

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales **U.N.A.M.**

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"LA APARIENCIA EN DERECHO"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

Concepción Gaby Marin Pegueros

MEXICO. D. F.

1969



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS SERES QUERIDOS

Sr. José Marín Locela

y

Sra. Concepción Pegueros de Marín.

**Por su virtuosa y honesta trayectoria,
con el firme propósito de no defraudar
la fe que han tenido en mí.**

CON GRAN CARINO A MIS HERMANOS

José Enrique y Edda Jacqueline.

A MI ESPOSO

Lic. Carlos S. Dupuy Casillas

**Por su comprensión y estímulo,
y apego a las disciplinas de la profesión.**

AL LIC.
Salvador Ruiz de Chávez.

**En agradecimiento a su guía
y orientación para la elaboración
del presente trabajo.**



**BIBLIOTECA
CENTRAL**

A MIS MAESTROS

**A quienes siempre recordaré
por sus sabias enseñanzas.**

I N D I C E

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO.

POSESION.-I.-Etimología de la palabra posesión. 2.-Posesión en el Derecho romano (corpus y animus). a).-Posesión y propiedad. b).-Clases de posesión. c).-Especies de interdictos. d).-Acción Publiciana. 3.-Es la posesión ¿un hecho o un derecho?. Opiniones. 4.-Momento en que surge la posesión. Opinión de los Glossadores. 5.-Breve exposición de las tesis de Savigny y de Ihering. Opinión personal de Saleilles. 6.-¿Por qué se protege la posesión?. 7.-Definición. 8.-Características del jus possessionis y del jus possidendi. 9.-Diferencias. 10.-La apariencia en relación a la posesión. 11.-La prescripción. 12.-El Derecho alemán y su influencia en nuestra legislación. 13.-El Código Civil suizo. 14.-Códigos de 1870 y 1884. 15.-Pensamiento de la Comisión Redactora. 16.-Comentarios sobre algunos de los preceptos de nuestro actual Código.

CAPITULO SEGUNDO.

SOCIEDAD CIVIL. 17.-Sociedad civil en el Derecho romano. 18.-Sociedad civil y sociedad mercantil. 19.-Diferencias entre la sociedad mercantil y la sociedad civil. 20.-Clases de sociedades civiles. 21.-Personalidad de las sociedades civiles. 22.-Naturaleza de la sociedad. 23.-Elementos de existencia del contrato de sociedad. 24.-Requisitos de validez. 25.-Clasificación del contrato de sociedad. 26.-Órganos de la sociedad. 27.-Definición

de sociedad civil. 28.-Sociedades irregulares. 30.-Sociedad irregular y sociedad de hecho. 31.-Personalidad jurídica de la sociedad irregular. 32.-- Formas que pueden dar surgimiento a las sociedades civiles irregulares. 33.-Nulidad en la sociedad civil irregular. 34.-La apariencia en la sociedad irregular o de hecho. 35.-Regulación legal. 36.-Derechos y obligaciones de los socios.

CAPITULO TERCERO.

REGISTRO PUBLICO.- 37.-Nociones generales. 38.-La institución de la publicidad. 39.-Derecho de Registro. 40.-Principios registrales. 41.-Definición. 42.-Diversos sistemas registrales. 43.-La apariencia en el Registro. 44.- Textos legales.

CAPITULO CUARTO.

FILIACION.- 45.-Generalidades. 46.-Definición. 47.-Diversas especies de filiación. 48.-La apariencia en relación con la filiación. 49.-Estado de hijo. 50.-Regulación legal.

CONCLUSIONES UNICAS.

INTRODUCCION.

En el presente trabajo me refiero a la aplicación de la apariencia de derecho dentro del marco del Derecho Civil, concretándome a cuatro instituciones del mismo: posesión, sociedad civil irregular, registro público y filiación.

Puede decirse que la apariencia es un medio utilizado por el ordenamiento jurídico para solventar serios problemas que surgen a diario y en los cuales se ven implicados intereses individuales y colectivos, los cuales quedarían sin regulación legal de no considerarse como viables de producir efectos jurídicos, situaciones de hecho, exteriores y ostensibles que por la forma en que se manifiestan, hacen presumir a todo tercero que sólo pueden existir por haberse constituido conforme a los preceptos legales.

Se desprende al estudiar la mencionada teoría que es frecuente observar cómo relaciones de hecho se superponen a relaciones de derecho, también se puede apreciar fácilmente y esto aún cuando parezca ilógico que se halla perfectamente justificada la razón por la cual se tiende a tutelar preferentemente a la apariencia de derecho respecto de la realidad jurídica.

Un titular aparente será aquél, que se desenvuelve como si fuese el auténtico titular de un derecho aún cuando no lo sea y a pesar de no serlo está revestido de una especie de legitimación, mientras el verdadero titular no se oponga y haga desaparecer esa situación que el titu

lar aparente ha creado en torno a él.

La importancia de la apariencia estriba entre otras cosas porque; hace más estable la titulación de los bienes raíces, evita fraudes en las enajenaciones e hipotecas ocultas, asegura el tráfico jurídico, como por ejemplo, en la posesión, registro público y sociedades civiles irregulares; en cuanto a la filiación produce el efecto primordial de servir de prueba en la filiación legítima o como medio para la investigación de la paternidad en la filiación ilegítima.

La teoría de la apariencia al ser utilizada en estos sectores del Derecho Civil tiene un objetivo principal y es el de proteger los intereses de terceros; sancionando muchas veces la indolencia de sujetos que teniendo la posibilidad de ejercitar sus derechos no lo hacen comportándose con la mayor indiferencia y obstaculizando con su actitud la seguridad en la vida intersubjetiva.

CAPITULO PRIMERO

POSESION. I.-Etimología de la palabra posesión. 2.-Posesión en el Derecho romano (corpus y animus). a).-Posesión y propiedad. b).-Clases de posesión. c).-Especies de interdictos. d).- Acción Publiciana. 3.- Es la posesión ; un hecho o un derecho?. Opiniones. 4.- Momento en que surge la posesión. Opinión de los Glosadores. 5.- Breve exposición de las tesis de Savigny y de Ihering. Opinión personal de Saleilles. 6.- ¿Por qué se protege la posesión. 7.- Definición. 8.- Características del jus possessio--nis y del jus possidendi. 9.- Diferencias. 10.- La apariencia en relación a la posesión. 11.- La prescripción. 12.- El Derecho alemán y su influencia en nuestra legislación. 13.- El Código Civil suizo. 14.- Códigos de --1870 y 1884. 15.- Pensamiento de la Comisión Redactora. 16.- Comentarios - sobre algunos de los preceptos de nuestro actual Código.

I.-ETIMOLOGIA DE LA PALABRA POSESION.

Se estima que por su etimología, posesión proviene del latín *possessio* y que esta palabra a su vez se descompone en dos: *sedere*, sentarse, estar sen-tado, y el prefijo *pos*, que le dá un mayor sentido a la misma.

"Possidere significaba para los romanos, tenencia de una cosa bajo el propio poder; una potestad de hecho en la cosa que otorgaba la disponibilidad en la misma en todas sus relaciones con las demás, unida a la intención de mantener una relación inmediata e independiente con la cosa. La *possessio* era pues un señorío concebido como relación de hecho, independientemente del de-recho" (1).

En la Ley de las Siete Partidas, se asienta que la posesión, por su etimología significa -ponimiento de pies-, y la define como, "tenencia dere-cha que home ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo e del entendimiento" (2).

2.-POSESION EN EL DERECHO ROMANO (CORPUS Y ANIMUS).

En un principio la posesión fué considerada simplemente como la tenencia material de una cosa, posteriormente se pensó en la necesidad de otro ele-mento, surgiendo de tal manera el *animus* (la intención).

La *possessio* se adquiría en cuanto concurriera: un sujeto, la cosa (objeto), el *corpus* y el *animus*, perdiéndose lógicamente cuando faltara alguno de es-

(1).-Diccionario de Derecho Privado, T. II, pág. 3010. Editorial Labor.

(2).-Ley de las Siete Partidas, Partida III, Título XXX.

tos requisitos, como consecuencia de haberlos reputado como *conditio sine quae non*.

A juicio de Van Bemmelen, la posesión romana precisaba para su configuración del hecho de obrar y ser respetado como propietario, y además que a ese hecho se le uniera un estado mental. Requiriéndose la ocupación por un lado, y por el otro, ése algo subjetivo, interno, que no es otra cosa que la intención, aunque no existiera la voluntad de poseer, o mejor dicho, que la voluntad de poseer no era del todo necesaria para que pudiera constituirse la posesión. Según los romanistas actuales, el *animus* no era la intención de ser dueño, sino más bien significaba tener la cosa para sí, de ejercitar un poder de hecho sobre la misma.

Al respecto, Schma proclama que la *possessio* se integraba por dos elementos que son: a).-El *corpus*, o poder de hecho sobre la cosa que podía ser ejercitado por el interesado mismo o por un detentador a título de prestatario, por ejemplo, el arrendatario. b).-El *animus*, que no significa más que tener la cosa para sí.

Al elemento material se le dá el nombre de *corpus*, en tanto que al elemento subjetivo se le denomina *animus* o *affectus possidendi*, de donde los juristas han elaborado expresiones como *animus domini* o *rem sibi habendi*. Este elemento sólo es factible presumirlo dado que por su particular naturaleza su comprobación resulta imposible.

El *corpus* por su parte, no significa la cosa en sí, sino la relación física con la cosa, el señorío de hecho. Savigny sostenía que para que se constituyera el *corpus*, no era menester que hubieraa una aprehensión brutal de la cosa sino tan sólo una manifestación del poder de dominación.

Al externar su opinión sobre el *corpus* Bonnacasa asevera que, debe estar cons

tituido por un conjunto de actos y hechos materiales que expresan la posesión, y que al ser aplicados a la cosa se traducen en un señorío.

Es interesante mencionar la situación de un enajenado mental, quien estaba en la imposibilidad de poseer por sí, porque le faltaba el animus, en idéntico estado se encontraban todos aquéllos que por una u otra causa hubieran perdido su capacidad.

Todos estos problemas y aún más, relativos a la posesión se han suscitado debido a que en los textos romanos, se carece de una definición del animus. No obstante, Paulo quiso por el sólo animus fincar el distinto tratado a los diversos poseedores, en relación a la causa de la posesión.

En conclusión de lo expuesto se colige que, el animus es la intención, el propósito de servirse de las cosas para sus necesidades, en tanto que el corpus, como lo objetivo, es la exteriorización de la intención.

A).-POSESION Y PROPIEDAD.

En ocasiones dentro del Derecho Romano se llegó a confundir la posesión con la propiedad, aún cuando la propiedad se concebía como poder jurídico sobre las cosas, en tanto que la posesión, sólo como un poder físico. La referida confusión se originaba cuando el poder de hecho estaba garantizado por el derecho, por ejemplo, un poseedor que era al mismo tiempo propietario.

Dentro del mismo Derecho se consideraba ya, la existencia de una posesión de derechos, a ésta se le dió el nombre de quasi-posessio, pero en general se puede decir que se refiere más bien a las servidumbres.

B).-CLASES DE POSESION.

Los glosadores al tratar sobre las clases de posesión y atendiendo desde

luego a los textos romanos, debaten entre dos tipos : la *possessio naturalis* y la *possessio civilis*. La primera no era en verdad una auténtica posesión, porque el poseedor natural no poseía por sí, sino por otros; en tanto que la segunda, era una *possessio naturalis* que había sido aprobada por el orden jurídico.

Someramente paso a citar las diversas especies de posesión que existieron para los romanos:

a).-Simple detentación de la cosa, sin protección judicial alguna (*possessio naturalis*). Eran poseedores naturales y por lo tanto, no podían utilizar los interdictos; el arrendatario, el depositario, el comodatario, el usufructuario, y el que había recibido la cosa del pretor ex primo decreto.

b).-Poder de hecho sobre una cosa, amparado por los interdictos (*simple possessio* o *possessio ad interdicta*). Estaban comprendidos en esta categoría el que tenía la cosa creyéndola suya; el que la tenía ilícitamente sabiéndolo, como el ladrón, el acreedor pignoraticio, el precarista, el secuestratario, el enfiteuta, y el superficiario.

c).-Poder de hecho sobre una cosa protegido por los interdictos y además, susceptible de transformarse en propiedad por usucapión (*possessio civilis*)

d).-Posesión justa e injusta. La primera, la que se basaba en un derecho a poseer (propiedad, prenda, etc...) coincidiendo el hecho con el derecho; la segunda la que no reunía esta circunstancia. La distinción, como observa Sohm, no entrañaba importancia alguna, pues ya se ha dicho que la posesión en sí (problema de hecho), nada tiene que ver con la cuestión jurídica.

e).-Posesión de buena y mala fe, distinción que solo se presentaba dentro del concepto de posesión injusta. Se calificaba de buena fe cuando el poseedor la creía legítima, siempre que esta creencia no naciera de grave negligencia.

gencia o de inexcusable desconocimiento de las circunstancias, que de ser debidamente apreciadas, hubieran hecho dudosa esa legitimidad; y se decía, por el contrario, de mala fe si el propio poseedor conocía positivamente su ilicitud o sólo por negligencia imperdonable dejaba de conocerla. Tampoco esta distinción tiene valor esencial para el derecho posesorio, aunque influye notablemente en los efectos que puede llevar aparejada la posesión: usucapión, adquisición de frutos, responsabilidad del poseedor en los procesos reivindicatorios, etc...

f).-Posesión viciosa y no viciosa. Viciosa era la posesión cuando se adquiría ilegítimamente, en contra del régimen de paz y respeto que es base de todo derecho posesorio (Sohm). La relación jurídica substancial no interesaba; una posesión justa como la del propietario, podía ser viciosa, por ejem., si para recobrarla se despojaba violentamente de ella al poseedor, aún siendo ilegítimo; y a la inversa, quien encontraba una cosa, reteniéndola de mala fe, era poseedor injusto, pero no vicioso. La posesión podía ser viciosa por haberse adquirido violenta, clandestina, o precariamente (vi, clam, precario possidara)⁽³⁾.

Por lo tanto se afirma que en el Derecho Romano había tres clases de poseedores: "1).-El mero detentador o poseedor natural, al que no se otorgaban beneficios jurídicos.

2).-El poseedor propiamente dicho que estaba protegido por los interdictos.

3).-El poseedor civil, cuyo derecho estaba legitimado por justa causa suficiente para la adquisición del dominio y que además de estar protegido por los interdictos y por la llamada acción publiciana, podía llegar a convertirse en propietario mediante la usucapión⁽⁴⁾.

(3).-Diccionario de Derecho Privado, T. II, págs. 3011 y 3012.

(4).-Diccionario de Derecho Privado, T. II, pág. 3004.

c).-ESPECIES DE INTERDICTOS.

Los interdictos para los romanos no eran otra cosa que mandatos, al respecto el Dr. Floris Margadant expresa que eran "órdenes giradas a un ciudadano por el magistrado, generalmente el pretor, a petición de otro ciudadano, sin que el magistrado investigue la veracidad de las afirmaciones del solicitante y sin que cite a la parte contra quien se dirige el interdicto.

Esta característica del interdicto se explica por tratarse de órdenes condicionadas. El que recibe un interdicto sólo tiene que obedecerlo, si la condición con que comienza corresponde a la verdad.

En caso de que obedezca, allí termina el problema. Pero en el caso contrario, se inicia un verdadero juicio para determinar si la desobediencia es justificada o no. En el primer caso, es decir, si la condición no correspondía a la realidad, el solicitante debe generalmente una especie de multa privada a la persona que recibió el interdicto; en el segundo caso, esta multa se paga al solicitante" (5).

A continuación hace referencia a las distintas especies de interdictos: "I).-Interdicta adipiscendae possessionis (interdicto para adquirir la posesión). Estrictamente hablando, estos interdictos no tienen que ver con la protección posesoria, no son medios de dar eficacia a la posesión, sino de obtenerla. Interdictum savianum y el interdictum quorum bonorum.

III).-Interdicta retinendae possessionis. Estos interdictos proceden cuando un poseedor está amenazado de desposesión ilegal o cuando otra persona perturba su posesión, sin privarlo de ella (pasando frecuentemente sobre su terreno, por ejemplo). En este grupo encontramos dos interesantes interdictos:

a).-El interdictum uti possidentis, que estabiliza la situación poseso-

(5).-Guillermo Floris Margadant, "Derecho Romano", pág. 175.

ria de inmuebles, tomando por base tal situación en el momento de la solicitud. Es posible que esta situación posesoria sea injusta; en tal caso, como el interdicto decide una cuestión de posesión y no de propiedad, el propietario desposeído puede ejercer la reivindicatio o la publiciana. Para esta futura acción, el interdicto posesorio resuelve entonces quién tendrá el papel de actor, y quién el más cómodo de demandado. El que triunfe en el procedimiento interdicial será en la eventual acción subsecuente, el demandado. Este interdicto es sólo eficaz cuando el solicitante posee nec vi, nec clam, nec precario, respecto de la persona contra quien se dirige el interdicto. De lo contrario, el que recibe el interdicto está en libertad de desobedecer.

b).-Para proteger la posesión de bienes muebles contra posibles perturbaciones, procede el interdictum utrubi. Mediante este interdicto el pretor concede la posesión, no la propiedad, -desde luego- a la persona que haya poseído el objeto en cuestión, durante más tiempo, en el transcurso de los últimos doce meses; y luego prohíbe, a ambas partes, que traten de modificar esta situación posesoria por violencia. La parte que no obtenga la posesión, de acuerdo con el principio anterior, puede tratar de alcanzarla después, ejercitando la reivindicatio o la publiciana.

Este interdicto conatituye, un arma de dos filos: el resultado puede ser que el pretor quite la posesión al solicitante para entregar el objeto a la persona contra quien se pidió el interdicto. Todo depende de saber quién ha poseído por más tiempo, durante los últimos doce meses.

Ante la posibilidad de que el demandado tenga en este procedimiento interdicial un mejor derecho a la posesión que el actor, estos dos últimos interdictos pueden proporcionalar en último caso, no un retinere por parte del actor, sino un recuperare por parte del demandado, de manera que la clasifica

ción como interdicta retinendae possessionis no es correcta, estrictamente hablando.

III).-Si el poseedor pierde la posesión, puede recurrir a uno de los interdicta recuperandae possessionis. Para inmuebles encontramos a este respecto los siguientes:

a).-Interdictum de vi, que debe gestionarse en el plazo de un año.

b).-Interdictum de vi armata, que puede promoverse sin limitación de tiempo.

c).-Interdictum de clandestina possessione, que procede, por ejemplo, si alguien aprovecha mi viaje a Grecia para quitarme un objeto, sin que yo me dé cuenta inmediatamente.

d).-Interdictum de precario, que procede si alguien me pide prestado un objeto, y después no quiere devolvermelo.

Como en el caso de los interdicta retinendae possessionis, también estos interdictos sólo son eficaces respecto de personas en relación con las cuales el solicitante no haya poseído vi, clam aut precario. No importa que el solicitante haya poseído de mala fe, pero en relación con la persona contra quien se dirige el interdicto, su conciencia debe estar limpia" (6).

D.-ACCION PUBLICIANA.

Me parece conveniente mencionar algunos datos a cerca de la acción publiciana, cuál fué su fundamento y la función que se le atribuyó dentro del derecho aludido.

Jolowicz expone, "la actio publiciana era aquella que se autorizaba conforme al edicto del pretor a la persona que, tras de poseer una cosa en circunstancias tales que llegaría a adquirirla por usucapión, perdía su posesión -

(6).- Ob., Cit., págs. 175 y 176.

antes de transcurrido el plazo necesario para ello. El afectado no podía promover la vindicatio porque no era todavía dueño, pero el pretor favorecía la recuperación de la cosa frente a poseedores subsecuentes que carecían de mejor derecho, y le concede la actio publiciana, cuya fórmula contiene la ficción de que el término de la usucapión ya se ha cumplido" (7).

En realidad la situación en que se encontraba este sujeto desposeído era a todas luces interesante porque al no poder ejercitar la *rei vindicatio* quedaba en un total desamparo, de no haber sido por la actio publiciana que se apoya en la ficción de estimar satisfechas las condiciones necesarias para que se produjera la usucapión.

3.-¿ES LA POSESION UN HECHO O UN DERECHO? OPINIONES.

A continuación trataré del problema que desde un principio tuvieron que afrontar los jurisconsultos romanos, y el que a la fecha ha sido muy debatido, por el cual estudiosos del derecho de connotado talento se han visto divididos, procurando según la postura adoptada de fundamentar en distintas formas sus ideas. El núcleo de la cuestión se presenta al tratar de situar a la posesión dentro del campo de los derechos o de los hechos, y es que siempre al hablar de posesión tendrá que acudir a nuestra mente la interrogante, ¿es la posesión un hecho o un derecho?

La mayor parte de los autores al hacer referencia a la posesión romana, se inclinan a sostener que dicha posesión no constituía un derecho sino un simple hecho.

En este singular problema también aportaron su opinión los glosadores, quienes apoyándose en los textos romanos señalaron que éstos siempre le dieron mayor relieve al elemento material, sin embargo había quienes veían en la po

(7).-H.F. Jolowicz, "Historical Introduction to the Study of Roman Law", pág. 277.

sesión la estructura de un derecho, al efecto se ha coincidido en citar frecuentemente a dos afamados jurisconsultos; Paulo por un lado se refería a la posesión como un hecho, en tanto que Papiniano prefirió catalogarla como un derecho.

