>—*Finalmente acreedores de quinta clase* según el artículo 2998.

16.—*Relaciones de los acreedores de la herencia con el o los interventores.*—Como el interventor de la herencia tiene por objeto vigilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea, los acreedores están facultados para ocurrir al interventor a efecto de que el albacea cumpla con las distintas obligaciones que ya hemos analizado y que la ley impone en beneficio de los acreedores hereditarios.

17.—*Relaciones de los acreedores hereditarios con los deudores de la herencia.*—Propiamente no existe en este caso ninguna relación jurídica directa, pero sí indirecta u oblicua, pues para el caso de que el albacea en representación de los herederos, o estos últimos descuidaren exigir el pago a los deudores hereditarios, podrán los acreedores en los términos del artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles, substituirse al albacea o a los herederos.

Además, para el caso de un supuesto fraude entre herederos y deudores de la herencia en perjuicio de acreedores de la misma, o bien entre albacea y dichos deudores, se configura otro tipo de relación jurídica, pues de acuerdo con los artículos 2163 a 2179 del Código Civil los acreedores hereditarios podrán intentar la acción pauliana y, por lo tanto, nulificar el acto fraudulento.

De acuerdo con el artículo 2171, existe también la posibilidad de que los acreedores de la herencia se substituyan al albacea o a los herederos, para exigir el pago de los créditos existentes en favor de la sucesión cuando se hubiere renunciado al cobro de los mismos. En esta hipótesis los citados acreedores están también facultados para revocar esa renuncia y usar de las facultades renunciadas.

# ÍNDICE

## BIENES Y DERECHOS REALES

### TÍTULO I

#### EL PATRIMONIO, LOS DERECHOS Y LAS OBLIGACIONES REALES

##### Capítulo I

|  |      |
|--|------|
| Definición y Teorías sobre el Patrimonio ..... | 7-20 |
|--|------|

##### CAPÍTULO II

|   |       |
|---|-------|
| Diferentes Doctrinas Elaboradas para Comparar los Derechos Reales y los Derechos Personales ..... | 20-47 |
|---|-------|

##### CAPÍTULO III

|   |       |
|---|-------|
| Teoría General de las Obligaciones Reales ..... | 47-66 |
|---|-------|

### TÍTULO II

#### LOS BIENES Y SU CLASIFICACION

##### CAPÍTULO I

|  |       |
|--|-------|
| Concepto jurídico y Económico de los Bienes y Criterios de Clasificación ..... | 67-69 |
|--|-------|

##### CAPÍTULO II

|   |       |
|---|-------|
| Distintas Clasificaciones de los Bienes en Sentido Lato ..... | 70-77 |
|---|-------|

## TÍTULO III

## DERECHOS REALES EN PARTICULAR

## CAPÍTULO I

|                    |        |
|--------------------|--------|
| La Propiedad ..... | 78-115 |
|--------------------|--------|

## CAPÍTULO II

|                      |         |
|----------------------|---------|
| La Copropiedad ..... | 116-122 |
|----------------------|---------|

## CAPÍTULO III

|                                  |         |
|----------------------------------|---------|
| Usufructo Uso y Habitación ..... | 123-138 |
|----------------------------------|---------|

## CAPÍTULO IV

|                    |         |
|--------------------|---------|
| Servidumbres ..... | 138-154 |
|--------------------|---------|

## CAPÍTULO V

|   |         |
|---|---------|
| El Derecho de Vecindad y las Servidumbres ..... | 155-175 |
|---|---------|

## CAPÍTULO VI

|   |         |
|---|---------|
| Derechos de Autor o Propiedades Intelectuales ..... | 176-187 |
|---|---------|

## TÍTULO IV

## LA POSESION Y LA PRESCRIPCION

## CAPÍTULO I

|                             |         |
|-----------------------------|---------|
| Teoría de la Posesión ..... | 188-209 |
|-----------------------------|---------|

## CAPÍTULO II

|                                       |         |
|---------------------------------------|---------|
| La Posesión en Nuestros Códigos ..... | 209-244 |
|---------------------------------------|---------|



CAPÍTULO III

La Prescripción y otros Efectos de la Posesión ..... 244-283

TÍTULO V

PROTECCION POSESORIA

CAPÍTULO I

Acción Plenaria de Posesión ..... 284-290

CAPÍTULO II

Interdictos ..... 290-321

SUCESIONES

TÍTULO I

CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES  
DEL DERECHO HEREDITARIO

CAPÍTULO I

Programa de Estudio del Derecho Hereditario ..... 322

CAPÍTULO II

Ideas Generales sobre los Conceptos jurídicos Fundamentales  
del Derecho Hereditario..... 322-327