Situándonos en la Edad Moderna, encontramos la misma polémica, que dada su peculiar naturaleza ha sido origen de álgidas discusiones. Hay que anotar que existen autores que prefieren no situarse en algún extremo y que adoptan una posición ecléctica, tal es el caso de Pothier.

Con objeto de externar una y otra opinión recurre a Planiol y Ripert, "se dice que la posesión es una institución jurídica, es un error, la posesión es un hecho, lo sólo jurídico e institucional son los medios empleados por la ley para proteger ese hecho o para destruirlo. El hecho de la posesión está generalmente protegido por la ley, pero no siempre; a veces condena en nombre de la reivindicación" (8).

Gastón por su parte, estima que la posesión es un verdadero derecho real. Pérez y Alguar siguiendo a Wolff consigna, "aún reconociendo que el punto de partida de la doctrina de la posesión es el poder efectivo o señorío de hecho sobre una cosa, entiende que debe distinguirse una triple significación de la palabra posesión:

A).-La posesión como hecho, como señorío real sobre una cosa.

B).-La posesión como ficción de posesión.

C).-La posesión como conjunto de derechos derivados de la posesión de hecho o fingida.

En los dos primeros sentidos se trata de afirmar que la posesión es un hecho y del que derivan consecuencias jurídicas. En el tercer sentido es un derecho subjetivo" (9).

(8).-Planiol y Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil", T.III, Núm. -- 143, Pág.145.

(9).-Diccionario de Derecho Privado, pág. 3006.

Julían Bonnacase nos enseña, "hemos definido a la posesión como un simple hecho jurídico, es decir, tomado en consideración por el derecho; el derecho lo protege, como lo demuestra la existencia de acciones posesorias. Ahora bien, como no solamente el hecho sino a sus consecuencias se les da indistintamente el nombre de posesión, es evidente que en cierto sentido tienen razón tanto aquéllos que dicen que la posesión es un hecho simplemente, como aquéllos que dicen que es un derecho subjetivo" (10).

4.- MOMENTO EN QUE SURGE LA POSESION.

OPINION DE LOS GLOSADORES.-El problema relativo a la determinación del momento en que se constituye, se forma, o inicia la posesión, ha dado lugar a un gran número de teorías elaboradas a través de los siglos, desde las romanas hasta las nuevas reinterpretaciones como las de Savigny, Thering y demás juristas.

Hasta antes de Savigny la tesis más aceptada fue la de los glosadores, quienes pensaron que para que la posesión surgiera se necesitaba la realización de la toma material de la cosa. Creyeron que el simple hecho de colocarse sobre la cosa era una característica esencial de la posesión. Para ellos hacer referencia a la posesión era tanto como ligarla de manera inmediata a la aprehensión material, como si se tratara de dos caras de una misma moneda. Como una consecuencia lógica siempre estarían unidas posesión y aprehensión material.

Me parece útil antes de pasar a comentar someramente el pensamiento de otros autores apuntar la siguiente expresión, "no podemos hoy con toda seguridad, decir cuál fuera la opinión de los romanos en punto de la adqui-

(10).-Julían Bonnacase, "Elementos de Derecho Civil", pág. 605.

sición de la posesión. Cada una de las diversas teorías intenta fundar sus opiniones en textos de diversos autores" (II).

5.-BREVE EXPOSICION DE LAS TESIS DE SAVIGNY Y DE IHERING. OPINION PERSONAL DE SALESILLES.

En la primera mitad del siglo XIX surgió Savigny, quien basándose en estudios hechos sobre el Derecho Romano, elaboró la doctrina romana de la posesión, a su doctrina se le denomina subjetiva, por la gran importancia que le atribuye al elemento interno, conocido comunmente como animus. Fijó Savigny la posesión en el vínculo de -relación-, de apropiación jurídica. Y afirmó que la possessio fué estimada por los romanos como un estado de hecho simplemente, que permitía ejercer un poder físico para la realización de actos materiales sobre una cosa, pero que siempre existió el animus domini o rem sibi habendi. Proclama que un requisito de esencia en la posesión es el animus possidendi al que él considera animus domini, y que no es otra cosa que tener el objeto en cuestión a manera de propietario; por lo que todos aquellos que tuvieran animus domini estarían protegidos por los interdictos. De los cuales ya hice mención con anterioridad. Se ha afirmado que esta postura, por no estar bien documentada en los textos romanos presenta una serie de dificultades, por ejemplo, el precarista, el acreedor pignoraticio, y el secuestratario, que estaban protegidos por los interdictos. Cuando se le hizo a Savigny esta refutación, replicó soslayando el problema, que se trataba de una posesión derivativa, en otras palabras, que éstos hacían efectiva la posesión del titular.

El corpus y el animus, pero principalmente el animus fueron tenidos en concepto de este eminente jurista como imprescindibles.

(II).-Leopoldo Alas, Demófilo de Buan y Enrique R. Ramos, "De la Usucapión" pág. 154.

Siendo el animus un fenómeno psíquico, se derivará necesariamente del título en virtud del cual se detenta, tal es la situación de los depositarios que no pueden poseer, porque no se les reconoce el animus domini.

Van Bemmelen afirma que, "después de Savigny, la noción jurídica de la posesión ha causado mucho embarazo en el mundo de los juristas. Pero si se quiere llevar a esta materia la apetecida claridad, es preciso antes que nada formarse una idea exacta sobre la posesión romana. Están nuestras ideas sobre la posesión muy influidas por los errores tradicionales y por las diversas teorías construidas a cerca de la posesión romana, y en cambio las modernas han introducido sus propias ideas en el Derecho Romano. No es fácil tratar en pocas palabras de esta cuestión que ha dado lugar a tantas investigaciones y controversias. Hay que tomar el asunto desde sus comienzos, exponer toda la materia y reproducir los párrafos de las fuentes que con ella se relacionan..." (12).

La postura de Savigny ha sido desechada ya por nuevas corrientes doctrinales.

En la segunda mitad del siglo XIX, fué Ihering quien predominó con su tesis relativa a la posesión.

Si para Savigny no se podía dar posesión sin animus, para Ihering cuya teoría recibe el nombre de objetiva, el animus tiene una importancia poco relevante. Corpus y animus, son para Ihering dos aspectos de una misma cosa.

Al corpus lo estimó como la caracterización del derecho de propiedad.

Su pensamiento es completamente opuesto al de Savigny, y precisamente se va esbozando a medida que va elaborando la crítica de la teoría subjetiva. Según Savigny, para que hubiera posesión, era requisito indispensable contar con la presencia del animus domini, ya que solamente cuando estuvieran reunidos estos dos elementos (corpus y animus) se podía prestar la protec-

(12).-F. Van Bemmelen, "Nociones Fundamentales del Derecho Civil", pág. 199.

ción posesoria. Ihering objeta, y asevera que entonces se hubiera protegido a los poseedores civiles y a los naturales, porque unos y otros quieren poseer por sí, quieren servirse de la cosa para su provecho.

Ihering explica que en Derecho Romano la simple detentación o sea el corpus o poder físico sobre la cosa era la posesión misma, y que sólo se excluyeron casos típicos por ejemplo; el arrendatario, el depositario, el sirviente, ya que se consideró que en estas situaciones concretas el simple hecho de detentar no implicaba posesión.

Otra de las objeciones que le formula a la teoría objetiva es que no siempre que exista la posibilidad de ejercer el poder físico en forma independiente e inmediata sobre la cosa, hay posesión. Para destruir esta afirmación menciona un grueso número de ejemplos, uno de ellos es el de las abejas que en enjambre han huido y se han detenido en otro predio, el dueño del predio en el que se posaron las abejas no puede poseerlas, a pesar de que tiene la posibilidad de ejercer un poder físico inmediato y exclusivo sobre las mismas, de manera que era reputado poseedor el antiguo.

Ihering propuso una antítesis entre posesión y propiedad. Posesión para este jurista es el poder de hecho, en tanto que la propiedad, es el poder de derecho sobre la cosa.

En relación con esta antítesis el maestro Oscar Morineau apunta que Ihering no comparó el derecho de posesión con el derecho de propiedad, sino que su comparación se fundamenta en el hecho de poseer y el derecho de propiedad.

Una de las ideas más arraigadas en la mente de Ihering es precisamente la de considerar que la posesión implica un medio para lograr la propiedad. Para él el elemento material está integrado por una serie de actos y de he

chos que expresan el derecho de propiedad. Precisamente al hacer referencia a la protección posesoria, piensa que ésta se otorga para facilitar la protección a la propiedad, y que en la mayor parte de los casos, el que posee es porque tiene derecho a hacerlo.

Finca la posesión sobre el vínculo de explotación económica, estimando - como poseedor a cualquier detentador a no ser que hubiese declaración expresa de la ley.

En este punto también ha sido refutado, el maestro Marinéau comenta que la posesión no sólo es utilización económica sino que puede ser de cualquier otro tipo, inclusive antieconómica. También aclara que muchos juristas lo disculpan porque en la época de Ihering el derecho de propiedad se consideraba como un derecho fin, y los demás derechos que facultaban conducta sobre las cosas eran solo medios para alcanzar ese derecho fin.

También se le ha censurado porque no tuvo en consideración los textos de Paulo y la distinción entre posesión civil y natural en relación a la existencia del *animus possidendi*, supuesto que fue una teoría romanista.

En definitiva las distinciones entre el pensamiento de Ihering y Savigny son numerosas y profundas, sólo quisiera acentar unas pocas sin abondar sobre alguna en concreto.

Es necesario examinar soberanamente el pensamiento de Salsilles, precisamente por haberse colocado en un plano ecléctico, aunque es fácil advertir en él una inclinación hacia la tesis de Ihering, también se encuentra algo de la doctrina de Savigny, toda vez que Salsilles proclama que el poseedor debe tener *animus domini*. "Para Salsilles 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; el ladrón adquiere la posesión

aunque otro se presente rodeado de la aureola de la propiedad. Define a la posesión como la realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas; el poseedor será aquél que en el mundo fenomenal externo aparezca como dueño de hecho y con propósito de serlo, de la cosa" (13).

En todo caso estaremos frente a la posesión cuando un sujeto detenta un objeto y ante cualquier tercero aparece como dueño, dándonos como pauta en la definición que elaboró, que no hay necesidad de un título que justifique dicha posesión, bastando que el detentador aparezca como dueño desde un punto de vista económico.

6.-¿POR QUE SE PROTEGE LA POSESION?

Se ha afirmado que el orden jurídico ampara al poseedor con el único fin de evitar la violencia y resguardar el orden social. Incluso se puede apuntar que una de las instituciones jurídicas que cobra una inusitada relevancia en la posesión es la prescripción, la cual ha sido necesaria dentro de la misma, como un conducto tendiente a favorecer la seguridad.

Pudiera ser que el motivo haya sido que en un juicio las partes contendientes no usen de la fuerza, aunque en rigor de verdad esta es una de las razones por las que se tutela cualquier derecho y no precisamente la posesión.

En lo particular, me inclino a pensar que mas bien se haya tutelado para favorecer la estabilidad en las transacciones, y desde luego para mantener la tranquilidad en el orden social ya apuntado con antelación.

Ensering acorde con sus ideas de estimar a la posesión como medio de prote-

(13).-Antonio de Ibarrola, "Cosas y Sucesiones", págs. 92 y 94.

ger la propiedad, enseña que el ordenamiento jurídico al proteger al poseedor lo está haciendo con el verdadero titular del derecho de propiedad. Desde luego, que se corre el riesgo de garantizar al que no es verdadero dueño.

En concepto de Barasi, el verdadero fundamento para otorgar la protección posesoria, estriba en tres razones que son las siguientes: "1).-En algún caso la tutela positiva de la posesión no tiene otra razón de ser que significar una reacción del orden jurídico contra actos que el mismo orden jurídico reprueba por violentos o clandestinos y que constituyan amenaza de la paz pública (acción de despojo) interdicto de recobrar.

2).-En otros casos en cambio, la posesión se tutela en cuanto que es un estado de hecho que ofrece la apariencia de un derecho real. Generalmente el estado de posesión implica la actuación de las energías productivas de una cosa o de un patrimonio. Esta actuación se considera favorablemente por las leyes, puesto que económicamente hoy más que nunca resulta mucho más útil que la simple e improductiva titularidad del derecho (acción de mantenimiento) interdicto de retener.

3).-La tutela de la posesión es útil también, bajo otro punto de vista, el de la determinación de la posición procesal de las partes en el juicio petitorio, en el ejercicio de la acción con la que el titular defiende el propio derecho real (por ejemplo, la propiedad). Frente a quien ejercita la acción petitoria está el poseedor que ocupa la posición de demandado preferible a la de actor (boni possidentis) que es quien carga con la prueba del derecho. Es pues asegurarse preventivamente la posición de poseedor. Así se explica que el juicio posesorio, constituya un juicio preliminar del petitorio" (14).

(14).-Barasi, "Instituzioni de Diritto Civile", pág. 330.

Vuelvo de nueva cuenta a citar a ese notable jurista Ihering, quien resumió varias doctrinas tocantes a la protección de la posesión clasificándolas en dos: teorías absolutas y teorías relativas. Las absolutas son aquellas que estiman que la posesión debe ser garantizada, por ella misma. En tanto que las relativas, fundan dicha tutela en consideraciones y preceptos jurídicos independientes de ella.

7. DEFINICION.

En mi opinión, para aceptar una definición sobre posesión, hay que tener en cuenta el pensamiento de Ruggiero para quien, "el concepto de la posesión es de aquellos en torno a los cuales más han trabajado los juristas de todos los tiempos; no hay materia que se halle más llena de dificultades - que ésta, en lo que se refiere a su origen histórico, al fundamento racional de su protección, a su terminología, a su estructuración teórica, a los elementos que la integran, a su objeto, a sus efectos, a los modos de adquirirla y perderla. La causa de tan ásperas dificultades reside en lo extraordinariamente delicado del concepto mismo que, abrazando un conjunto más o menos amplio de posiciones, protegidas o consideradas diversamente por el Derecho objetivo se resiente, en la formulación teórica hecha por los juristas y en la positiva dada por los derechos antiguos y actuales, de oscilaciones conceptuales. En vano se pretendería buscar un punto fijo de partida que sea común a las varias concepciones teóricas o positivas, y así como la posesión romana fué distinta de la germánica y de la canónica, así también difieren las construcciones teóricas de la institución en el Derecho romano y en el nuestro" (15).

(15).-Roberto de Ruggiero, "Instituciones de Derecho Civil", T.I, pág. 796.

Se puede hacer mención a diversos autores, quienes han pretendido definir a la posesión y en cuyos conceptos es fácil entrever el diverso criterio que cada uno de ellos tiene a cerca de la naturaleza de la posesión, ya que algunos de ellos la consideran un hecho, otros un derecho, o bien hecho y derecho. Bonnacase por ejemplo escribe, "la posesión es un hecho jurídico consistente en un señorío ejercitado sobre una cosa mueble e inmueble, señorío que se traduce por actos materiales, de uso, goce, o de transformación, llevados a efecto con la intención de comportarse como propietario de la cosa o como titular de cualquier otro derecho real" (16).

Brugi asienta, "es un estado de hecho o de posesión digno de tutela provisional que, bajo ciertas circunstancias puede asehar en un estado de derecho. En tanto que Chiróni por su parte enseña, la posesión es el ejercicio de un derecho tenido y considerado independientemente de su existencia verdadera" (17).

"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" (18).

"Es el ejercicio de hecho de un derecho, independientemente de que ese derecho pertenezca a quien lo ejerce como propio" (19).

Todo lo anterior nos demuestra que el concepto de posesión es escurridizo, a simple vista parece sencilla su comprensión, sin embargo ofrece un cúmulo de dificultades que lo tornan de gran complejidad.

(16).- Julián Bonnacase, "Elementos de Derecho Civil", pág. 601.

(17).- Diccionario de Derecho Privado, T. II, pág. 3003.

(18).- Rojas Villegas, "Derecho Civil Mexicano", T. III, pág. 424.

(19).- Diccionario de Derecho Privado, T. II, pág. 3009.

8.-CARACTERISTICAS DEL JUS POSSESSIONIS Y DEL JUS POSSIDENDI.

La possessio del Derecho romano, fué reputada por el mismo como una institución jurídica independiente del jus possidendi, del derecho a poseer, si la garantizaba pero separadamente de las circunstancias que la originaron, o de las que la acompañaban.

La relación que pudiera fincarse entre posesión y propiedad en Derecho romano es la siguiente, "el propietario es muchas veces, al mismo tiempo poseedor, y si no lo es, tiene la facultad de reclamar la posesión mediante la reivindicatio o la actio publiciana, puesto que la propiedad implica el jus possidendi. Pero por otra parte, muchos poseedores no son propietarios no tienen mas que el jus possessionis, es decir, gozan únicamente de los privilegios jurídicos que les otorga el hecho de poseer. En otras palabras hay propiedad sin posesión -como el caso de la víctima de un robo - y posesión sin propiedad por ejemplo -en caso del autor del robo-, mientras que normalmente coinciden posesión y propiedad" (20).

En la actualidad se ha ahondado más en la distinción que existe entre el jus possessionis y el jus possidendi, aseverándose que una vez comprendida esta distinción, se puede con mayor claridad despejar las dudas y aclarar los conceptos nebulosos que trae implícita. Por ejemplo Ihering y sus seguidores opinan que la posesión necesariamente presume a la propiedad, y que si se protege al poseedor es para tutelar indirectamente al propietario. Aún cuando el creador de la teoría objetiva de la posesión expresa en una de sus frases, "uno de los signos por los que el jurista se distingue de todo otro hombre, es la diferencia radical que establece entre las nociones de posesión y de propiedad" (21).

(20).-Guillermo F. Margadant, ob., cit., pág. 171.

(21).-Ihering, Primera frase de "La posesión Teoría Simplificada".

De cualquier manera él no hizo la separación conveniente ya que expone como punto clave de su doctrina que la posesión presume a la propiedad, no llegando a estatuir una diferencia radical entre ambas.

Se ha dicho que con la distinción del jus possidendi y el jus possessionis es inútil esta presunción.

El jus possessionis o sea el derecho de poseer, no es más que la protección que se concede contra actos de despojo. El despojo consiste en que las vías de hecho logran privar en todo o en parte de su posesión al poseedor, y precisamente estos actos que tienden a la desposesión, se les dá el nombre de despojo.

Luego entonces el jus possessionis va a garantizar a su titular contra esos mencionados actos de desposesión.

El maestro Oscar Morineau, afirma que el jus possessionis tiene como fundamento metajurídico, no la existencia del derecho de propiedad, sino la necesidad de garantizar a aquéllas personas que tienen la facultad de actuar sobre las cosas. En otros términos, la tutela se otorga por el sólo hecho de poseer, sin que tengan los titulares del jus possessionis que ser sometidos a una prueba, que venga a demostrar que tienen derecho a actuar sobre las cosas. Este mismo derecho va a permitir a sus titulares, exigir ser mantenidos o restituidos en la posesión de hecho. Pues bien, como correlativo a este derecho, se encuentra la obligación de las demás personas en general, de abstenerse.

El jus possessionis o derecho de posesión no confiere de manera alguna, un derecho o facultad de poseer las cosas, sino que proporciona una garantía contra actos de desposesión.

En cuanto al derecho de posesión el multicitado maestro Morineau refiere

lo siguiente: "El derecho de posesión es: a).-prohibición de poseer, b).-facultad de no poseer, lo cual es el facultamiento de la omisión del titular, esto es, el facultamiento de su propia conducta, c).-facultamiento de los demás, d).-facultad de exigir la abstención de todo el mundo" (22).

El jus possessionis por sí solo no es suficiente para producir la usucapión. Hay que hacer notar que el hecho (posesión) mismo, va a realizar el supuesto que dá lugar a la atribución del derecho de posesión, jus possessionis. Resulta entonces, que los interdictos que no son mas que acciones reales y rápidas cuyo fin es proteger al poseedor, para que pueda ser mantenido y -restituido en la posesión, se concederán según la distinción apuntada, a los titulares del jus possessionis, puesto que los interdictos van a resolver quiénes tienen el derecho de posesión. Aún cuando el titular del jus possessionis no tenga ningún derecho para poseer contra aquéllos que sí tienen derecho en casos de desposesión.

Para que surja el jus possessionis tiene que realizar el hecho de poseer o de otra manera, se refieren a la conducta que aparece como ejercicio de un derecho.

En tanto que el derecho a la posesión o jus possidendi, están incluido en todos los derechos que facultan a actuar sobre las cosas, por lo que el hecho (posesión) es la expresión de todos los derechos referidos, cuando aquél que lo ejercita es titular de alguno de esos derechos. Tampoco es el jus possidendi apto para que pueda producirse la usucapión.

En suma el jus possidendi o derecho a la posesión, no es más que la facultad que tienen sus titulares de poseer las cosas.

El mismo autor nos dice, que en caso de que surja un conflicto en el que el

(22).-Oscar Morineau, ob., cit., pág. 353.

juiz deba resolver cuál de los dos derechos, jus possidendi o jus possessionis merezca una mayor preeminencia, indudablemente se inclinará por el jus possidendi, puesto que el jus possessionis no faculta conducta positiva sobre las cosas. "No existe ninguna contradicción entre el derecho a la posesión otorgado a todo titular del derecho de actuar sobre las cosas (independientemente de que este ejercitando el hecho facultado o no, pues un derecho existe independientemente de su ejercicio) y el derecho de posesión, otorgado a todo el que realiza el supuesto que engendra este derecho, a todo el que posee de hecho, frente al que trata de despojarlo o lo ha despojado de hecho. El primer derecho tiene como supuesto la adquisición del derecho de usar, disfrutar o retener las cosas: la propiedad, usufructo, uso, habbitación, arrendamiento, aparcería, depósito, etc..., el segundo tiene como supuesto el hecho de poseer las cosas, la posesión de hecho, ejercitada por el tiempo fijado por la ley. El primer derecho autoriza la posesión de hecho; el segundo otorga una protección contra la desposesión" (23). Por esto se infiere que podrán ser titulares del jus possidendi todos aquellos sujetos que estén facultados a actuar sobre la cosa, y sólo ellos tendrán derecho al ejercicio del poder de hecho.

9.-DIFERENCIAS.

La principal distinción entre el jus possessionis y el jus possidendi, es decir entre el derecho de posesión y el derecho a la posesión, será sin lugar a dudas, que el primero confiere el derecho de ser mantenido o restituído en la posesión de hecho, debiendo entenderse implícitamente, el deber de abstención de todos los demás; en tanto que el segundo, proporciona la fa-

(23).-Ob., cit., págs. 350 y sigs.

cultad para poseer de hecho. "El jus possessionis es el derecho a ser mantenido o restituido o sea el derecho a la abstención de los demás, fundido con el facultamiento o con la prohibición del hecho de poseer; el jus possidendi es el derecho a realizar el hecho a poseer" (24).

"Es indiscutible que el derecho de posesión no faculta la posesión de hecho pues ya fué facultada en forma exclusiva a todos los titulares del derecho de actuar sobre las cosas y por lo tanto no es necesario volver a autorizarles el mismo hecho y si lo hacemos incurriríamos en una duplicación inútil y perjudicial, creando derechos contradictorios. De lo que se trata con el derecho de posesión es de proteger a la mayoría de los titulares del derecho a actuar sobre las cosas, sin necesidad de obligarlos a probar sus derechos, frente al intento de despojo o frente al despojo consumado. No se trata de otorgarles un derecho que ya tienen, la facultad de poseer las cosas, jus possidendi, sino de otorgarles un nuevo derecho, jus possessionis" (25).

Como ya ha sido enunciado el jus possidendi hay que entenderlo como facultad del derecho de dominio, en tanto que el jus possessionis es una institución independiente.

Siguiendo la exposición del autor en cuestión se hace la indicación, que en la resolución de una reivindicación el juez puede mandar que la cosa se devuelva con frutos y acciones al que funge como propietario, siendo titular éste del jus possidendi, puesto que el que es titular del jus possessionis no tiene facultad alguna para actuar sobre las cosas.

Haciendo aplicación de esta distinción la refiere al pensamiento de Ihering para quien la posesión es un poder de hecho, afirmándonos que la po-

(24) y (25).-Oscar Morineau, ob., cit., págs. 350 y sigs.

sesión ciertamente será poder de hecho, cuando se relaciona al hecho de poseer, pero no lo será respecto al derecho de posesión y al derecho de poseer, porque aquí se está en presencia de derechos, no de objetos.

También hace la aclaración, que todo el que tiene derecho para actuar sobre las cosas tiene derecho para poseerlas. El que es titular sólomente del jus possessionis como no tiene derecho de usar, disfrutar, y retener la cosa, está obligado a devolverla al que tenga estos derechos, es decir al que tiene el jus possidendi.

En su exposición continuamente ejemplifica, siempre con el consabido propósito de hacer resaltar que hay necesidad de estos dos derechos y que ambos son distintos.

Enseña que a Ihering y a sus seguidores, "les basta con el jus possessionis concebido como protección contra el despojo y no como facultad de poseer la cosa. Si les otorgáramos un derecho de posesión que además de protegerlos contra el despojo los autorizara a actuar sobre las cosas, les estaríamos atribuyendo un derecho que ya tienen y al mismo tiempo estaríamos consagrando el despojo en los casos en que la posesión de hecho la tiene el que no está facultado a actuar sobre la cosa. Estaríamos construyendo un derecho de posesión en función del poseedor y no en función de los titulares de aquéllos derechos que queremos proteger mediante el derecho de posesión" (26).

10.-LA APARIENCIA EN RELACION A LA POSESION.

"Etimológicamente la palabra apariencia deriva del latín apparientia y significa en el lenguaje vulgar aspecto externo de alguna cosa, también lo que aparece y no es, verosimilitud, probabilidad, forma, figura, semejanza,

(26).-Oscar Morinanu, ob., cit., pág. 363.

indicio, conjetura" (27).

La teoría de la apariencia se ha proyectado dentro del terreno de la posesión originando efectos de trascendental importancia.

De Diego menciona que, la posesión es apariencia y visibilidad en tanto no haya una prueba en contrario. Savatier opina, "en términos generales caracterizase la teoría de la posesión por su relación con la teoría de la apariencia jurídica (*rechtschein*). Ambas conciernen a relaciones de hecho que substituyen a relaciones de derecho, ambas por otra parte se superponen parcialmente; el propietario aparente de una cosa tiene siempre la posesión de ésta, y el poseedor de un bien presenta frecuentemente, la apariencia de ser su propietario.

Pero mientras que la teoría de la apariencia considera un derecho por su exterior, bajo el ángulo de los terceros, la teoría de la posesión lo contempla en el interior por el lado del poseedor, para determinar qué provecho sacará éste de su posesión" (28).

Volviendo de nueva cuenta con *Ihering* se ha opinado que siempre prefirió para resguardar la seguridad del tráfico darle preferencia a la apariencia jurídica sobre la realidad. *Ihering* describe admirablemente el *corpus* al afirmar "que no es toda aprehensión sino lo que aparece como ejercicio de derechos" (29).

Saleilles también destaca que habrá posesión, cuando aquél que detenta aparece como dueño desde el punto de vista económico, no importando que tenga título o sea un ladrón, de otra manera, será poseedor aquél que en el mundo externo aparezca como dueño de la cosa y que además tenga el propósito de

(27).-Apéndice del Diccionario de Derecho Privado, pág. 84.

(28).-Diccionario de Derecho Privado T. II, pág. 3009.

(29).-Oscar Morineau, ob., cit., pág. 365.

serlo. "Saleilles funda la posesión en la relación de apropiación económica: es poseedor aquél que en el orden de los hechos aparezca gozando independientemente y a quien, entre todos aquéllos que mantienen relaciones de hecho con la cosa, deba considerársele, con justo título, como dueño de hecho de la misma.

Opina por último Saleilles que el título de toma de posesión habrá que tenerlo en consideración, sólo en tanto que contradiga las apariencias que revela el acto de la detentación y también cuando imprima la posesión del detentador un carácter de dependencia económica, que excluya la idea de posesión jurídica, porque según la teoría moderna se investiga el carácter jurídico del título posesorio para deducir de él el valor económico o social de la posesión y averiguar si quien se ostenta con todos los signos exteriores de la posesión es un dependiente de otra persona, que sólo posee como instrumento inteligente al servicio ajeno, en cuyo caso, este señorío o dominación no puede ser protegido por los tribunales" (30).

El mero hecho de poseer, por sí sólo, se respeta porque el Estado está en la imposibilidad de estar exigiendo de cada uno los títulos de posesión, esto por una parte y por la otra, que aquella persona que se considere o se encuentre lesionada en sus intereses, tiene amplias facultades para recurrir a la autoridad competente, para la resolución de su problema.

Se ha dicho que si la gran mayoría de las personas que poseen de hecho, no fueran los que tienen derecho a hacerlo, entonces se tendría que acabar con el derecho de posesión, puesto que bastaría con la sola presencia del derecho a la posesión. Además, "no basta que, por una mera tolerancia del verdadero propietario, realicemos algunos actos que nos hagan aparecer ante la

(30).-Antonio de Ibarrola, ob., cit., págs. 94 y sigs.

gente como dueños de la cosa poseída, es necesario que haya a nuestro favor siquiera una apariencia de derecho" (31).

Situándonos en el plano que se quiera, apoyando el pensamiento en cualquiera de las tesis de los brillantes juristas que sobre esta materia han trabajado, siempre será indiscutible que si un sujeto realiza la aprehensión de la cosa, si ejerce la posesión de la misma, comportándose como si realmente fuera el titular de la posesión y gozando de los derechos inherentes que trae aparejada, ese poseedor aparente es tenido por los terceros como legítimo poseedor, aunque en realidad no lo sea. Pongamos por ejemplo: un sujeto A, que no es legítimo poseedor por cualquier causa impeditiva, pero sin embargo está ejercitando los derechos (que derivan de la misma posesión) como si los tuviera, sobre una cosa que no le pertenece; y un sujeto B, que es el legítimo poseedor de ese objeto, pudiendo por ende en determinado momento acreditar su titularidad. Si B realmente está interesado en la posesión de la cosa y desea que se le reconozca por todo tercero como titular de la misma, tendrá que recurrir a la autoridad competente para poder hacer valer su título. En todo caso el Juez resolverá que la cosa sea devuelta al sujeto B, puesto que es el titular del *jus possidendi*.

(31).-Leopoldo Alas, Demófilo de Buen y Enrique R. Ramos, ob., cit., pág. 167.

Hay que anotar que mientras que el sujeto B hace valer su título, el sujeto A, ha sido reconocido por todos los demás sujetos (terceros) como si fuera legítimo poseedor, en otras palabras, es un poseedor aparente y la ley mientras no haga nada por impedirlo, ampara la posesión del sujeto A, aunque peticoriamente sea ilegítima, aunque objetivamente sea ilegítima. Y esta tutela se otorga no porque se piense que el derecho sea injusto, arbitrario, sino como un castigo para aquél poseedor indiferente, que no hace nada por hacer productiva su posesión, por hacerla circular en el mercado. Es por ello que se ampara al titular aparente porque él ha hecho producir la posesión, y esto redundará en beneficios no únicamente particulares sino para la colectividad. De esta forma se da solución a un problema de necesidad social. Es así que llegamos a la consideración de que socialmente es de utilidad la protección al titular aparente en la posesión.

En el Apéndice del Diccionario de Derecho Privado se cita; "en méritos del ius possessionis se crea una situación fáctica, cuyo mecanismo estriba en ejercitar, dentro de los límites señalados por la ley, el contenido de un derecho real, y ese ejercicio lo ostenta no un titular de tal derecho, sino un titular aparente: el poseedor en términos generales.

Examinemos las diversas clases de posesión y el entronque que en ellas tienen las situaciones de apariencia: A).-Posesión natural. La titularidad del que posee naturalmente le es dada por el sólo cauce del consentimiento del dueño, esto es, del auténtico titular; luego la legitimación del poseedor natural será simplemente indirecta. B).-Posesión en concepto de dueño. El poseedor en tal sentido sólo goza de una titularidad aparente, es decir, se muestra al exterior como titular del derecho real con facultad de funcionar como tal en el tráfico jurídico. Sobre esta construcción el ordenamiento ju

rídico le dispensa de un trato de rango superior, legitimándolo para ejercer las facultades inherentes al reconocimiento de esa titularidad.

C).-Posesión de buena fe. En esta forma de posesión es donde se acusa con mayor fuerza la protección otorgada por el ordenamiento jurídico al que figure como titular de la relación posesoria; se consagra la protección al titular aparente. Baste recordar los beneficios que la ley concede al poseedor de buena fe (adquisición de frutos, ius retentionis, exención de responsabilidad en los casos de pérdida parcial o total de la cosa, posibilidad de tener acceso a una titularidad definitiva a través de la usucapión ordinaria, ejercicio de la acción publiciana), para ratificar sin más las afirmaciones que preceden. D).-Posesión civilísima. En ella se da una apariencia de continuación en la posesión a efectos de la usucapión. A través de todas estas situaciones posesorias, se observa pues, el triunfo de la apariencia sobre la realidad, muy singularmente en la protección del poseedor en concepto de dueño y al poseedor de buena fe. Y es que en esas formas posesorias, se afirman unas situaciones de hecho, sobre la base de las cuales su detentador (poseedor o titular aparente) es investido por la ley de legitimación extraordinaria para realizar eficazmente actos de goce y de conservación congruentemente con la posición que ocupa en la relación posesoria singular" (32).

Creo que con mayor claridad se aprecian las características de la apariencia jurídica en el siguiente párrafo, "se ha puesto de relieve que la apariencia no es más que un juicio impersonal, es decir, expresado por la generalidad de los terceros e inherente a una investidura formal, es decir, a una forma de publicidad de un derecho (real), reconocida por

(32).-Ob., cit., pág. 85.

el ordenamiento jurídico, o simplemente un comportamiento correspondiente al contenido de una relación jurídica activa y objetivamente valorado..." (33).

II.-LA PRESCRIPCIÓN.

No es posible comprender la magnitud de la apariencia jurídica sin antes referirse a la prescripción ya que en ésta se manifiesta la utilidad que se deriva del uso de la primera, al mismo tiempo se especifica el beneficio reportado.

El maestro Ibarrola nos indica la definición que de prescripción aportaron los romanos "ademptio domini per continuationem possessionis tempore lege definito, la adquisición del dominio por la continuidad de la posesión por el tiempo que fija la ley. El poseedor ejercitaba sus derechos el pueblo romano ratificaba con su silencio los derechos del poseedor, su situación frente a la sociedad y frente al propietario descuidado y moroso quien perdía su propiedad en favor del poseedor. Es curioso al análisis que hace Aloys Müller de la institución de la prescripción. Por una parte el derecho es un conjunto de deberes para lograr la realización de los valores de la justicia y el orden, repite el maestro Ledesma; por otra parte el Estado que procura el orden social y el bien común tiene que echar mano de esta institución de la usucapión, que en realidad es aparentemente contraria a la justicia, para poder cimentar la tranquilidad de la sociedad" (34).

Como se puede apreciar la prescripción es una institución que favorece grandemente al poseedor aparente.

Bonnescase da un concepto de prescripción adquisitiva diciéndonos, que es

(33).-Apéndice del Diccionario de Derecho Privado, pág. 85.

(34).-Ob., cit., pág. 394.

una forma de adquirir una cosa a través de una posesión prolongada por un tiempo determinado.

Oscar Morineau explica la prescripción de una manera distinta a como lo hace la mayoría de los autores que han versado sobre el particular, para él las dos clases de prescripción: positiva y negativa tienen como nota característica la exención de la facultas exigendi por parte del titular indiferente. Al haber prescripción hay extinción de un derecho por no haberse ejercitado la facultas exigendi. En otras palabras, los efectos pueden ser varios y distintos, pero la prescripción ser una sola, textualmente apunta, "lo que pasa es que por siglos todos los autores han enseñado que existen dos clases de prescripción completamente diversas, la positiva y la negativa, debido a que observan al deudor cuando tratan de la negativa y al titular del derecho (propiedad o derechos reales) cuando se refieren a la positiva, sin darse cuenta que la prescripción es siempre la misma cosa, la extinción de la facultas exigendi ante la indiferencia de su titular, prolongada por determinado tiempo. Esta afirmación queda evidenciada en el caso del propietario que aunque no use la cosa por tiempo indefinido, jamás pierde su derecho, pero desde el momento en que deja de ejercitar su facultas exigendi frente al despojo, empieza a realizarse el supuesto que llegara a extinguir su derecho. El derecho de propiedad no se pierde porque el propietario no ejercite su facultas agendi, sino por dejar de exigir el respeto de la conducta que le ha sido facultada. De la misma manera el acreedor pierde su derecho por dejar de exigir el deber correlativo.

La finalidad de la prescripción es proteger la apariencia jurídica exterior, lo que aparece como ejercicio de un derecho, con el fin de fomen-

tar la certidumbre en la vida intersubjetiva, pero fundamentalmente con el de provocar la extinción de la facultas exigendi o con más precisión, la extinción de los deberes, ante la indiferencia del titular del derecho correlativo. Así como el derecho en general tiene como destinatario al derechohabiente, la prescripción tiene por destinatario al obligado frente a la indiferencia del titular de la facultas exigendi y tratándose de derechos renunciables solamente y de personas capaces de renunciarlos. Por esto motivo no es aplicable el principio ni a los bienes del dominio público ni a los incapacitados. Es importante observar que aún en el caso de la extinción de las servidumbres, el destinatario del derecho no es el obligado como tal sino en cuanto titular del derecho de libertad. Ante la indiferencia del sujeto activo procede destinar el derecho al pasivo, precisamente para convertirlo en sujeto de la libertad o con más precisión para que recupere su libertad.

La política de declarar extinguida la facultas exigendi por el no ejercicio, no solamente está justificada por ser la protección de lo que es frente a la indiferencia del titular de lo que debe ser, sino porque además sirve para hacer cesar el deber correlativo de todo derecho. La razón es clara; el deber aún el de abstención, representa una limitación a la posibilidad de accionar de parte de los obligados, a su libertad natural, por lo que ante la indiferencia del titular de un derecho renunciable es valioso provocar el retorno a la libertad⁽³⁵⁾.

Agrega que en todos los casos se procede como si se tuviera el derecho y al final del plazo legal se adquiere el mencionado derecho. La prescripción adquisitiva se funda en un bovarismo jurídico, en suponer que se tiene lo

(35).-Ob., cit., págs. 340 y sigs.

que no se tiene. Este bovarismo está justificado socialmente porque es conveniente y valioso proteger la apariencia de legalidad (ejercitar derechos como si se tuvieran) frente a la indiferencia de los que no se oponen y - la dejan circular en el mercado social, cuando pudieron oponerse jurídicamente a ella.

Klapp Saez manifiesta, "hay que tener en cuenta que la prescripción, ya sirva un interés social, ya sea un premio al trabajo, ya un castigo a la dejadez y al abandono, o todas estas cosas juntas, necesita de la publicidad del hecho posesorio que la origina. De otro modo sería injusto favorecer al poseedor que no se había atrevido a mostrarse como tal ante la sociedad, en beneficio de la cual se convertía en propietario, y castigar al dueño de una cosa de que maliciosamente le había ocultado el peligro que - corría. Que la posesión sea pública no quiere decir que todo el mundo sepa de ella sino que, todos puedan enterarse de la posesión de quien no tiene interés alguno en ocultarla" (36).

Se ha pretendido justificar también la prescripción desde un punto de vista estrictamente metafórico así tenemos que, " para que la sociedad fuese posible fué necesario que una prolongada posesión se convirtiese en un derecho. Quitádale esa base y todo se hace inseguro. En vano se remontaría uno de adquisición en adquisición hasta el primer propietario... Luego - después de un lapso de tiempo la posesión debe convertirse en el principio de derecho. Es más que un interés para la sociedad, es una cuestión de existencia. La sociedad, tiene pues, un derecho el mayor de todos, que oponer al individuo, y es que la sociedad no se concibe sino cuando la - propiedad está asegurada, y no lo está sino cuando la posesión la consoli

(36).-Klapp Saez, "Sistema posesorio en el Código Civil Mexicano", pág. - 78.

da. ¿De qué se quejaría el propietario si la ley prefiere a su derecho el derecho del poseedor? El derecho del propietario mismo fué en su origen una posesión que la sociedad confirmó y le dió la autoridad del derecho. Si la propiedad se puede fundar en la posesión también se puede adquirir por posesión contra el que deja de poseer" (37).

12.-EL DERECHO ALEMÁN Y SU INFLUENCIA EN NUESTRA LEGISLACION.

En el Derecho germánico se protegió a la posesión no solamente porque era una relación de hecho, sino porque se basaba en un derecho, aunque fuera de modo hipotético. El *animus rem sibi habendi*, siempre fué considerado como un elemento esencial, de aquí que se haya señalado un punto de conexión entre la posesión romana y la alemana. Además se puede agregar que la posesión se originaba respecto de los inmuebles, toda vez que en relación a los muebles solo había detentación, no posesión.

Al hacer referencia a este Derecho es menester aludir a la *gewere*, por la relevancia tan singular que tuvo. La *gewere*, "nos dice Jerónimo González es el elemento externo del derecho de cosas, la apariencia perceptible y notoria del derecho real incorpóreo, la forma de publicidad adecuada al tipo jurídico de la propiedad; o como opina Campuzano, la exteriorización adecuada a la relación jurídica formalmente protegida por el derecho. Siguiendo a estos autores puede afirmarse, que si la *gewere* dada su etimología procedía esta palabra de *were*, equivalente al verbo latino *vestire*, *investire*, y a la española *investidura*, en un principio sólo designó los hechos en virtud de los cuales se trasmitía el señorío jurídico de los inmuebles, posteriormente se sirvió para expresar el poder mismo que se adquiriría con el acto solemne y no se limitó como la posesión romana, a afir

(37).-Bigot Prémeneu, Exposición de los Motivos, Num. I (Locré, T.VII, pág. 334). Nota tomada de la tesis profesional de Julián Slim Helu.

mar el derecho y a favorecer su ejercicio sino que extendió su función legitimadora a terceros que de buena fe hubieran contratado con el titular aparente, dando lugar a una situación jurídica autónoma, por eso puede decirse que la *gewere* constituye el origen del moderno principio de publicidad" (38).