TÍTULO II

SUJETOS DEL DERECHO HEREDITARIO

CAPÍTULO I

Del Autor de la Herencia ..... 328-331

## CAPÍTULO II

De los Herederos ..... 331-343

## CAPÍTULO III

De los Legatarios ..... 344-358

## CAPÍTULO IV

De la Personalidad de la Sucesión en el Derecho Mexicano .. 358-370

## CAPÍTULO V

De los Albaceas ..... 370-381

## CAPÍTULO VI

De los Interventores de la Herencia ..... 381-383

## CAPÍTULO VII

De los Acreedores y de los Deudores de la Herencia ..... 383-386

## TÍTULO III

## SUPUESTOS DEL DERECHO HEREDITARIO

## CAPÍTULO PRELIMINAR

Ideas Generales ..... 387-389

## SECCIÓN PRIMERA

SUPUESTOS COMUNES A LAS TESTAMENTARIAS  
E INTESADOS

## CAPÍTULO I

De la Muerte del Autor de la Herencia ..... 389-390

CAPÍTULO II

Vocación y Delación Hereditarias . . . . . 390-392

CAPÍTULO III

Declaración de Herederos y Adquisición de la Herencia . . . . 392-398

CAPÍTULO IV

Aceptación y Repudiación de la Herencia . . . . . 399-405

CAPÍTULO V

De la Capacidad para Testar y Heredar y de la Caducidad  
de la Herencia. . . . . 405-410

CAPÍTULO VI

Del Inventario, Administración y Liquidación  
de la Herencia. . . . . 410-414

CAPÍTULO VII

De la Partición de la Herencia y sus Efectos. . . . . 414-421

SECCIÓN SEGUNDA

SUPUESTOS ESPECIALES  
DE LAS TESTAMENTARIAS

CAPÍTULO I

Del Testamento . . . . . 421-432

CAPÍTULO II

Validez y Nulidad de los Testamentos . . . . . 432-441

## CAPÍTULO III

|                                   |         |
|-----------------------------------|---------|
| La Forma en los Testamentos ..... | 441-452 |
|-----------------------------------|---------|

## CAPÍTULO IV

|  |         |
|--|---------|
| De la Caducidad Hereditaria y de la Substitución<br>de Herederos ..... | 452-457 |
|--|---------|

## SECCIÓN TERCERA

## SUPUESTOS PROPIOS DE LA SUCESION LEGITIMA

## CAPÍTULO I

|  |         |
|--|---------|
| De la Apertura de la Herencia Legítima ..... | 458-461 |
|--|---------|

## CAPÍTULO II

|  |         |
|--|---------|
| Parentesco, Matrimonio y Concubinato como Supuestos<br>de la Sucesión Legítima ..... | 462-471 |
|--|---------|

## CAPÍTULO III

|  |         |
|--|---------|
| Personas que Tienen Derecho a la Herencia Legítima ..... | 471-482 |
|--|---------|

## TÍTULO IV

## LAS CONSECUENCIAS DEL DERECHO HEREDITARIO

## CAPÍTULO I

|                                    |         |
|------------------------------------|---------|
| Consecuencias de Transmisión ..... | 483-490 |
|------------------------------------|---------|

## CAPÍTULO II

|   |         |
|---|---------|
| Beneficio de Inventario y Separación de Patrimonios ..... | 490-503 |
|---|---------|

## CAPÍTULO III

|   |         |
|---|---------|
| Consecuencias Secundarias del Derecho Hereditario ..... | 503-508 |
|---|---------|

TÍTULO V

OBJETOS DEL DERECHO HEREDITARIO

CAPÍTULO I

|                       |         |
|-----------------------|---------|
| Ideas Generales ..... | 509-511 |
|-----------------------|---------|

CAPÍTULO II

|                                |         |
|--------------------------------|---------|
| El Derecho a la Herencia ..... | 512-518 |
|--------------------------------|---------|

CAPÍTULO III

|   |         |
|---|---------|
| Otras Consecuencias del Derecho Hereditario ..... | 518-522 |
|---|---------|

TÍTULO VI

DE LAS RELACIONES JURIDICAS  
DEL DERECHO HEREDITARIO

CAPÍTULO I

|                       |         |
|-----------------------|---------|
| Ideas Generales ..... | 523-524 |
|-----------------------|---------|

CAPÍTULO II

|   |         |
|---|---------|
| Diversas Relaciones jurídicas que Origina la Herencia ..... | 524-534 |
|---|---------|