Klapp Saez comenta en relación al pensamiento innovador de Ihering lo siguiente: "naturalmente en los países donde se adelanta una reacción - contra el concepto individualista de la propiedad, para darle una función social y exigirle que preste un servicio efectivo a la colectividad, se ha ido a una revaluación del concepto de posesión.

En este terreno encontramos al jurista alemán Rudolf von Ihering en sus dos estudios, "De la voluntad en la posesión", y "Fundamentos de la protección posesoria". Para Ihering la posesión no es el poder físico sobre la cosa, sino la exterioridad de la propiedad, es decir, el estado normal externo de la cosa bajo el cual cumple su destinación económica de servir a los hombres. El Código alemán aceptó el criterio de Ihering en cuanto considera la posesión como un hecho económico y reconoce como poseedor a todo el que ejerce un poder de hecho sobre la cosa, aunque reconozca dominio ajeno, como el usufructuario y el arrendatario. Estima que es poseedor tanto el que posee la cosa a nombre de otro como el que lo hace para sí. Por eso acepta también que puedan existir dos poseedores de una misma cosa, uno que tenga la posesión inmediata y otro la posesión mediata, y aún puede suceder que el poseedor mediato posea a su vez a nombre de un tercero.

El Código en estudio se decide pues, por la fórmula que se ha dado en lla

(38).-Diccionario de Derecho Privado, T.II, pág. 3004.

mar objetiva, inspirada en la crítica hecha por Ihering a la doctrina de Savigny, crítica que tiende a relacionar el concepto de la posesión con el elemento económico" (39).

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

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

(39).-Ob., cit., págs. 9 y sigs.

ción no procedería en la especie, de la voluntad subjetiva del que se encuentra colocado en ella. El Código alemán no ha hecho tabla rasa del elemento intencional o voluntario de la posesión, pero en vez de considerar ese elemento intencional a la vez subjetivamente en la persona del poseedor y objetivamente en la relación de hecho establecida, se limita a considerar objetivamente en las circunstancias exteriores que han dado origen a la posesión. Así en Derecho alemán cuando se llevan árboles a mi jardín, o se envían mercaderías a mi almacén, o se echan cartas a mi buzón, adquiere la posesión, aún cuando todas las cosas hayan llegado a quedar bajo mi guarda sin mi consentimiento, o aún contra mi voluntad, pues la voluntad subjetiva del poseedor es indiferente; basta que las circunstancias exteriores hagan aparecer el poder de hecho como voluntariamente establecido.

Por el contrario, si el sombrero de un transeunte es arrebatado por el viento y cae en mis terrenos, no adquiero la posesión, aunque el sombrero haya llegado a quedar así bajo mi guarda, como los árboles llevados a mi jardín o las mercaderías llevadas a mis almacenes, o las cartas echadas a mi buzón. La razón por la que no debe reconocerse la posesión al poseedor del terreno no es la falta de voluntad subjetiva del poseedor, porque aún cuando existiera esa voluntad, no poseería sin embargo el sombrero mientras lo dejara abandonado en el sitio donde lo llevó el viento. Si no debe reconocérsele la posesión del sombrero, es únicamente porque las circunstancias exteriores en que se ha establecido la relación de hecho no le dan el aspecto de una relación establecida voluntariamente" (40).

A pesar de las fallas a que está expuesta la doctrina de Ihering, ha

(40).-George Cornil, "La voluntad y la distinción entre posesión y la detentación en el Derecho alemán", nota tomada de la tesis de Klapp Saez, págs. 19 y 20.

do aceptada por la mayoría de los juristas mexicanos, al igual que por nuestro Derecho positivo; y aún cuando con frecuencia se cae en contradicciones originadas precisamente por haberla aceptado, de cualquier manera en ella se inspira fundamentalmente.

Por otra parte, debe mencionarse la destacada influencia del Código alemán ya que nuestro ordenamiento jurídico hizo una adaptación del sistema de posesión adoptado por el primero, por tal motivo es fácilmente perceptible la infiltración de la experiencia jurídica en el pensamiento de nuestros legisladores, pudiéndose constatar lo anterior en el articulado del multicitado Código.

13.-EL CODIGO CIVIL SUIZO.

Merita un brevísimos comentario al Código civil suizo por la huella dejada en nuestros preceptos.

Merece especial atención dos puntos principalmente a saber: que se estimó en el ordenamiento en cuestión que la posesión es el ejercicio de un poder de hecho y que el goce efectivo de los derechos otorga la posesión de los mismos; además fué elaborada (como lo hace el Código alemán) la distinción entre poseedor originario y derivado.

14.-CODIGOS DE 1870 y 1884.

Como antecedente de nuestro actual Derecho positivo se encuentran los Códigos de 1870 y 1884, ambos contienen en sus respectivos preceptos una definición de posesión similar. En el artículo 822 del último de estos ordenamientos se preceptúa, "posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre". Con ello queda de manifiesto que fueron tomados muy en cuenta tanto el corpus como el animus. Los legisladores cuando elaboraron este conceptos tuvieron pro

sente lo que García Goyena exponía en su Proyecto de Código civil al señalar, "la posesión, es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho por nosotros mismos en concepto de dueño". Las tres últimas palabras no fueron transcritas en nuestros ordenamientos jurídicos citados con antelación, tal vez porque no siempre que hay posesión se encuentra el animus domini, o quizá porque se quiso permitir que fuera posible poseerse otros derechos reales o personales.

15.-PENSAMIENTO DE LA COMISION REDACTORA.

Antes de pasar a comentar algunos de los preceptos de nuestra legislación, es conveniente citar algunos párrafos del pensamiento de la Comisión Redactora para conocer en esta forma el motivo que los impulsó a adoptar la teoría objetiva de la posesión, y el de aceptar la conveniencia de la apariencia jurídica.

"Se ensayó implantar la teoría objetiva de la posesión, llevándola más lejos de donde habían llegado los Códigos alemán y suizo. En el Proyecto no se exige para conceptuar poseedor a alguna persona el animus domini de la escuela clásica, ni siquiera el animus possidendi de la escuela de transición, aceptado por el Código japonés, sino que basta para adquirir la posesión que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa, en provecho de quien la tiene, sin perjudicar a la colectividad...

De acuerdo con el Proyecto, los llamados detentadores serán poseedores porque hay que proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo.

La posesión es la consagración que el Derecho hace de una situación de hecho y no se necesita averiguar desde el punto de vista individualista, lo que quiere y piensa el beneficiario de esa situación de hecho, sino cómo

afecta ella a la colectividad a la que aquél pertenece como miembro.

Reglamentó la posesión sin título, es decir, el poder de hecho que se adquiere sobre una cosa independiente de toda autorización de su dueño. Esta posesión fué garantizada, cuando el poseedor hacía producir la cosa poseída, pues el beneficio que con esto recibe la colectividad amerita - que reconozca esa posesión como capaz de producir efectos jurídicos. Consecuente con este criterio, la Comisión estableció la posesión útil, es decir, la de aquél que hace producir la cosa, rodeando a esta posesión de más garantías y reconociéndole mayores efectos jurídicos. En concepto de la Comisión merece más protección el individuo que aunque sin ser propietario tiene una cosa en su poder la beneficia debidamente o la hace producir para satisfacer necesidades sociales, que el propietario indolente que mantiene ociosa su propiedad, la abandona e impide que la sociedad obtenga de ella el aprovechamiento que la colectividad reclama.

-Se evidencia aquí, la aplicación de la teoría de la apariencia jurídica dentro del marco de la posesión, bástenos recordar que aquél individuo que detenta una cosa, en tanto no se le exija la comprobación de su legitimidad, aparece como propietario ante todo el mundo, y con justa razón se ampara a este sujeto ya que en oposición a su conducta se sitúa el titular indolente con su habitual dejadez. El beneficio que se produce es singularmente claro en la Exposición de Motivos de la Comisión Redactora, es tutelado el titular aparente porque hace que de la cosa poseída se derive un beneficio individual y general.

Tocante a la posesión de bienes muebles se asienta, "la frecuencia y rapidez con que se hacen las transacciones sobre muebles impiden que éstas se sujeten a una publicidad formalista y complicada, por lo que no

puede establecerse para ellas , como regla general, el sistema de inscripción en el Registro Público.

Por eso, tratándose de muebles, la publicidad resulta del hecho de la posesión, constituye a la acción protectoria que en materia de inmuebles realiza la inscripción en el Registro y la Comisión aceptó el principio de que el poseedor de una cosa mueble se presume propietario de ella.

Se abreviaron los términos para las prescripciones reduciéndolos al mínimo cuando el poseedor, además de tener la posesión necesaria para --prescribir, tenía la posesión útil de que se acaba de hablar, pues se consideró que conviene estimular el esfuerzo productor, más bien que la lenidad del propietario, ya que la colectividad recibe un beneficio directo con el aumento de los productos destinados a su consumo" (41).

16.-COMENTARIOS SOBRE ALGUNOS DE LOS PRECEPTOS DE NUESTRO ACTUAL CODIGO.

En el título tercero del Código civil vigente, se encuentra reglamentada la posesión, comprendiendo del artículo 790 al 829.

Probablemente para evitar problemas pero principalmente porque el concepto de posesión es de difícil aprehensión y causante directo de reñidas discusiones en el presente articulado no contamos con una definición de posesión.

Se inicia este capítulo único, con el artículo 790, en el cual se preceptúa lo que debe entenderse por poseedor, admitiéndose la posesión como simple señorío de hecho. Independientemente de este señorío de hecho, para que exista la posesión debemos tomar en cuenta a las cosas que deberán ser susceptibles de ser poseídas.

(41).-Exposición de Motivos de la Comisión Redactora del Código civil de 1928 para el Distrito y Territorios Federales.

"Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo los dos son poseedores de la cosa. El que posee a título de propietario tiene una posesión originaria el otro, una posesión derivada" (79I).

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

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

Según el artículo 79I hay dos clases de poseedores. Los que poseen a título de propietarios, que tienen una posesión originaria, y los poseedores derivados. En el primer caso la posesión es lisa y llanamente el -

ejercicio del dominio. Ser propietario significa poder gozar y disponer de una cosa con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes (art. 830 del C. civ. mex.). Pero la posesión puede aparecer también separada del dominio, es lo que ocurre en el caso del poseedor derivado.

Cuando corresponde a quien no es dueño de la cosa, existen bien diferenciados dos aspectos: el del poseedor que sin ser dueño, objetivamente aparenta serlo, toda vez que concurren a su favor los antecedentes necesarios para que la transferencia o la adquisición se hubiere logrado; y el del poseedor puro y simple, despojado de esta apariencia de dominio porque no concurren a su respecto las circunstancias o elementos necesarios para que se hubiere operado a su favor la transferencia o la adquisición del dominio" (42).

En caso de despojo el que tiene la posesión originaria goza del derecho de pedir que sea restituido el que tiene la posesión derivada, y si éste no quiere o no puede recobrarla, el poseedor originario puede pedir que se le dé la posesión a él mismo (792).

Observamos que con ello, se ha dado una mayor ampliación a la protección posesoria, al presumirse que quien se haya ejercitando el señorío de hecho sobre la cosa es porque tiene derecho a hacerlo.

Aquél que posee en virtud de una relación de dependencia respecto del propietario de la cosa, en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que recibe de él, no es poseedor por la simple razón que no está ejercitando un señorío de hecho propio sino ajeno. Saleilles, comentando este tipo de posesión, afirma que no merece el nombre de posesión, porque en rigor de verdad quienes la ejercitan no tienen interés en ella. Por ello se pue-

(42).-David Stitckin, "Apuntes de Derecho civil profundizado y comparado" nota tomada de Klapp Saez, ob. cit., págs. 15 y sigs.

de concluir que el precepto relativo (793), es la excepción a la regla de que el que realiza el poder de hecho sobre la cosa es poseedor.

Con el art. 794 se ha dado pauta, para que se admita tanto la posesión de bienes corporales como de los incorporales, lo que supone que también los derechos son susceptibles de ser poseídos.

Art. 795, puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario, y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona a cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique. En este artículo se hace referencia expresa de los sujetos que pueden adquirir la posesión, además se explica su contenido porque el ejercicio del poder actual confiere el derecho a aquél que realiza el hecho, luego entonces, el que va a adquirir el derecho está ejercitando el dominio actual sobre la cosa. Como resultado tenemos que la posesión puede ejercitarse *corpore et alieno*.

Los artículos 796 y 797 se relacionan entre sí, probablemente la intención que se haya perseguido por el legislador haya sido la de dejar aclarado que cada uno de los copropietarios posee únicamente su parte, porque pudiera suceder que uno sólo de ellos quisiera adjudicarse por prescripción toda la cosa.

"La posesión dá al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales. 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 (798)". De esta forma se expresa la presunción de propiedad para aquél que ha ejercitado

el poder de hecho, encontramos de nueva cuenta la influencia marcada de la teoría objetiva de Ihering. Al quedar asentada esta presunción juris tantum, se libera al titular de la posesión del onus probandi, en tanto que el propietario tiene que probar sus derechos, convirtiéndose automáticamente el poseedor en demandado, posición que le favorece grandemente, por la comodidad de la misma. Aquí se enfrenta uno con la apariencia de derecho, porque el que ejerce el poder de hecho es tenido por propietario, de lo que resulta que aquél que sin poseer un derecho, lo ejercita, lo goza, en una palabra se ostenta como poseedor, la ley lo considera como tal para todos los efectos legales, salvo que en este caso concreto, el titular verdadero reclame el derecho que le pertenece. Y ello es así, porque se ha pensado que la posesión aparente es un dominio aparente, la objetivización del mismo, o bien el conducto que lleva a adquirirlo, ¿por qué se ampara al poseedor aparente? simplemente por una necesidad social, porque como se ha expresado con anterioridad, el poseedor aparente está prestando un servicio a la sociedad por el hecho de estar haciendo producir la cosa poseída, está incorporando riqueza a la colectividad, mientras que el auténtico propietario adopta una actitud negligente.

El art. 799 confirma que el apoderamiento de hecho produce efectos jurídicos en nuestro Derecho.

El adquirente de buena fe que tenga en su poder monedas o títulos - al portador, aparece como propietario legítimo, colocándose para efectos judiciales en calidad de demandado (800).

El poseedor actual, también se favorece con la presunción de que poseyó en el intermedio cuando logra demostrar, que poseyó anteriormente (801).

Cuando se posee un inmueble se presume que la posesión se extiende para cada una de las cosas muebles que se encuentran en el citado inmueble (802).

Art. 803.-Todo poseedor debe ser mantenido o restituído en la posesión contra aquéllos 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 los títulos iguales la más antigua.

Si las posesiones fueren dudosas, se pondrán en depósito las cosas hasta que se resuelva a quién pertenece la posesión.

Se advierte, que el que tenga mejor derecho que el poseedor no puede modificar la situación de hecho existente de motu proprio, sino que tiene que recurrir a hacerlo valer ante las autoridades competentes.

En este artículo se encuentra el fundamento de la protección posesoria y es a todas luces útil, por haberse aceptado la doctrina de Ihering. Es de tal forma mantenido y restituído el que haya ejercitado el poder de hecho, frente al despojo, que es defendido contra todo tercero, inclusive contra aquéllos que tienen derecho a poseer, Oscar Morineau dice, "de no haber aceptado la doctrina de Ihering, el art. 803 resultaría inútil; pero habiéndola aceptado, dicho precepto es necesario, pues si se considerara que el poseedor jurídico está autorizado a poseer la cosa, es necesario decir, que deja de estarlo cuando otro sujeto prueba ser titular del derecho de usar, disfrutar, o retener..." (43).

La desposesión por más de un año es el supuesto para que el poseedor pierda el derecho de ejercitar el interdicto de recuperar la posesión, se ha dicho que más bien es un supuesto necesario para el despojo, que reditúa un beneficio notable al despojante (804).

(43).-Ob., cit., pág. 381.

Quando alguien es restituido o mantenido judicialmente en su posesión, se estima que nunca fué perturbado, y esto es precisamente porque si fué restituido o mantenido judicialmente, quiere decir que hubo algún acto an^{ti}jurídico, y como tal no puede producir efectos como interrumpir la prescripción, y a su vez se desprende que el afectado tuvo que recurrir ante las autoridades para hacer valer su derecho, tal vez esto es una especie de premio ya que no usó de la fuerza ni se hizo justicia por sí mismo.

En el precepto 806, se dá la definición del poseedor de buena fe y a contrario sensu se infiere el poseedor de mala fe. La buena fe tiene título, la mala fe no lo tiene. La buena fe siempre se presume, la mala fe del poseedor debe ser probada por el que la afirma (807).

El poseedor de buena fe, generalmente es protegido por la ley, ya que le otorga determinados beneficios, esta protección desde luego se extiende a los poseedores de buena fe aparentes. La buena fe se exige durante todo el tiempo que dure la posesión (808).

En el art. 809 se estatuye que el derecho de posesión es la autorización de la posesión de hecho, de tal manera que al otorgarse esta autorización, se debe entender también la posesión de los frutos, Oscar Morineau expresa, "cuando se concibe la posesión como el ejercicio al poder de hecho se implica que también se tiene derecho a las consecuencias, como lo son la facultad de actuar sobre la cosa y apropiarse de los frutos" (44).

En nuestro ordenamiento se hace una enumeración de los beneficios tendientes a favorecer a los poseedores de buena fe, en la fracción III se señala el beneficio de retirar las mejoras voluntarias, esto mismo se vuelve a repetir en el art. 815.

La buena fe extingue la responsabilidad y por lo tanto al poseedor -

(44).-Ob., cit., pág. 455.

que queda comprendido dentro de este supuesto no se le hace responsable de la pérdida o deterioro de la cosa, como contrasta con este precepto tenemos el 812, que hace alusión a la mala fe y en el cual se observa un castigo para el que esté comprendido dentro de este supuesto.

Quien ejerce el poder de hecho por más de un año aunque sea de mala fe tiene derecho a determinadas prestaciones, como lo son las dos terceras partes de los frutos industriales, este precepto en lo particular ha dado mucho en qué pensar, pero es innegable que se consigna claramente que una posesión simple aún cuando sea de mala fe dá derechos a los frutos y también al ejercicio del poder de hecho.

El maestro Morineau, deriva de este artículo la validez de su doctrina formulada en su libro "El Estudio del Derecho". "En efecto el citado precepto otorga al poseedor mencionado las dos terceras partes de los frutos industriales. Lo primero que se ocurre preguntar es qué son tales frutos, el art. 890 del Código civil vigente los define son frutos industriales los que producen las heredades o fincas de cualquier especie, mediante el cultivo o el trabajo. Luego, se trata del trabajo de una persona, es indiscutible que toda persona tiene derecho al producto de su trabajo, a todo el producto de su trabajo. Pero en el presente caso se le otorga al poseedor de mala fé sólo las dos terceras partes, en vista de que se trata no sólo del producto de su trabajo sino al trabajo aplicado a la finca o heredad ajena. Por tanto, el artículo analizado no nos autoriza a afirmar que el derecho de posesión es la facultad de actuar sobre las cosas, ya que el que lo hace sin derecho tiene que pagar la tercera parte del producto de su trabajo por el hecho de haber utilizado la cosa ajena, por el hecho de haber actuado sobre ella. Que la tercera parte sea

muy poca o mucha, no viene al caso. Lo importante es que el poseedor está obligado a indemnizar por el hecho de haber actuado sobre la cosa, cuando sólo es poseedor jurídico y no titular del *ius possidendi*, o poseedor de buena fe, pues ya hemos verificado que la buena fe engendra derecho a determinadas prestaciones. El resto del artículo confirma nuestra tesis en forma plena. Efectivamente el mismo poseedor tiene que devolver los frutos naturales y civiles y responder del deterioro o pérdida de la cosa sobrevinidos por su culpa. Este artículo contrasta radicalmente con el 810, que otorga al poseedor de buena fe, con título traslativo de dominio, los frutos percibidos, inclusive los civiles y naturales, el derecho a que le paguen todos los gastos necesarios lo mismo que útiles" (45).

Art. 814.-El poseedor que haya adquirido la posesión por algún hecho delictuoso, está obligado a restituir todos los frutos que haya percibido la cosa y los que haya dejado de producir por omisión culpable. Tiene también la obligación impuesta por la fracción II del art. 812.

Klapp Saez comenta, "así, el ladrón que posee en la misma forma que posee el usurpador dá lugar a una posesión nacida u originada ilícitamente, por que es una posesión viciosa, pero puede convertirse en posesión útil para adquirir el dominio por la prescripción positiva. Toda posesión adquirida en esta forma puede ser rechazada, o mejor dicho, puede ser contradicha en los Tribunales de Justicia por el que ha sido privada de ella, pero esto no quiere decir que tal posesión no pueda convertirse en real y efectiva y por tanto amparada por el Derecho mediante la continuidad en la misma sin oposición de nadie...

A pesar de la repugnancia que causa considerar que una situación de hecho

(45).-Ob., cit., pág. 389.

amparada por la ley como es la posesión, pueda ser originada por un hecho delictuoso, debemos admitirla, teniendo en cuenta que la posesión es un hecho. El poseedor perturbado en su posesión deberá recurrir a la justicia ejercitando las acciones que le competen. Ahora bien si el poseedor perturbado no ocurre ante el juez dentro de los plazos que la ley le concede la misma ley sanciona su negligencia, y da lugar a que se inicie una posesión, si bien de mala fe, en favor de quien la ha adquirido por este medio delictuoso" (46).

Los arts. 816, 817, 818, y 819 señalan qué debe entenderse por frutos civiles, gastos necesarios, gastos útiles y gastos voluntarios respectivamente. El art. 820, habla del deber de justificar los gastos, el 821 de la compensación, el 822 a quién deben beneficiar las mejoras de la naturaleza y del tiempo, el 823 anota la posesión pacífica, el 824 qué debe entenderse por posesión continua. Este requisito es indispensable si se considera que al ejercitar el poder de hecho se manifiesta el derecho. En todo caso para poder conservar el derecho de posesión es necesaria la continuidad.

El artículo 826 es muy importante en la posesión, textualmente apunta, Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción.

La posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, (827), "significa el establecimiento de una presunción juris tantum en provecho de aquella persona que ejerce el poder de hecho sobre la cosa, destinada a darle estabilidad a una situación que a los ojos de todos aparece como la normal. De ahí que quien empezó a poseer en calidad de posee

(46).-Ob., cit., págs. 38 y 81.

der derivado, sea reputado como un poseedor de esta naturaleza, a menos - que pruebe intervención en su título (cambio de causa en su posesión), en cuya virtud deba considerársele poseedor originario.

Externamente no hay diferencias entre el poseedor originario y el derivado este último aparece ante todo el mundo realizando o pudiendo realizar los mismos actos que el que posee a título de propietario. De aquí que, como - una consecuencia, quien le disputa su posesión deberá desvirtuar la apa- - riencia de propiedad con que se inviste y probar que se trata de una pose- sión derivada" (47).

La pérdida de la posesión es tratada por el artículo 828, en su fraco. I nos hace recordar el apago a la corriente de Ihering. En este precepto se hace alusión a la pérdida de la posesión de cosas, en tanto que el 829, se refiere a la pérdida de los derechos.

(47).-Klapp Saenz, ob., cit., pág. 54.

CAPITULO SEGUNDO

SOCIEDAD CIVIL.- 17.- Sociedad Civil en el Derecho romano. 18.- Sociedad - civil y sociedad mercantil. 19.- Diferencias entre la sociedad mercantil - y la sociedad civil. 20.- Clases de sociedades civiles. 21.- Personalidad de las sociedades civiles. 22.- Naturaleza de la sociedad. 23.- Elementos de existencia del contrato de sociedad. 24.- Requisitos de validez. 25.- Clasificación del contrato de sociedad. 26.- Organos de la sociedad. 27.- Definición de sociedad civil. 28.- Sociedades irregulares. 30.- Sociedad - irregular y sociedad de hecho. 31.- Personalidad jurídica de la sociedad - irregular. 32.- Formas que pueden dar surgimiento a las sociedades civi-- lts irregulares. 33.- Nulidad en la sociedad civil irregular. 34.- La apa- riencia en la sociedad irregular o de hecho. 35.- Regulación legal. 36.- Derechos y obligaciones de los socios.

Antes de tratar lo relativo a las sociedades irregulares o de hecho, es menester precisar qué es una sociedad civil, cuál ha sido la opinión de la Doctrina sobre la misma, la distinción de sociedades civiles y mercantiles, naturaleza de la sociedad civil, etc., para posteriormente puntualizar en qué momento estamos frente a una sociedad irregular, y cuál es la aplicación y utilidad de la apariencia jurídica en la regulación de la mencionada sociedad.

17.-SOCIEDAD CIVIL EN EL DERECHO ROMANO.

Fue considerada como un contrato consensual e intuitu personas, "era el contrato por el cual dos o más personas ponían en común determinados objetos o sus energías, o una combinación de objetos y energías, para dedicarse a determinadas actividades, no necesariamente económicas, y repartir se los resultados.

Se trataba de un contrato bilateral o multilateral perfecto y, por tanto de buena fe. Además, las relaciones entre las partes estaban impregnadas de una atmósfera de fraternitas, que suavizaba el resultado de la intervención judicial, mediante la introducción del beneficio competentiae, y reducía la responsabilidad por culpa leve al nivel de la culpa leve in concreto.

Las partes se obligaban a hacer la aportación convenida y a cuidar los intereses de la sociedad. Pero como los socios deberían conocerse inmediatamente, ninguno podía reclamar al otro más de lo que, en vista de sus cua

lidades especiales, podía esperarse de él. De ahí que cada socio respondiese sólo de la culpa levis in concreto, como acabamos de mencionar; cada uno se asociaba no con un abstracto "buen padre de familia", sino con un concreto amigo suyo, cuyos defectos conocía.

Como la sociedad antigua no tenía personalidad jurídica, las aportaciones de bienes hechas por los socios no eran transmisiones a la sociedad, sino que solían convertirse en copropiedad de los socios o eran objeto de un comodato o de un mutuo, según lo que convenían los interesados" (I).

18.-SOCIEDAD CIVIL Y SOCIEDAD MERCANTIL.

Rodino comenta, que la distinción entre sociedades civiles y mercantiles fué desconocida en Derecho romano y al respecto apunta, "aunque en aquel pueblo adquiriése el tráfico comercial progresiva importancia y extensión, y al lado de las sociedades civiles apareciesen grandes sociedades (las societas publicanorum) que representan cierta analogía con las sociedades anónimas, es lo cierto que la doctrina y la práctica de la jurisprudencia romana no experimentaron la necesidad de un Derecho especial y excepcional para el comercio. Sólo en la Edad Media, a causa del gran desenvolvimiento del tráfico, y principalmente después de la constitución de la clase de los comerciantes, que creó un Derecho y procedimientos propios, comenzó a sentirse la insuficiencia para las sociedades comerciales de las normas del Derecho romano relativas al contrato de sociedad.

Así, a la distinción económica de las dos especies de sociedades, siguió la jurídica, surgida por la necesidad de ciertas normas particulares --

(I).-Guillermo Floris Margadant, "Derecho Romano", págs. 408 y sigs.

(distintas según las varias formas de sociedades comerciales que empezaban a manifestarse y encomendadas a asegurar mediante la publicidad, y a veces mediante el vínculo de la solidaridad, los derechos de los terceros), normas que llegaron a alcanzar fuerza de ley, principalmente en los primeros siglos de la Edad Moderna" (2).

Los antiguos romanos distinguieron las sociedades en universales y particulares, según la cuantía de la aportación con relación al patrimonio de los socios.

Las sociedades universales eran de dos clases:

1).-La sociedad universal de todos los bienes (*societas universorum bonorum*), o sea aquella en que todos los socios se obligaban a poner en la compañía la totalidad de lo que poseían en el momento de la celebración del contrato y todo lo demás que en lo futuro adquirieran por cualquier título legal, inclusive por herencia, legado o donación y,

2).-La sociedad universal de todas las ganancias (*societas universarum eorum que estu veniant*) en virtud de la cual los asociados se reservaban la propiedad de todos los bienes presentes y futuros; pero ponían en común la totalidad de los frutos y rendimientos que esos bienes produjeran; así como todo lo demás que los contratantes adquirieran por su trabajo o por su industria. En una palabra, las sociedades universales eran aquellas que abarcaban la totalidad de los respectivos patrimonios de todos los socios, o bien únicamente los frutos, productos o rendimientos de esos patrimonios.

Particulares eran aquellas que comprendían sólo una parte del patri-

(2).-Rodrigo, "El contrato de sociedad nel Diritto civile", pág. 342, nota tomada de José Castán, "Alrededor de la Distinción entre las sociedades civiles y las comerciales", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, pág. 6.

monio de los socios; y se subdividían en tres especies:

A).-Las formadas para la realización de alguna negociación determinada (societas negotiacionis alicujus), por ejemplo, para comprar y vender esclavos, aceite, vino, trigo, etc...

B).-Las vectigales (societas vectigalis) o sea las formadas con el fin de comprar al Estado las rentas públicas, y

C).-Las sociedades singulares (societas rei unius) que eran las constituidas para la explotación de una cosa única: un terreno por ejemplo" (3).

19.-DIFERENCIAS ENTRE LA SOCIEDAD MERCANTIL Y LA SOCIEDAD CIVIL.

El nacimiento de las sociedades civiles y mercantiles obedece a determinados estados históricos, por tal motivo, como comenta un notable jurista, no son producto de legisladores ni de jurisperitos sino principalmente creación del intelecto popular desarrollado a través de los siglos, es por ello que carecen de la belleza de las obras de un legislador.

A pesar de que el Derecho mercantil se fué separando poco a poco del civil hasta lograr su autonomía, es posible afirmar que no hay diferencia específica y tajante entre ambos derechos, puesto que pertenecen a una misma rama que es el Derecho privado, a más de que regulan relaciones entre particulares, sin embargo se ha pretendido encontrar una serie de distinciones entre los dos, y desde luego que el tema de las sociedades no pudo haber sido una excepción, no obstante se puede afirmar que, "aunque sean pocas no deja de haber legislaciones que han sabido sustraerse a ese dualismo que tanto complica al Derecho privado. En el Derecho anglosajón, en el escandinavo, en el suizo, y en el de la actual República de los Soviets no existe moderna distinción entre sociedades civiles y comerciales. Sólo

(3).-Lic. Manuel Cervantes, "Sociedades Civiles y Mercantiles", pág. 7.

hay un cierto número de tipos de sociedades que, aunque se aproximen más o menos a unos u otros de aquéllos, podemos conceptuar como neutros y pueden ser adoptados indistintamente por comerciantes y no comerciantes"(4).

Se han sentado cuatro criterios para marcar la diferencia entre una y otra especie de sociedad:

1).-El relativo a las personas que integran la sociedad, atendiendo desde luego el carácter del sujeto que concurre a su formación, si es comerciante o no es comerciante, la sociedad formada podrá ser civil o mercantil.

Esta postura no está a salvo de críticas, puesto que no siempre los comerciantes realizan actos de comercio, de manera que nada tiene que ver la cualidad profesional de los individuos que integran una sociedad, para que se puede proyectar en ésta el carácter de civil o mercantil

2).-La intención de los contratantes. También es desechable, porque no se puede dejar al libre albedrío la designación de sociedad civil o mercantil, por ejemplo, puede suceder que varias personas se reuniesen con el fin de integrar una sociedad, y la calificaran de civil, cuando en realidad por sus operaciones, se dedicarán a desarrollar una actividad meramente comercial.

3).-Sistema formal. Este ha sido prohibido por la mayoría de las Legislaciones. Si una sociedad se constituye con arreglo al Código civil será civil, y si lo hace conforme a la Ley de Sociedades Mercantiles, será mercantil.

4).-Criterio objetivo. Cuando una persona realiza de modo permanente una actividad comercial, la sociedad integrada por éstos será mercantil y si no, será civil; pero para poder aplicar este criterio, primero es necesario llegar a un concepto en que todos estén de acuerdo, sobre el acto de

(4).-José Castán, ob., cit., pág. 6.

comercio, para poder saber cuándo una persona lo está ejercitando. Como el acto de comercio implica una materia de variada especulación, en la práctica casi no ha encontrado seguidores, muy a pesar de que juristas como Thaller, Vicente y Gella, etc., lo han defendido.

En nuestro Derecho para hacer esta distinción se ha adoptado una posición formal, como lo indican los artículos 2688 del Código civil, y lo de la Ley De Sociedades Mercantiles.

20.-CLASES DE SOCIEDADES CIVILES.

Respecto a las clases de sociedades, el maestro Leopoldo Aguilar agrega que éstas pueden ser: "A).-De personas o de capitales, las primera se forman intuitu personae, por las cualidades individuales de sus miembros, en cambio las segundas se constituyen tomando en cuenta exclusivamente la aportación, independientemente de las personas. En las primeras no se pueden admitir nuevos socios sino con el acuerdo unánime de los demás; en cambio en la segunda pueden transmitir sus derechos sin el acuerdo de los demás; en las primeras existe el derecho del tanto.

B).-Universales y particulares. Las sociedades universales, además se subdividen en sociedades de todos los bienes presentes o de todas las ganancias. Son muy raras y el Código no las reglamenta.

Las sociedades universales de ganancias, sólo serán de los socios últimas, no la propiedad.

La sociedad particular se refiere sólo a determinados bienes y comprende sólo parte del patrimonio" (5).

Como una clasificación más de las sociedades, es de consignarse la relativa a las sociedades regulares e irregulares, que reservo para tratar

(5).-Leopoldo Aguilar C., "Contratos", pág. 229.

posteriormente.

21.-PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES.

Regularmente, al hacer alusión a la persona pensamos de inmediato en una persona física, no obstante existen seres que sin tener las características de una persona real, y a pesar de ser antes ideales el Derecho les atribuye personalidad. En otras palabras la atribución de personalidad jurídica es una creación de la técnica del Derecho.

El Lic. Lozano Mariaga piensa que no es factible formular una definición que sea aceptada por todos, de persona moral, pero lo que sí es viable - hacer es dar un concepto negativo de la misma, y decir que persona moral es aquél ser capaz de derechos y obligaciones y que no constituye una persona física.

"A pesar de ser ya conocida en el Derecho romano la sociedad civil, no se la consideraba como una entidad independiente de los individuos que la constituían, y este punto de vista fué el dominante durante mucho tiempo. Tan sólo las sociedades mercantiles consiguieron desde fecha relativamente antigua ver reconocida su personalidad.

En nuestro Derecho histórico, constituido en este punto por el Título I de la Partida 5a., no se reconocía la personalidad de las sociedades. Hoy el Código civil sí la reconoce de un modo evidente" (6).

Al celebrarse el contrato de sociedad, por las partes concurrente - (socios), se desarrolla una situación particular que es precisamente la creación de una persona moral o persona jurídica, diferente a cada uno de los socios. Este es, pudiera aseverarse, un efecto sui generis característico del contrato de sociedad. Cualquier ejemplo que examinemos a

(6).-Leopoldo Alas Argüelles, "Derecho Civil", pág. 766.

excepción del contrato de asociación, nos puede servir para demostrar cómo el efecto primordial es la creación de derechos y obligaciones, pero en el de la sociedad, además de darse este efecto, se produce el nacimiento de un ente distinto de los socios.

Existen varias teorías que tratan de explicar la personalidad, el Lic. - Lozano Nariega nos expone en sus Apuntes de Contratos, algunas de ellas, por ejemplo, la Teoría de la Ficción, cuyo autor es Savigny quien comenta que el término persona jurídica es elaborado por el Derecho, por el Estado, para que se pueda hablar de persona jurídica es necesario que el Estado las cree, inclusive las personas físicas deben ser reconocidas - por él.

Ferrara pensó que debería existir un concepto unitario de personalidad que se pudiera aplicar tanto a las personas físicas como a las morales, sin embargo llega a conclusiones semejantes a las de Savigny, en cuanto que reconoce fundamentalmente que la persona jurídica no es sino una forma jurídica, una construcción del Derecho.

Autores como Brins y Becker, elaboraron la Teoría de los derechos sin sujetos, sus ideas en sí no pueden considerarse como innovadoras, puesto que ya desde el Derecho romano había sido expuesta en otros términos por Laboón, arguyen que el reconocer que las personas morales son entes ficticios a los que se les cuelga ese atributo de persona jurídica ese estado de ser capaces de derechos y obligaciones, es tanto como querer colgar un sombrero de un clavo que hipotéticamente está en una pared. Dice Brins, que es preferible admitir sencillamente que existen derechos sin sujeto. Sus ideas han sido tildadas de radicales por los autores franceses, pero tal vez sea la única teoría apta para explicar algunas perso-

nas morales por ejemplo, las fundaciones.

Hans Kelsen explica, "la persona jurídica en el sentido estricto de la palabra no es sino la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, o por decirlo así, un punto de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden.

Como el concepto de la -persona- llamada física es sólo una construcción jurídica y como tal, difiere del concepto de -hombre-, la persona física es en realidad una persona jurídica. Si la llamada persona física es una persona jurídica, no puede haber ninguna diferencia esencial entre ella y la que por regla general se considera exclusivamente como -jurídica-.

...al definir la física como hombre y la jurídica como algo que no es un hombre, la ciencia jurídica tradicional vuelve a oscurecer la igualdad esencial que entre ellas existe.

Declarar que toda persona jurídica es en el fondo, un sujeto de Derecho, y que sólo las personas jurídicas existen en el reino del Derecho, es a fin de cuentas una tautología" (7).

En otros términos, Hans Kelsen resuelve este problema a través de la imputación normativa, o sea que el ser o sujeto de derecho al que se le atribuye la realización de determinados actos jurídicos viene a ser la persona moral.

Pero aún cuando se han elaborado un crecido número de tesis para encontrar una solución a este singular problema, y aún cuando se expongan de un modo o de otro, las consecuencias que se alcanzan al crear la personalidad moral son las mismas.

(7).-Hans Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado", traducción de Eduardo García Maynes, págs. 113 y sigs.

22.-NATURALEZA DE LA SOCIEDAD.

Sumamente interesante ha sido el punto relativo a la determinación de la naturaleza de la sociedad, antes de pasar a comentar algunos de los trabajos elaborados, es conveniente advertir que en nuestro Derecho la de limitación de la naturaleza de ésta, está claramente definida.

El maestro Leopoldo Aguilar comentando las teorías surgidas dice que, "se pueden dividir en dos grandes grupos: las que afirman que la sociedad no es un contrato, sino un acto complejo, y las que afirman que la sociedad es un acto constitutivo.

Gierke afirma que las voluntades de los socios no son suficientes pa ra crear la personalidad jurídica, que se constituye por un acto unilatera l, ya que las voluntades de los socios no son opuestas, sino paralelas.

Ascarelli dice que, es un contrato de organización, que tiene la cara cterística de ser plurilateral, porque cada socio entra en relación - con la sociedad y los demás socios, solución distinta a los contratos bila terales; es un contrato atípico, en el sentido que las obligaciones no están determinadas mediante formas preestablecidas, como acontece en los contratos de cambio, sino obligándose a hacer, dar, o no hacer, a veces simultáneamente.

Finalmente como contrato de organización, las partes no sólo tienen el - deber sino el derecho de cumplir con sus obligaciones.

Leon Duguit fué el primero que negó con acopio de argumentos, la na turaleza contractual de la sociedad, aduciendo que hay actos plurilaterales, que producen derechos y obligaciones y sin embargo no son contratos. Estos actos plurilaterales son: el contrato, el acto colectivo y el acto unión.

El contrato tiene como característica que las declaraciones de voluntad de las partes son encontradas y diferentes, hay oposición de intereses.

El acto colectivo, también es plurilateral, pero su contenido y finalidad de la declaración de voluntades son semejantes,

El acto unión también es un acuerdo de voluntades, cuyo contenido es el mismo, pero la finalidad es diferente" (3).

Las críticas que han surgido para combatir la tesis de Leon Duguit, han conducido a algunos juristas a estimarlo como un acto jurídico complejo, es decir hay actos jurídicos plurilaterales que son contratos y hay actos jurídicos plurilaterales que no son contratos, para poder distinguir entre unos y otros hay que analizar el objeto y los fines que se encuentran en los contratos.

"Tradicionalmente la sociedad se ha considerado como un acto jurídico de naturaleza contractual: un acto jurídico plurilateral de naturaleza contractual. Desde el Derecho romano se estudió la sociedad como un contrato, pero fundamentalmente autores de Derecho público, el iniciador de ellos Leon Duguit, en su Tratado de Derecho Constitucional, Hauriou, Saleilles, etc., han discutido la naturaleza contractual de la sociedad, Duguit por ejemplo ha negado el carácter contractual para esta operación jurídica contrato de sociedad.

...debemos considerar dos momentos en una sociedad; el momento de su constitución, de la celebración de ese contrato; por otra parte débese analizar la época en que permanece vigente esa sociedad, esa persona moral creada por ese acuerdo de voluntades para determinar la naturaleza -

(3).-Ob., cit., pág. 226.

jurídica de un acto.

Hay que atender el momento en que ese acto nace, se produce, es ese momento cuando se está formando la sociedad, cuando llega a perfeccionarse ese llamado contrato, para emplear la terminología de Duguit, existe el acuerdo de voluntades con producción de efectos jurídicos y con oposición de intereses. Cada uno de los contratantes, cada uno de los socios trata de asegurarse para sí el mayor número de ventajas posibles en detrimento de los otros socios, en ese momento cada quien persigue un interés individual.

Organizada la sociedad momento número dos, ya el interés de los socios es común; es un interés de cooperación porque si la sociedad obtiene utilidades, beneficios, cada uno de los socios obtendrá una parte de las utilidades. Pero en el momento en que la sociedad se organiza, en el momento en que se crea, es el momento que debemos atender para fijar la naturaleza jurídica de un acto, en ese momento hay oposición de intereses, porque cada uno de los socios trata de obtener para sí el mayor número de ventajas" (9).

El maestro Rojas Villegas afirma que un contrato es un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y si la sociedad nos refleja todos y cada uno de los elementos de un contrato, lo único que puede concluirse es que la naturaleza de la misma no puede ser otra que la de un contrato.

23.-ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

Están integrados como en todos los demás contratos por: consentimiento y objeto. Tocante al consentimiento no se presenta ningún problema ex

(9).-Losano Noriega, ob., cit., págs. 475 a 491.

cepcional, el maestro Salvador Ruiz de Chávez expresa que, "es el acuerdo de dos o más personas para combinar sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico" (10).

Respecto al objeto, hay que señalar un objeto mediato y otro inmediato.

El primero puede consistir en obligaciones de dar (traslativas de dominio o traslativas de uso y goce), de hacer o no hacer. Este objeto mediato es el objeto del contrato. Al hablar del objeto inmediato, se advierte que éste puede ser de muy diversa índole, ya que habrá que indagar las clases de operaciones que se van a realizar, a qué negocios se va a dedicar la sociedad, qué actividad va a desarrollar, sabiendo esto se habrá localizado el objeto inmediato.

Además de estos dos requisitos de esencia, en el contrato de sociedad existen otros más y es así que se señalan:

1).-El elemento personal, que significa que una sociedad debe estar formada, por personas físicas o morales. El Lic. Lozano Noriega cree que más bien se pretende asegurar que una sociedad no pueda estar formada sino por dos o más socios, esto con el objeto de evitar las sociedades de una sola persona, como sucede en el Derecho anglosajón, o quizá para que quede claro la intención de afectar un patrimonio a ciertas responsabilidades. Hay sin embargo quienes opinan que éste no es un elemento privativo de una sociedad.

2).-La aportación que debe realizar cada uno de los socios (las aportaciones pueden ser: en numerario, especie o industria, con lo cual observamos que puede haber dos tipos de socios: el socio capitalista, cuya aportación es el dinero u otros bienes, el industrial que aporta su servicio).

(10).-Salvador Ruiz de Chávez, Tesis profesional, pág. 23.

3).-Que cada uno de los socios participe en las ganancias si las hay, o en su defecto en las pérdidas.

4).-La *-affectio societatis-*, que nos viene a explicar la intención de constituir una sociedad, "de tratarse como socios, es decir, de considerarse iguales, no obstante la desproporción de aportes o derechos. Una expresión romana habla del *-jus fraternitatis-*, con lo cual se dá un inequívoco elemento de apreciación" (II).

Este elemento de existencia ha sido refutado, inclusive se ha tratado de substituir el concepto por otros como el de "ligabilidad", "vínculo de colaboración activa y conciente entre los socios" etc., pero a pesar de que estos conceptos se refieren a la misma *affectio societatis*, son más oscuros y de más difícil comprensión.

24.-REQUISITOS DE VALIDEZ.

Son los comunes a todos los demás contratos a saber: capacidad, consentimiento exento de vicios, motivo o fin lícitos y la forma exigida por la ley para la manifestación del consentimiento.

a).-Capacidad.-Tomando en cuenta que el objeto inmediato del contrato de sociedad es variado, dependiendo éste de cada una de las aportaciones que van a realizar los socios, habremos de fijarnos primero en las clases de aportes que se van a llevar a cabo para saber qué capacidad se debe exigir, por ello se infiere que no es posible hablar de una capacidad general.

b).-Consentimiento exento de vicios. Tampoco hay una regla especial a seguir, sólo se puede aseverar que el contrato de sociedad es y ha sido un contrato *intuitu personae*, de modo que la identidad de las personas es esencial en el mismo, conduciendo inclusive a su nulidad en caso de

(II).-José Ariss, "Contratos Cíviles", pág. 151, T.II.

error en la identidad de la persona.

c).-Objeto, motivo o fin lícitos.

d).-Forma exigida por la ley, encontramos en este punto serias derogaciones a las normas tradicionales.

25.-CLASIFICACION DEL CONTRATO DE SOCIEDAD.

Es un contrato definitivo, principal, bilateral, oneroso, conmutativo, intuitu personae y de tracto sucesivo.

Definitivo.-"Algunos autores españoles asignan a este contrato el carácter de preparatorio porque dá vida a un nuevo sujeto de derecho para realizar otros contratos y operaciones de donde resultará la ganancia.

Si se considera que el contrato de sociedad no tiene una finalidad en sí mismo, sino que el fin que se persigue es el de que, la persona jurídica que nace del contrato, realice actos que se traduzcan en utilidades para los socios, es exacto que el contrato de sociedad es un contrato preparatorio, pero en nuestro Derecho el concepto que se aplica respecto de la naturaleza del contrato preparatorio, es diversa, precisándose que, es el contrato que tiene por objeto, la celebración de un contrato futuro, (C. de 1928, art. 2243), por esta razón debe concluirse que el contrato de sociedad es y debe ser considerado como un contrato definitivo. Pero por si ello no fuera suficiente, el art. 2245 de nuestro Código Civil preceptúa que, la promesa de contrato sólo dá origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.

El art. 2246 dice, para que la promesa de contratar sea válida debe constar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo.

Requisitos que no se reúnen en el contrato de sociedad, éste es válido aún cuando no conste por escrito, ni contenga todos los elementos específicos de todos los contratos que va a celebrar la sociedad" (12).

Principal.-Porque poseen autonomía jurídica, no están subordinados a otro contrato u obligación, como lo están los contratos accesorios.

Bilateral.-Puesto que crea derechos y obligaciones recíprocos.

Oneroso.-Ya que hay provechos y gravámenes recíprocos (art. 1837), el provecho radicará precisamente en la participación de las utilidades, y el gravamen en la participación en las pérdidas, conforme a lo pactado o en su defecto a los aportes que se hayan realizado.

Commutativo.-En oposición a un contrato aleatorio, textualmente nos refiere el maestro Ruis de Chaves, "el art. 1838 de nuestro C.C incurre en el error como explica el Lic. Rojina Villegas, de definir el carácter de conmutativo o aleatorio del contrato en función de las pérdidas o ganancias, supuesto que no es exacto que en el contrato conmutativo se sepa de antemano si hay ganancias o pérdidas, lo que se sabe de antemano es la cuantía de la prestación que cada parte debe entregar; pero la ganancia o pérdida es un problema económico imposible de determinar al celebrarse el contrato.

En el contrato aleatorio no está determinada la prestación, y por ello es aleatorio y no, porque se sepa o se ignore si habrá ganancia o pérdida.

En el contrato aleatorio las prestaciones también son ciertas desde el momento en que se celebra el contrato, tal y como ocurre en el contrato de apuesta.

Por otra parte el art. 1838 caracteriza el contrato aleatorio como -

(12).-Salvador Ruis de Chaves, ob., cit., pág.13.

aquel en que la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación" (13).

Intuitu personae.-Por la importancia que tiene la calidad de las personas que intervienen en su formación.

De tracto sucesivo.-"Según Hémond un contrato instantáneo entraña una ejecución inmediata; por un contrato sucesivo una de las partes o las dos se obligan a prestaciones continuas o repetidas a intervalos periódicos.

Se llaman contratos de tracto sucesivo, los destinados a no ejecutar su efecto en una sola vez, la prestación es periódica o continua, definiciones que concuerdan con la que dan Planiol y Ripert, en rigor podría decirse que sólo cabe verdadera prestación continua tratándose de abstenciones, ya que toda conducta positiva se descompone en una serie de actos aislados en el tiempo, pero basta con que estos actos puedan interpretarse como conducta única, según el criterio de la práctica, para que se le clasifique jurídicamente entre las prestaciones continuas" (14).

Forma.-En la sociedad no tiene el carácter de un elemento de esencia ni de validez, sin embargo la falta de forma exigida por la ley implica que esa sociedad esté condenada a desaparecer en cualquier momento, en otros términos, esa sociedad en la que no se observa la forma, es fundamentalmente temporal.

26.-ORGANOS DE LA SOCIEDAD.

La sociedad como persona moral que es, necesita de personas físicas que la representen y que al mismo tiempo la administren, de tal suerte que se estima de imperiosa necesidad, la presencia de seres humanos para que

(13).-Ob., cit., pág. 13.

(14).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 14.

emitan la voluntad de esa persona moral, "según la tesis que sobre la personalidad se adopte; teoría de la ficción, organicista, o alguna de las teorías modernas, la de Hans Kelsen o la de Ferrara, todas llevan al mismo punto, la sociedad persona moral, está privada desde un punto de vista ontológico de voluntad" (15).

En nuestro Derecho por las razones expuestas, la sociedad se compone de dos órganos fundamentalmente que son: Asamblea General y Administración.

En términos generales se puede afirmar que la Asamblea es un órgano de rango superior, poseedora de facultades muy extensas y a la que se encuentran supeditados los administradores.

Sobra decir, que los integrantes de la Asamblea General como los administradores, deben ser socios de la sociedad que representan.

Respecto a la Administración, se puede adelantar que sus facultades están restringidas, tienen toda clase de facultades en cuanto a la administración se refiere, también ejercen facultades de dominio, pero respecto a estas últimas se presentan excepciones.

Las decisiones las pueden tomar por mayoría de votos o por unanimidad, pero por regla general los acuerdos son tomados por mayoría de votos.

27.-DEFINICION DE SOCIEDAD CIVIL.

"La sociedad es una corporación de derecho privado, dotada de personalidad jurídica, que se constituye por contrato entre dos o más personas, para la realización de un fin común, lícito, posible, preponderantemente económico, mediante la aportación de bienes o industria, o de ambos, siempre que no se lleve a cabo una especulación comercial, ni se adopte la

(15).-Lozano Nogueira, Apuntes de Contratos, pág. 155.

forma mercantil" (16). Esta definición encaja en nuestro Derecho, pero no se puede decir que sea adoptada por la mayoría de las legislaciones.

Nuestra sociedad civil contiene un requisito que pudiera afirmarse - sirve para dar una idea negativa, lo que queda indicado al estatuir, que el fin que se va a perseguir en común no sea una especulación comercial.

Nuestro Código civil, en su artículo 2688 define al contrato de sociedad.

28.-SOCIEDADES IRREGULARES.

Es frecuente en la actualidad hallarse ante la disyuntiva de dos posibilidades en cuanto a sociedades se refiere: las sociedades o son de derecho o son de hecho, las de derecho (regulares) serán aquellas que reúnan todos y cada uno de los requisitos de validez, de formación, que son exigidos por el Derecho, o sea, que han cumplido con todas las formalidades legales satisfactoriamente.

La idea de una sociedad irregular se deriva precisamente de la inmediata asociación de ideas que verificamos mentalmente respecto a la sociedad regular, de tal suerte que la irregularidad de una sociedad depende de no haber cumplido con todos los requisitos exigidos.

Este tipo concreto de sociedades, lejos de haber sido desechadas por el Ordenamiento jurídico, han sido reconocidas y más aún son sociedades que valen como personas morales y como contratos.

El problema de la irregularidad de una sociedad no es privativo de una sociedad de Derecho Mercantil, sino que también encontramos este singular fenómeno dentro del campo del Derecho Civil.

Para fijar la forma en que en la práctica se desarrollan las socieda-

(16).-Leopoldo Aguilar C., ob., cit., pág. 225.

das irregulares es útil distinguir dentro del marco de las relaciones jurídicas inherentes a la sociedad, los dos aspectos clásicos, ya que en toda sociedad sea ésta del tipo que sea, se desarrollan dos tipos de relaciones:

- a).-Las que se producen entre los socios y la sociedad y que se pueden considerar como internas y,
- b).-Las que afectan a terceros y que se nombran relaciones externas, es precisamente tocante a este punto en donde se encuentra identificado el problema de una sociedad irregular.

"Se aprecian ambas del modo siguiente:

- 1).-Aspecto interno. En la forma que las leyes determinan no obstaculizar el despliegue de efectos de dicho convenio entre las partes que lo suscribieron haciendo intervenir su consentimiento.
- 2).-Aspecto externo. En este aspecto, o sea, en el de las relaciones de la sociedad con terceros es donde adquiere sus justas proporciones el problema que plantea la irregularidad en la constitución de aquélla. Los efectos que se derivan de esta anomalía se proyectan directamente sobre quienes contratan con la sociedad que se formó en esas condiciones de deficiencia" (17).

Se puede afirmar que son tres grupos en que se agrupan las teorías relativas al régimen legal a que pueden estar sujetas las sociedades irregulares:

- A).-Todas las operaciones son nulas;
- B).-La sociedad de hecho es un contrato pero no es persona moral, o sea, carece de personalidad jurídica;
- C).-En tanto y cuanto no se haga la declaración de irregularidad esa so-

(17).-Apéndice del Diccionario de Derecho Privado, p. 869. Editorial La bor.

ciudad de hecho o irregular, vale como si fuera una sociedad de derecho o regular.

30.-SOCIEDAD IRREGULAR Y SOCIEDAD DE HECHO.

"El Dr. Rodríguez y Rodríguez distingue entre sociedad irregular y sociedad de hecho, afirmando que las sociedades irregulares son aquellas que aunque existen no han cumplido los requisitos de forma marcados por la ley. Las sociedades irregulares en este sentido son sociedades informales.

En tanto que, la sociedad de hecho o sociedad irregular de hecho según el Dr. Rodríguez y Rodríguez, es una simple variante de la sociedad irregular en el sentido que le damos nosotros y se refiere a aquella clase de sociedades que funcionan como tales por acuerdo expreso o tácito de las partes, pero sin que su existencia se haya concretado en la relación de documento alguno al respecto.

Ahora bien, y no obstante que consideramos exacta la distinción que establece el Dr. Rodríguez y Rodríguez entre sociedades irregulares y sociedades de hecho, creemos con Soprano que, la tan censurada denominación de sociedad de hecho, es también de aquellas denominaciones que aunque científicamente sean imprecisas, expresan eficazmente la concepción de la conciencia jurídica vulgar, razón por la cual se emplean como sinónimos las expresiones de sociedad irregular y de sociedad de hecho" (18).

Los juristas adoptan una u otra denominación, por ejemplo la mayoría de los autores franceses cuando aluden a este tipo de sociedades las llaman sociedades de hecho, hay otros como Vivante, que se inclinan por el término sociedad irregular, ya que piensa que es más apropiado. Como se

(18).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 142.

aprecia el término puede usarse indistintamente.

Aplicando el concepto de Loubers quien nos proporciona una definición de sociedad mercantil de hecho, se puede aseverar que, sociedad civil de hecho es aquella que está afectada de una irregularidad o de un vicio cualquiera, siempre y cuando haya funcionado o funcione a pesar de esa irregularidad o vicio.

3I.-PERSONALIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD IRREGULAR.

Dentro de la Doctrina se ha querido resolver el problema que implica la personalidad jurídica de una sociedad irregular. Podemos citar a autores como Bonelli, quien afirma enfáticamente que no posee personería moral, dado que no satisface las formalidades exigidas por la ley, que lo que pudiera formarse en todo caso sería una unidad de tipo procesal la cual emerge del hecho de suponer el otorgamiento de un mandato a favor del representante de la sociedad, de parte de los socios.

Hémard proclama, que la irregularidad de una sociedad está afectando a la persona moral, y que no deja que ésta surja, ya que no se satisfacen las formalidades requeridas.

En la Legislación española podemos encontrar a un grueso número de juristas que han seguido el mismo criterio, de no considerar como persona moral a la sociedad irregular.

Sin embargo, hay otro sector de la Doctrina que defiende la personalidad de las sociedades irregulares, por ejemplo, Vivante opina que el contrato y la persona moral se constituyen simultáneamente por la voluntad de los contratantes y sufren ambos las mismas vicisitudes.

∴ La sociedad es por tanto, una persona jurídica que tiene un conte-

nido real, es decir, con una voluntad propia, organizada en defensa de su propio fin. La ley la reconoce pero no la crea. La ley reconoce como sujeto de derecho a un ente que ya existe en la realidad. Si la ley no dijese nada de las sociedades, con ello, no sólo padecería el ejercicio de estas instituciones; padecería el mismo ordenamiento jurídico, que pecaría de una grave y desmesurada laguna. Si el Derecho ha de ir de acuerdo con la vida debe reconocerlas porque ellas constituyen otros tantos sujetos de actividad económica y jurídica realmente existentes.

Una tesis especial es sustentada por Dominado quien estima, que la sociedad irregular, es un sujeto de derecho, pero con una personalidad -ampliada- o -atemuada-; esto quiere decir, que la sociedad irregular es una persona a la que se aplican las reglas generales que caracterizan la situación jurídica de estos entes, pero la falta de publicidad, hace que los efectos de la publicidad no sean plenos, siendo esta carencia de efectos lo que delimita el concepto de la sociedad irregular" (19).

Si pensáramos como Bonelli, Hémond, etc., y negásemos la calidad de persona jurídica a la sociedad irregular, tendríamos que proporcionar una razón lo suficientemente convincente para poder responder al por qué una sociedad irregular careciendo de personalidad, se comporta como si fuera un ente de esta naturaleza.

Refiriéndose a las sociedades mercantiles irregulares Vivante sentencia, "la sociedad irregular que haya ejercido durante muchos años una actividad mercantil, para venir a terminar mediante una liquidación honrada, con la quiebra, ha vivido como un sujeto jurídico, aún cuando defectuoso; las diferentes fases de disolución, liquidación y eventual quiebra, porque debe

(19).-Fco. Porrúa Pérez, "Breve Estudio de las Sociedades Irregulares, en el Derecho Comparado y en la Legislación Mexicana", págs. 66 y sigs.



pasar confirman el concepto de que la sociedad ha existido como persona jurídica, no obstante su irregularidad.

La liquidación de un patrimonio dejado por un difunto demuestra muy a las claras que éste ha vivido, aún cuando no exista en el Registro su partida de nacimiento" (20).

"La existencia de estas sociedades ha sido defendida por ciertos tratadistas entre ellos Langlé.

Girón Tena, por su parte admite igualmente la existencia y vida real de estas sociedades; pero establece como limitación a dicho reconocimiento la de que no impliquen una alteración del régimen general de la representación, como asimismo del de autonomía patrimonial y, sobre todo, del de responsabilidad" (21).

Por la atribución de personalidad a la sociedad se la considera un ser capaz de derechos y obligaciones, y aunado a ellos le son reconocidas todas las consecuencias que la misma origina.

32.-FORMAS QUE PUEDEN DAR SURGIMIENTO A LAS SOCIEDADES CIVILES IRREGULARES.

Hay varias hipótesis que pueden dar pábulo al nacimiento de las sociedades civiles irregulares, por ejemplo: a).-Cuando las sociedades son creadas en forma regular, pero por alguna situación superviniente, se transforman en sociedades irregulares. Una sociedad civil que nace satisfaciendo todos los requisitos legales para tal efecto, es regular, pero si se supone que posteriormente sus actividades tienden a un fin catalogado de especulación comercial, esa sociedad se ha tornado en irregular.

b).-También a menudo se encuentra que varios individuos reúnen sus bienes

(20).-Fco. Ferrúa Pérez, ob., cit., pág. 24.

(21).-Apéndice del Diccionario de Derecho Privado, pág. 870.

y esfuerzos con el único objeto de desarrollar una actividad determinada, sin atender al cumplimiento de las formas legales, tal es, cuando hay falta de inscripción en el Registro, el Lic. Fco. Torres expresa, "existen sociedades creadas de hecho desde el principio y que se deducen de la existencia de un fondo común, formado por varios aportes, un riesgo común a éstos, que los hagan participar de las pérdidas y ganancias y un consentimiento tácito basado en la affectio societatis y el intuitu personae. No hay pacto expreso a pesar de reunir la esencia de los elementos necesarios para formar sociedad. En el Derecho Romano se consagró esta clase según se lee en varios pasajes de Modestino" (22).

El Lic. Porrúa Pérez advierte que, "hay un primer caso de sociedades irregulares: las que se forman de hecho, que no deben confundirse con aquéllas que Hémond dice, son creadas de hecho, pues en las primeras, la sociedad se ha formado de una manera conciente, y en la segunda hipótesis la sociedad irregular surge cuando, sin pretender formar una sociedad, dos o más individuos al tratar de realizar un mismo objeto, insensiblemente reúnen los elementos materiales de la figura jurídica sociedad.

Pero, para qué seguir citando más casos de existencia real, ya que no jurídica, por la voluntad del legislador de sociedades irregulares; con lo expuesto nos bastará para dejar establecido firmemente, que en la vida económica hay sociedades que realmente existen y que son irregulares, que el legislador puede desconocerlas como entes capaces de producir efectos en los ámbitos del derecho, pero que no por ello, dejan de existir, ya que los datos de la vida humana pueden ser reglamentados o

(22).-Francisco González Torres, "Anotaciones sobre las principales analogías y diferencias entre las sociedades colectivas, comerciales y civiles, sociedades de hecho y sociedades de minas", pág. 61.

no por la ley, reconocida o no su eficiencia jurídica, pero su existencia real en manera alguna puede destruirse" (23).

33.-NULIDAD EN LA SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR.

Es menester inquirir qué clase de nulidad es aplicable a la sociedad civil irregular.

Antiguamente dominaba la teoría clásica de las nulidades y su criterio rigrista impelió a la doctrina a considerar que una sociedad que no hubiese satisfecho plenamente los requisitos formales, estaba afectada de nulidad, la doctrina extranjera fué cambiante en este aspecto ya que unos consideraban que debería aplicarse la nulidad absoluta, en tanto que otros abogaban por la aplicación de una nulidad relativa.

Al plantearse el problema de la sociedad civil irregular la mencionada teoría de las nulidades tuvo que flexionarse, es decir, la nulidad aplicable dentro de este marco tan singular es muy distinta a la de cualquier otro contrato. En términos generales se puede afirmar que el fin principal de la nulidad será una privación mayor o menor de eficiencia jurídica, según se trate de una nulidad absoluta o relativa, pues bien, la sociedad afectada de nulidad tiene como sanción la liquidación, o sea que el efecto fundamental se dá para el futuro.

La sociedad por su propia naturaleza es dinámica, por razón de sus actividades entra en relación con una serie de sujetos, de manera que si a la nulidad se le dieran las consecuencias que le son propias, y se destruyeran todos los actos realizados retroactivamente, se cometería una notoria injusticia, puesto que los únicos perjudicados serían los terceros que contrataron con esa sociedad.

(23).-Fco. Porrúa Pérez, ob., cit., pag. 61.

"Es interesante estudiar el problema de las sociedades irregulares o irregulares de hecho, porque en la nulidad de este contrato se hace patente de modo notable la necesidad de que se armonicen y se respeten un conjunto de intereses de terceras personas, en virtud de que, en la nulidad de esta figura se presenta un conflicto entre lo que Demogue llama seguridad estática y seguridad dinámica, toda vez, que si el Derecho tiene como función esencial la de realizar la seguridad jurídica, será preciso que cuando el contrato de sociedad viciado de nulidad venga a romper esa seguridad, se repare el orden jurídico violado, ya que así lo exige la seguridad jurídica, pero por otra parte nos encontramos con que para restablecer el orden jurídico, es necesario destruir un conjunto de situaciones jurídicas establecidas, cuya destrucción originaría indefectiblemente un trastorno no sólo desde el punto de vista del interés particular del lesionado directamente por la nulidad, sino generalmente un trastorno de personas vinculadas por el acto nulo" (24).

"De acuerdo con una primera postura, debemos aplicar a la sociedad irregular o de hecho el mismo tratamiento que aplicaríamos a cualesquier otro contrato nulo por falta de forma, o por ilicitud en su objeto, de modo que, si la sociedad se ha constituido para un objeto ilícito, o se ha celebrado sin observar la forma prescrita para dicho contrato, la sociedad es nula y por lo mismo los actos y contratos celebrados por ella deben estimarse como nulos.

Esta tesis ha sido completamente abandonada en virtud de que, la nulidad en el contrato de sociedad tiene efectos especiales en atención al efecto sui generis que produce, a saber la creación de una "persona moral",

(24).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 141.

y en atención a que, la nulidad como sanción del contrato de sociedad no puede aceptarse en la forma en que lo pretende la doctrina indicada, ya que como hemos expresado en la nulidad de la sociedad será preciso armonizar los intereses de los socios con los intereses de los terceros que hubieren contratado con la sociedad, y que en esta doctrina resultan desconocidos.

René Japiot, uno de los civilistas que de modo brillante y certero señala a la sociedad, como caso concreto en el que la doctrina de las nulidades, debe ser abandonada, y al efecto, al tratar de "el medio en la nulidad" explica que, no es posible desconocer desde el punto de vista práctico las repercusiones de los actos nulos; que aparentemente un acto es válido porque se ha expresado una voluntad, se ha recurrido a la forma legal, y este acto puede padecer un vicio interno el cual es desconocido por los terceros, que lo toman en cuenta como si fuera válido y bajo esa impresión falsa se encuentran en relaciones jurídicas que descansan en un supuesto de validez que después el derecho va a desconocer, y estos terceros que han ligado sus intereses engañados por la validez del acto, no pueden ser totalmente desconocidos ni sus intereses deben quedar sin protección, y al estudiar la naturaleza de la nulidad, este mismo autor se pregunta, ¿qué hacer cuando una sociedad es nula, si un gran número de personas han contratado con la sociedad: si todos esos terceros han adquirido bienes, derechos y obligaciones con esa sociedad? Resolver este caso de nulidad diciendo que todos los actos ejecutados por la sociedad son nulos y no producen efectos, y que deben restituirse las cosas a su estado primitivo, es violar gran número de intereses en presencia. Aquí la ineficacia tendrá que ser muy reducida para respetar la

situación de hecho que se ha presentado con respecto a los terceros; que con respecto a los mismos socios subsistirán las obligaciones y responsabilidades como si la sociedad fuera válida, y que sólo se explicará la sanción para privar a los socios de derechos o utilidades en una sociedad constituida con violación de las normas legales, pero no para perjudicar a los terceros, que de buena fe han contratado.

Piedelievre (Borja Soriano, pág. 144 de la Teoría General de las Obligaciones) presenta como ejemplo que demuestra la inexactitud del principio romano según el cual *-quod nullum est nullum producit effectum-*, el de la sociedad de hecho, e indica que, debe estudiarse el medio en que el acto nulo opera o se realiza, porque hay circunstancias muy favorables para ir reduciendo cada vez más el efecto de la nulidad, y estas circunstancias favorables podrán ser un medio de cultivo para que el acto nulo produzca efectos como si fuera válido, siendo las siguientes: en primer lugar, la buena fe en la protección a los terceros, la protección del crédito, la protección a la propiedad y a la posesión y, en general, el principio de seguridad que pugna por mantener siempre las situaciones que se han presentado y adquiridas, aquellas situaciones que se han presentado como permanentes, para no destruirlas" (25).

En la sociedad civil irregular, se va a establecer una modalidad en materia de nulidades, dado que la consecuencia primordial que se origina con la aplicación de una nulidad, es la destrucción de efectos y como al destruirse éstos se palpa el perjuicio inminente a terceros, es precisamente en razón a la tutela de ellos mismos que se han tenido que variar las normas tradicionales, porque los derechos de los terceros que han contratado con una sociedad irregular, tienen el mismo valor que los de

(25).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 147.

aquellos sujetos que hubiesen hecho lo mismo con una sociedad regular. Es por ésto que en aras de una mayor equidad, no se quiso ser t n exigente y se decidió por sacrificar algunas de las reglas del Derecho evitándose el lamentable atropello de intereses de individuos que de buena fe contrataran con este tipo de sociedades.

34.-LA APARIENCIA EN LA SOCIEDAD IRREGULAR O DE HECHO.

Como y  quedó mencionado, es fácil advertir en las sociedades que existe un aspecto interno y otro externo, al analizar este tipo de relaciones y especialmente las referentes a las relaciones externas, Salandra afirma, "la sociedad tiene efectos jurídicos frente a terceros, no porque se presuma que hay un contrato con el cual se haya formado y cuyo contenido se presuma, sino en cuanto aparece y en las condiciones que aparece existe. Es la apariencia misma la que tiene valor constitutivo" (26).

El Lic. Porrúa Pérez comentando la situación de las sociedades mercantiles dentro del Derecho italiano sentencia, "la sociedad mercantil no tiene existencia plena sino hasta que se llenan las formas de publicidad, si falta la publicidad, es distinta la situación interna de la externa, la interna se regula en su totalidad por el acto constitutivo, la externa se rige por la situación especial aparente; tal como resulta de las manifestaciones externas de la sociedad que pueden no corresponder al contenido constitutivo.

La doctrina de la apariencia ha sido elaborada con objeto de atender a la seguridad dinámica, a los intereses de los terceros, que fiándose de los datos objetivos han contratado, comprometiendo sus intereses, que se verian gravemente afectados de no admitir que la apariencia jurídica pue-

(26).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 142.

de producir efectos" (27).

En concreto, se vislumbra que es fundamentalmente en el aspecto externo en donde la apariencia jurídica encuentra su campo de aplicación; ya que los efectos que se producen por la misma irregularidad de la sociedad recaen sobre quienes han contratado con ella, y estos efectos se reputan válidos por un considerable sector de la doctrina puesto que lo que se persigue es el amparo de dichos intereses.

De lo expuesto se colige, que si una sociedad civil irregular se ha manifestado ante todo mundo como si fuera una sociedad civil regular, desarrollando a través de sus operaciones un sin número de relaciones no sólo de tipo interno, esto es, entre los socios, sino con los terceros, quienes a su vez han contratado con ella teniendo la idea de que se trata de una verdadera sociedad civil regular, tomando como base para dedicarse a hacer sus inversiones, para aventurarse a contratar, una apreciación de la realidad, es por ello, que han estimado auténtico el contrato, y la persona moral, porque la misma exteriorización de la sociedad ha provocado tan singular criterio.

Podríase pensar que dicha concepción de la sociedad, no tiene apoyo en el fondo, puesto que se trata de un ente que ha surgido al margen de los preceptos legales, que inclusive se puede pensar que es opuesta al propio ordenamiento jurídico, pero la valuación mental que de ella se tiene se ha sustentado por lo que objetivamente aparece, se ha dejado conducir por lo que la realidad le ha ofrecido, que en una forma metafórica es el manantial donde se ha nutrido y ha tomado cuerpo.

Tal vez, esa imagen que se nos representa sea hueca, falsa, distorsionada,

(27).-Ob., cit., pág. 21.

pero lo que interesa es que aparece ante nosotros como auténtica. En otros términos, si la sociedad en su base está afectada de alguna anomalía, nosotros no lo podemos observar, porque lo que aparece ante uno es una sociedad civil regular, sin defectos, Por ejemplo, un tercero se encuentra en un momento dado con una sociedad que está operando normalmente, de cerca palpa la realidad de sus operaciones, desea contratar con ella, y de hecho contrata, pero resulta que esa sociedad es irregular, y es el tercero culpable de haber contratado con una sociedad irregular, por haber desconocido de qué defectos adolecía?, indiscutiblemente que no, porque la apariencia demuestra lo contrario, y él se ha fiado precisamente en esa apariencia. Es por ello que a la sociedad irregular se le impuso la sanción de liquidarse, consistiendo dicha liquidación en la cesación de efectos para el futuro, y conciente el legislador de la importancia relevante de la apariencia de derecho tuteló valiéndose de ella a los terceros, al dejar subsistente sus relaciones con dicha sociedad y no sólo esto, sino que les otorga validez.

Considero que ésta es la solución más acertada al problema que plantea una sociedad irregular en su ámbito de relaciones externas, por lo siguiente:

- 1.-No se puede exigir a todos y cada uno de los terceros que realice una investigación minuciosa y exhaustiva de los requisitos de esencia y validez de una sociedad, para que puedan finalmente contratar con ella.
- 2.-Si no se reconocieran las relaciones existentes entre sociedad y terceros evidentemente que muy pocos, por no decir ninguno, tendría deseos de ligar sus intereses a una sociedad civil, máxime que no se puede saber a ciencia cierta, si para constituirse ha cumplido con todos los requisitos

exigidos por las leyes, o si en el futuro puede sobrevenir una falta de algún requisito de forma que la tornen irregular.

3.-Si se desconocen las sociedades civiles irregulares por el ordenamiento jurídico, no otorgándoseles validez ni como contrato ni como persona moral, se tendría que afrontar una situación especial: jurídicamente existirían, pero en la vida cotidiana tendrían una existencia real.

Por ende, es más conveniente normar a una sociedad civil irregular, tomando como fundamento a la apariencia de derecho, que tiene en este caso un carácter verdaderamente constitutivo, dado que es posible específicamente por esta institución jurídica que se produzcan una serie de efectos y se beneficien los terceros que entren en relación con la misma, por otra parte mantiene la tranquilidad del orden social, por último es razonable su regulación por la constante proliferación de las mismas.

35.-REGULACION LEGAL.

El Código Civil vigente mejoró en mucho el concepto de sociedad que anteriormente contenían los Códigos de 1870 y 1884, en los cuales se especificaba más bien un contrato de copropiedad o una asociación, que un verdadero contrato de sociedad. En el art. 2688 del Código actual, se hace además patente que la sociedad es un contrato y como argumento que refuerza lo anterior encontramos que el contrato de sociedad es regulado además dentro del título dedicado a los contratos; con esto queda determinado el problema de aclarar si la sociedad es o no un contrato.

El maestro Salvador Ruiz de Chávez comenta en su tesis profesional que el párrafo del citado artículo "-pero que no constituya una especulación comercial-", no debe ser suprimido, y que el sistema formal seguido por nuestra legislación debe ser combinado con el sistema objetivo para que de es

te modo se reputen sociedades mercantiles las sociedades civiles que han tomado la forma de sociedades mercantiles, y todas aquéllas otras que tengan una finalidad de carácter mercantil o que habitualmente realicen actos de comercio, ya que de este modo se evitarían fraudes a terceros. Ya que en el Código civil y en el mercantil no hay sanción alguna a no ser el art. 2691 del propio ordenamiento civil. Por lo que de adoptarse el sistema por el que propugnamos, se evitaría el que una sociedad civil pudiera perseguir una finalidad mercantil o ejercer habitualmente actos de comercio, sin quedar sujeta a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, ya que como hemos indicado en el estado actual de nuestra Legislación la única sanción aplicable a tal sociedad (civil en virtud del carácter estrictamente formal que adopta nuestra ley) sería la contenida en el art. 2691 del Código civil toda vez que, tal sociedad no podría considerarse como sociedad mercantil irregular, ni aún para los efectos de la quiebra, por no estar organizada en ninguna de las formas reconocidas por la Ley General de Sociedades Mercantiles en su art. 10.º (28).

El art. comentado también sirve para distinguir la sociedad civil de la asociación, y además se señala notoriamente uno de los elementos que en la doctrina se ha estimado como de esencia en una sociedad civil, la aportación.

Hablando de la aportación se puede puntualizar que ésta puede ser de tres tipos: a).-numerario, b).-especie, c).-industria.

La transmisión de bienes que se hace a la sociedad se entiende como transmisión de dominio, salvo pacto en contrario, en otras palabras, expresamente habrá de indicarse si dicha transmisión es de uso o de uso y goce (2689)

(28).-Ob., cit., pág. 52.

En nuestros ordenamientos jurídicos que nos anteceden (1870 y 1884), sucedía al contrario se observa pues, que también en este punto hubo reforma. Después de la razón social se deben agregar las palabras "sociedad civil" (2699).

"La sociedad leonina se sanciona con nulidad, de acuerdo con el art. 2696, en virtud de que el contrato de sociedad se basa en un vínculo de buena fe, que no puede ser substituido por un pacto leonino por el cual se excluye a uno o a varios socios de participar en las utilidades y en las pérdidas, ya que tal estipulación es contraria a la esencia del art. 2688, que es de orden público.

El art. 2696 declara nula la sociedad leonina, pero no se indica de qué clase de nulidad se trata.

Acorde con el precepto 2691, la única sanción aplicable a toda sociedad nula consiste en su liquidación, de ahí que afirmamos que tratándose de sociedades la sanción debe entenderse como liquidación, sin embargo de aplicarse las reglas propias de la teoría de las nulidades, la inobservancia del artículo 2696 que tiene el carácter prohibitivo, traería consigo la nulidad absoluta del acto..." (29).

El Lic. Lozano Noriega hace un acertado comentario respecto al precepto aludido, "si es interpretado el artículo 2696, en forma puramente gramatical, autoriza un tipo de sociedad leonina, si a alguno de los socios se le excluye de las ganancias debemos entender que la sociedad es nula, puesto que dice: será nula la sociedad en que se estipule que los provechos pertenezcan exclusivamente a alguno de los socios y todas las pérdidas a otro u otros. La conjunción copulativa "y" desde un punto de vista gramatical

(29).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 32.

tical nos llevaría a interpretar este precepto así: para que la sociedad sea nula es necesario estipular que los provechos sean de alguno o algunos de los socios, es decir, que si se excluye a algunos en las ganancias y si sólo hay exclusión para otros en las pérdidas; la sociedad no es nula; ésta sería la interpretación gramatical.

Sin embargo la idea es diferente, es nula la sociedad por ser leonina; - si se excluye a alguno de los socios de las ganancias "o" y no "y", si se excluye a alguno o algunos de las pérdidas, ésto estaría en contra de la definición del contrato de sociedad.

Como dice Agustín Vicente y Gella, substituir un pacto basado en la buena fe, en la equidad, por otro en el que el enriquecimiento de alguno o algunos de los contratantes es el resultado de la explotación de otros; ya no hay buena fe, hay sociedad leonina, que es nula" (30).

No puede estipularse que a los socios capitalistas se les restituya su aporte con una cantidad adicional haya o no ganancias (2697). No tiene sentido ya que quedó aclarado con el art. 2696 antes comentado. Dice el Lic. Lozano Noriega que si hubiera un pacto de esta naturaleza en realidad se estaría ocultando un contrato de mutuo con interés.

El contrato de sociedad debe constar por escrito, requiriéndose la escritura pública cuando se transfieran bienes a la sociedad cuya enajenación debe hacerse en escritura pública (2690). Esto no excluye que también pueda constar en escrito privado siempre y cuando no se esté dentro del supuesto marcado por la ley.

El contrato debe inscribirse en el Registro de sociedades civiles para que pueda ser oponible a terceros (2694).

(30).-Lozano Noriega, ob., cit., pág. 501.

Art. 2690. El contrato de sociedad debe constar por escrito, pero se hará constar en escritura pública cuando algún socio transfiera a la sociedad bienes cuya enajenación debe constar en escritura pública.

Art. 2691. La falta de forma prescrita para el contrato de sociedad sólo produce el efecto de que los socios pueden pedir, en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido, y a falta de convenio conforme al Capítulo V de esta sección; pero mientras que esa liquidación no se pida el contrato produce todos sus efectos entre los socios, y éstos no pueden oponer a terceros que hayan contratado con la sociedad, la falta de forma.

Art. 2693. El contrato de sociedad debe contener:

- I.-Los nombres y apellidos de los otorgantes que son capaces de obligarse;
- II.-La razón social;
- III.-El objeto de la sociedad;
- IV.-El importe del capital social y la aportación con que cada socio debe contribuir.

Si falta alguno de estos requisitos se aplicará lo que se dispone en el art. 2691.

Art. 3002. Se inscribirán en el Registro:

VI.-La escritura constitutiva de las sociedades civiles y la que las reforme;

"En consecuencia, si la sociedad irregular o de hecho, es una sociedad cuyo objeto es ilícito o no se ha constituido conforme a la ley, o como hemos indicado una sociedad a la cual falta un requisito legal para tener plena eficacia jurídica, lógicamente no debería ser objeto de protección por parte del derecho, en virtud de que el motivo o causa de irregularidad en la sociedad, de acuerdo con las reglas propias de la Teoría de -

las Obligaciones, debiera determinar la nulidad de esa sociedad.

Sin embargo, la sociedad irregular o de hecho no sólo no es nula, sino que, por consideraciones de muy distinta índole, existe y vale no sólo como contrato, sino también como persona jurídica, por lo que, puede aseverarse válidamente que la teoría de las nulidades sufre una excepción total tratándose del contrato de sociedad, ya que, como afirmamos al tratar de los caracteres de este contrato, la falta de forma o la ausencia de cualquier otro requisito necesario para que la sociedad civil tenga plena eficacia jurídica sólo produce el efecto de que los socios pueden pedir en cualquier tiempo, que se haga la liquidación de la sociedad conforme a lo convenido" (31).

El art. 269I es muy importante, ya que les reconoce valor a las sociedades civiles irregulares, por lo que se puede fundadamente comentar, que una sociedad civil de este tipo tiene una vida temporal puesto que en cualquier momento puede ser liquidada, es una sociedad que entraña en sí misma una inestabilidad, ya que está expuesta a desaparecer, pero esto no le resta en manera alguna la validez de las relaciones surgidas, ya que mientras no se pida su liquidación, produce todos sus efectos entre los socios y con los terceros, no pudiendo los socios alegar la falta de forma. Es así, que la sociedad civil irregular en nuestro ordenamiento jurídico vale como contrato y como persona moral.

Si a cualquier otro contrato le faltara algún requisito de forma, inmediatamente le sobrevendría la anulación, pero en el caso concreto se sanciona con la liquidación, para evitar los efectos retroactivos que trae aparejada la nulidad, y que vendría a perjudicar a terceros, y como ya qued6

(31).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 143.

mencionado se ha tenido que recurrir a la apariencia de derecho para que pueda ser posible dejar incólumes las relaciones existentes.

El Lic. Lozano Noriega apunta que las ideas de autores como Piedelievre, Bonnacase, Japiot, etc., "principalmente a propósito de sociedades trataban de demostrar que, la sociedad aún cuando sea nula, porque no se han satisfecho los requisitos legales se ha exteriorizado como tal frente a terceros y tratado con ellos como una persona moral válida, como una persona moral que existe.

Ahora bien, si se decreta la nulidad de la sociedad, debería decretarse también la nulidad de todas las operaciones realizadas por ella, y habría una serie interminable de intereses de terceros ajenos a la sociedad que se verían lesionados con dicha declaración,

Por lo tanto, dicen estos autores, es menester encontrar una fórmula, un sistema que no sea tan rígido como en la teoría clásica, la inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa. Es menester armonizar esos intereses en presencia.

La función del derecho, de la ley, es mantener firmes determinadas situaciones jurídicas, eso lo exige la misma convivencia humana.

De tal manera fué urgente reflexionar en materia de sociedades, esa teoría clásica de la inexistencia y nulidad de los actos jurídicos" (32).

El Dr. Rodríguez y Rodríguez afirma en relación a la personalidad moral de las sociedades civiles irregulares y haciendo un comentario al art. 269I, "A).-No se afirma la falta de personalidad;

B).-Sólo trasciende la falta de forma en cuanto a la estabilidad jurídica de la misma;

C).-Se obtiene la disolución de lo que existe;

(32).-Ob., cit., pág. 492.

D).-El contrato social es plenamente eficaz;

E).-Las obligaciones son de la sociedad" (33).

"En los Códigos civiles de los años de 1870 y 1884, la falta de forma se sancionaba en los términos del artículo 2222 del Código de 1884 que preceptúa que, si se formase de hecho una sociedad que no puede subsistir legalmente, cada socio tendrá en todo tiempo la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y que se le devuelvan las cosas que haya llevado. Además el art. 2226 establecía que, la infracción del artículo que precede (el que señala la forma que debe revestir el contrato), anula el contrato, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 2222" (34).

Por lo tanto, se estimó que la sociedad de hecho en el Código civil de '84 tenía personalidad jurídica, puesto que la única sanción que se establecía era la liquidación que en cualquier tiempo podían pedir los socios y que se procediera a la devolución de las cosas que hubieren aportado, por lo cual se colige, que la sociedad de hecho valía como persona moral aunque sólo fuera para el efecto de su liquidación, "y esa liquidación importaba reconocer como válidas las obligaciones contraídas para la sociedad, puesto que liquidar una sociedad significa pagar su pasivo, cumplir las obligaciones a cargo de la sociedad, recobrar lo que se le debe.

Una sociedad que de acuerdo con el Código de '84 no estaba formada de acuerdo con la ley, con lo que ella disponía, porque careciera de algún requisito formal, vamos a decir que era como persona moral en cuanto que el efecto de la falta de forma se traducía en la necesidad de liquidar esa sociedad. De tal suerte, que dicho Código no seguía la teoría de la ficción en materia de personalidad, sino que según las tesis realistas-orga

(33).-"Tratado de Sociedades Mercantiles", pág. 61.

(34).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 67.

nicistas, que trataban de ver en las personas morales seres cuya personalidad misma se impone al legislador..." (35).

"...en virtud de que en el Código de '84 no existía ningún precepto que declarase que la sociedad no formada con arreglo a la ley carecía de personalidad jurídica, y además, porque el art. 2230 aplicable tanto a las sociedades regulares como a las sociedades irregulares o de hecho establecía expresamente que, la sociedad forma una persona jurídica moral distinta a cada uno de los socios individualmente considerados, sin hacer ninguna distinción entre sociedades regulares y sociedades de hecho, ya que habla en general de la sociedad" (36).

Por lo antes comentado, y aplicando la idea del Dr. Rodríguez y Rodríguez al afirmar que no hay necesidad para que una sociedad goce de personalidad que sea reconocida sino más bien que no sea desconocida.

En resumen de lo expuesto y en relación al art. 269I, si la sociedad no ha satisfecho todos los requisitos de forma, es una sociedad válida y su única sanción es la liquidación, pero mientras no se liquide tiene plena eficacia.

36.-DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS.

Pueden ser de dos diversos tipos: patrimoniales y no patrimoniales, y como expone el Lic. Leopoldo Aguilar los derechos patrimoniales pueden a su vez subclasificarse en a).-Principales y, b).-Accesorios. Los principales serían: participación en los beneficios, derecho a la cuota de liquidación. Los accesorios: transmisión de la calidad de socio, derecho a una aportación limitada, etc.,

(35).-Lozano Noriega, ob., cit., pág. 535.

(36).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 146.

Los derechos no patrimoniales: facultades de administración, participación en las asambleas, nombramiento de administradores, etc...

I).-Derecho que tienen los socios a participar en los beneficios de la sociedad. (Art. 2696 que debe interpretarse en relación al 2688, 2728, 2732, 2733), se puede afirmar que los socios tienen en principio la más amplia facultad para señalar la proporción en que deberá repartirse la utilidad, salvo el caso expreso de una sociedad leonina, si aconteciere así tendría que liquidarse. También hay liquidación cuando el contrato está afectado de lesión, (art. 17).

II.-Participación en el patrimonio de la sociedad. La aportación que realizaron los socios, es restituida a quienes hubieren aportado, cuando se disuelve la sociedad; si no es posible devolver exactamente lo que se aportó se regresa el equivalente. Los únicos que participaran en el capital social serán los socios que hubieren aportado bienes a la sociedad, o los socios capitalistas. (2728, 2729, 2732 y 2733).

III.-Trasmisión de la calidad de socio, requiriéndose la unanimidad de los demás coasociados, (art. 2705).

IV.-Derecho de retención, (2707, 2708).

V.-El derecho que asiste a los socios de separarse cuando se decreta un nuevo aumento de capital y no estuvieren conformes con dicho aumento, salvo que se haya estipulado expresamente el aumento de capital. De aquí podemos inferir el derecho que tienen los socios de hacer una aportación limitada (2703).

VI.-Derecho al tanto; para adquirir las partes sociales que algún socio quiera enajenar (2706).

VII.-Participar en la administración de la sociedad (2709).

VIII.-Examinar los documentos de los negocios de la sociedad, y de exigir la presentación de libros, documentos, etc., para poder hacer las reclamaciones pertinentes, (art. 2710 se relacionan los arts. 2717 y 2718).

IX.-El derecho de voto en las asambleas generales, (2711 y 2713).

X.-Facultad de pedir la liquidación de la sociedad en los casos prevenidos por la ley, (2720).

OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS.

I.-El pago de las aportaciones de los socios, (2688, 2689, 2702), se deduce del art. 2702 que si la aportación es traslativa de dominio, el socio es responsable ante la sociedad como si se tratara de un vendedor; si es traslativa de uso, responde como si fuera arrendador. (Las aportaciones pueden ser de: dar, hacer o no hacer).

II.-Debe participar en las pérdidas, (2731, 2730, 2735).

III.-No entorpecer la labor de la administración, (2709).

IV.-Responsabilidad frente a terceros, Se ha dicho que la responsabilidad de los socios es de dos tipos: limitada e ilimitada. La responsabilidad ilimitada recae en los socios administradores, por lo que se encuentra que un acreedor social tiene dos garantías que son: el patrimonio individual de los administradores y el patrimonio social. Desde luego que se puede limitar la responsabilidad de los socios administradores, pero ese pacto que la limita no afecta a terceros que contratan con la sociedad.

Los órganos de la sociedad son dos: la Asamblea General y la Administración. De la primera no nos hace una referencia extensa nuestro ordenamiento jurídico, pero en varios de sus preceptos estatuye que será necesario para la resolución de determinados negocios, el consentimiento de todos los socios. Tampoco se hace mención de los tipos de asambleas genera-

les se refirió concretamente a la distinción que hay entre asambleas ordinarias y extraordinarias.

Por razón natural, este órgano es jerárquicamente superior a la administración, atribuyéndosele funciones muy amplias.

Lo referente a la administración está especificado claramente en el Capítulo III. La administración según se pacte, puede recaer en uno o varios socios, si no se hubiere determinado expresamente quiénes se harán cargo de la administración, todos los socios pueden concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes, (2709, 2719, 2713).

Los administradores tienen extensa facultad (que puede señalarse en el acta constitutiva, o ser designada posteriormente por la asamblea general de socios), en la administración de una sociedad, y sólo es necesaria autorización especial en los casos señalados por los arts. 2712, 2715, 2716, 2717 y 2718.

La revocación de los administradores es regulada por el art. 2711 (requiriéndose unanimidad de votos si son administradores estatutarios, o mayoría de votos si fueron nombrados por la Asamblea General).

Entre las obligaciones que tienen a su cargo los administradores se puede apuntar las siguientes:

A.-Rendir cuentas (2716).

B.-Responder de daños y perjuicios que hubiesen originado por su gestión (2717).

Habiendo varios socios encargados de la administración, sin haberse declarado que deben proceder de acuerdo, cada uno puede realizar los actos administrativos que crea oportunos (2714). Si por el contrario se conviene que uno sólo de los administradores no puede actuar sin el concu-

so de los demás, podrá él sólo tomar una decisión administrativa cuando pueda sobrevenir un grave perjuicio a la sociedad (2715).

DISOLUCION.

"Podríamos comparar la disolución de la sociedad con la muerte de un individuo físico; después de su muerte subsiste al menos la mayor parte de sus derechos y es necesario proveer a su tutela; ello lo hace nuestra ley por medio del régimen de la sucesión y por el albacea; así la sociedad una vez disuelta necesita abrir su sucesión, y nombrar un representante que tiene el carácter de liquidador; esta metáfora permite explicar por qué después de extinguida la sociedad haya sin embargo representantes de ellas no obstante que la doctrina y la jurisprudencia son claras al respecto, pre valece la opinión de que la sucesión no tiene personalidad jurídica; en cambio respecto a la sociedad sí existe esa personalidad por disposición expresa de la ley, aunque limitada a los efectos de la liquidación. Art. 244 de la Ley de Sociedades Mercantiles.

Ahora bien, la liquidación está constituida por todas las operaciones posteriores a la disolución que son necesarias y precisas para dar fin a los negocios pendientes, pagar el pasivo, cobrar los créditos, y reducir a dinero todos los bienes de la sociedad, para repartir entre los socios" (37):

Reglas para la liquidación de la sociedad:

- a).-Todos los socios tendrán derecho para intervenir, salvo que se hayan designado liquidadores, en la escritura o por la asamblea, art. 2728.
- b).-Deben pagarse las deudas sociales, art. 2728.

(37).-Salvador Ruiz de Chávez, ob., cit., pág. 62.

- c).-Después las aportaciones de los socios, 2728.
- d).-El resto, se considera como utilidad y será repartida entre los socios en la forma convenida, y si no existe convenio, por partes iguales - (2728) o proporcionales a la aportación.
- e).-Si no existieren bienes suficientes para lo anterior, el déficit se considera pérdida y se repartirá entre los socios en la misma forma que las ganancias, (2730).
- f).-Si existe un socio industrial, y no se hubiere estimado, ni se hubiere designado cuota, se aplicarán las normas siguientes:
- I).-Si el trabajo puede prestarse por otra persona, su cuota será la que le corresponda por razón de sueldos u honorarios, aún cuando fueren varios, (2732-I).
- II).-Si el trabajo sólo puede hacerse por el socio, le corresponderá como cuota la misma que al socio capitalista que tenga más; (fracc. II).
- III).-Si existiere sólo algún socio industrial y un capitalista, se dividirán las ganancias por partes iguales (frac.III).
- IV).-Si fueren varios los industriales, pero el trabajo no puede prestarse por otro, se les dará la mitad de las ganancias y la dividirán por convenio o por decisión arbitral, (fracc. IV).
- V).-Si el socio industrial hubiere cooperado también con capital, se considerarán separadamente las aportaciones, (2733).
- VI).-Si hubiere socios industriales y capitalista y no hubiere ganancias el capital se repartirá sólo entre los socios capitalistas, (2734).
- VII).-Los socios industriales no responderán de las pérdidas, salvo pacto en contrario, (2735)* (38).

(38).-Leopoldo Aguilar, ob., cit., pág. 235.

CAPITULO TERCERO

REGISTRO PUBLICO.- 37.- Nociones generales. 38.- La institución de la ---
publicidad. 39.- Derecho de Registro. 40.- Principios registrales. 41.- -
Definición. 42.- Diversos sistemas registrales. 43.- La apariencia en el -
Registro. 44.- Textos legales.

37.-REGISTRO PUBLICO. NOCIONES GENERALES.

Etimológicamente registro deriva del latín *regere, regestus-*, y significa copiar, anotar. Por consiguiente, la palabra registro indica en todo caso, hacer constar por escrito determinados actos o acontecimientos, también se pueden incluir los asientos contenidos en las constancias.

Horacio Pedro Angel Picasao, al comentar los orígenes del registro alude al Derecho romano y al germánico y apunta que en el primero, dos de las formas conocidas de trasmisión eran: la *in jure cessio* y la *mancipatio*. La *in jure cessio* no era mas que un proceso ficticio, en la cual el pretor hacía constar que el demandado no era dueño, en tanto que para la configuración de la segunda, deberían concurrir cinco testigos que eran los representantes de las cinco clases en que Servio Tulio había dividido al pueblo, la función de estos cinco testigos consistía en atestiguar la realidad de la trasmisión.

Dentro del citado derecho existía otra forma de trasmisión que se impuso sobre las anteriores, precisamente por ser un medio más rápido, la *traditio* en el cual no se requería el cumplimiento de formalidades legales.

Esto, nos conduce a la convicción de que la idea de garantizar a los terceros, de movilizar la propiedad, de evitar los negocios fraudulentos, etc., no encuentra sus raíces en el Derecho romano, ya que la trasmisión de la propiedad sólo interesaba a los contratantes.

En el Derecho germánico, la propiedad fué primero colectiva, de tal suer-

te que la apropiación individual era provisional, y cuando se tornaba definitiva el Estado conservaba el dominio eminente sobre la misma, interviniendo para investir al adquirente del derecho de propiedad.

En un principio se hacía la tradición con la intervención del magistrado judicial, y con posterioridad se substituyó la misma por la escritura y la inscripción en un Registro, pero en todo caso se estimó que el Estado en cada transmisión retenía la facultad de retrotraer la propiedad y de investir al adquirente del derecho de dominio.

Es fácil advertir en este Derecho, un sistema de legalidad y de publicidad que no es posible encontrar en el Derecho romano.

"Los registros son una necesidad en todos los tiempos, en su existencia y conservación están a la vez interesados las familias y las naciones; pues por su medio, y sin necesidad de recurrir a otras pruebas siempre más difíciles y costosas, se acreditan en cualquier momento de la vida los hechos que atestiguan la procedencia de las personas o los bienes, las modificaciones que éstos experimentan y en general cuantos actos afectan el interés privado o público.

Por el mecanismo de los registros el Estado se constituye en fiel guardador de los precedentes y bienes de cada familia y de la sociedad, que en otros casos tendrían que estar encomendados a la incertidumbre y a las contingencias de los asuntos particulares" (1).

El Lic. Ibarrola expresa que, "para Nuñez Lagos, el registro es un objeto parlante, y refiriéndose concretamente a los contratos traslativos de propiedad dice, el apotema el primero en tiempo es primero en derecho, se troca en, el primero en derecho es el que inscribe, no el primero que contrató. Para el tercero lo no registrado no existe" (2).

(1).-Gastro Marroquín, "Derecho de Registro", pág. 40.

(2).- "Cosas y Sucesiones", pág. 241.

De lo expuesto se puede apreciar la importancia del registro en una sociedad, ya que en un momento dado se tiene al alcance la posibilidad de conocer el estado de las cosas, evitándose hasta donde es posible la clandestinidad.

"El registro público cabe citarlo dentro de las funciones que el Estado realiza como autoridad en ejercicio de sus atribuciones, su forma de función administrativa, para dar satisfacción a las exigencias individuales y sociales, está la del registro cuyo objeto es la inscripción de los derechos derivados de hechos o actos jurídicos concretos, determinados en la ley como inscribibles, de interés público y permanente, susceptibles de producir consecuencias jurídicas en contra de los terceros, para darlos a conocer por medio de la publicidad registral a esas personas que no intervinieron en dichos hechos y actos, y así surtan efectos en su contra completos, para la certeza y seguridad de los bienes y derechos inscritos y para la posibilidad de cumplimiento del derecho en las relaciones en general, en bien de la tranquilidad de las personas" (3).

Ahora bien, en la celebración y configuración de contratos y convenios intervienen exclusivamente las partes, es decir personas particulares, pero en el registro interviene otro sujeto que es el Estado quien hace constar la autenticidad de los mismos obteniéndose seguridad y certeza jurídica sobre esos inmuebles o derechos inscritos y además la protección por el Poder Público.

Es indiscutible, que esta institución jurídica tiende a crear una certeza, una veracidad sobre lo inscrito, remediando hasta cierto punto el grave perjuicio que sobrevendría en caso de no existir el registro. Y es que al investir aquellos actos y hechos de autenticidad y al hacerlos públicos,

(3).-Castro Marroquín, ob., cit., pág. 41.

se pueden prevalecer de ellos todos los terceros, no pudiendo alegar ignorancia, con ello se favorece a la sociedad en general y a sus miembros en particular.

Tocante al registro público de la propiedad el Lic. Lozano Noriega explica, "tiene por objeto dar la mayor estabilidad, la mayor garantía posible al derecho de propiedad sobre bienes inmuebles; tiene como función - dar a conocer cuál es la verdadera situación jurídica en un inmueble, tanto respecto al propietario, como respecto a las cargas, derechos reales, que puede soportar el bien.

Haciendo referencia a Sánchez Román agrega que, el registro tiene como fines dar a conocer el verdadero estado de la propiedad inmueble haciendo constar de un modo público y solemne la historia de sus tres misiones y modificaciones, asentar sobre sólidas bases el crédito territorial, impedir los fraudes de las enajenaciones y gravámenes sobre inmuebles y dar a los que intervienen en la trasmisión o modificación de la propiedad una firme garantía para la efectividad de su derecho" (4).

Esteban Calva y Francisco de P. Segura comentan en relación al objeto del registro público que, "el fin que se ha propuesto la ley ha sido estable-
cer, sobre una base sólida, el crédito territorial, haciendo del registro un medio de conocer indudablemente la situación de la propiedad inmueble; fin que seguramente no habría alcanzado si en la ejecución de los medios hubiera atendido exclusivamente a las hipotecas. La circulación de los ca-
pitales, su movimiento mediante las transacciones mercantiles y de todo género, serán fáciles cuando se inspire a todo aquél que trata de adqui-
rir una propiedad, el día que se disipen los temores de poder ser engaña-
do porque aparezcan gravámenes que al principio estaban ocultos; entonces

(4).-Apuntes de Contratos, pág. 706.

el crédito llegará a tener un valor hasta ahora desconocido" (5).

38.-LA INSTITUCION DE LA PUBLICIDAD.

Según lo expresado por los autores citados continuamente ponen de manifiesto la importancia de la publicidad y el beneficio que con ello se acarrea; por tal motivo estimo de interés citar al maestro Rojina Villegas, quien comentando a Dorta Duque expone a cerca de la publicidad lo siguiente, "la publicidad como toda institución jurídica, no ha sido el producto inmediato y acabado de una legislación determinada, sino el resultado de una larga elaboración, a la cual han concurrido, a más de los factores económicos, que legalmente han exigido su implantación, factores históricos, políticos, filosóficos y sociales, y así ha sido considerada la publicidad inmobiliaria de distintas maneras: unas veces se ha manifestado como un mero aviso a la colectividad, de la existencia de un acto jurídico o de un derecho real relativo a un inmueble (publicidad adjetiva); otras veces se ha considerado la manifestación formal como un elemento esencial a la existencia misma de ese acto jurídico o de ese derecho real (publicidad esencial) -que es la que tenemos en México desde 1870 hasta 1917-. La publicidad como mero aviso, no afecta la existencia del acto o del derecho real que la utiliza y es de naturaleza adjetiva o accidental, para asegurar determinados fines. Como forma esencial es un elemento vital para el acto o derecho real que se publica. En un régimen de publicidad adjetiva o accidental, como mero aviso, los actos y los derechos pueden vivir fuera del registro (éste es el sistema de nuestro Código Civil vigente, que sólo requiere el registro para que el acto surta efectos contra terceros, pero no

(5).-"Instituciones de Derecho Civil", pág. 840.

para que exista respecto a las partes); en un régimen de publicidad esencial los actos y derechos no pueden prescindir del registro.

Conforme a la clasificación propuesta por Besson, citado por Dorta Du que, se distinguen tres etapas en la evolución de las formas o sistemas de publicidad; la primera comprende las formas solemnes y públicas que tienen por objeto que la comunidad intervenga en aquéllos actos que afectan la propiedad territorial, de tal manera que existe un fin principalmente político, sobre todo en la organización feudal en la cual el imperio del señor derivaba del dominio o propiedad sobre la tierra; la segunda forma tiene un carácter o fin jurídico, con objeto de regular un régimen de publicidad para evitar perjuicios a terceros, principalmente fraudes al adquirente de bienes inmuebles.

En el régimen oculto, es fácil que un supuesto propietario venda cosa ajena, o constituya derechos reales, por el sólo hecho de la detentación o tenencia del inmueble; por último, la tercera forma persigue una finalidad jurídico-económica en cuanto a la publicidad y registro de los actos y contratos que afectan la propiedad o posesión de los bienes inmuebles, mediante la organización de oficinas públicas, en las cuales se pueda conocer en un momento dado la verdadera situación de un inmueble, y todos los cambios que sufra en su propiedad, posesión o constitución de derechos reales. Nuestro Código Civil corresponde a esta tercera etapa" (6).

"La noticia sobre el verdadero valor de la propiedad territorial y la garantía que busca todo aquél que quiere contratar debe constar en el registro que le dá la publicidad que deseara para conocer de un sólo golpe de vista, por así decirlo, las ventajas y desventajas que le proporciona

(6).-"Derecho Civil Mexicano", T. IV-III, págs. 140 y sigs.

contratar sobre éste o aquéllos bienes" (7).

La publicidad es de vital importancia dentro del registro porque gracias a ésta se pueden enterar los terceros de las operaciones que se realicen sobre los bienes y derechos reales.

39.-DERECHO DE REGISTRO.

El derecho de registro, ha sido estudiado y clasificado en varios países occidentales, como rama perteneciente al Derecho Civil, o sea que lo encuadran dentro de los márgenes del Derecho Privado. Pero se ha especulado bastante si realmente debe pertenecer esta rama al Derecho Privado o si cabe situarlo dentro del campo del Derecho Público. El Lic. Castro Marroquín dice, "el derecho de registro es un derecho singular de seguridad individualizada por excelencia, que de manera principal se refiere a las personas no partes, llamadas terceros, imponiéndoles la ley, funda en el principio de publicidad, determinados deberes a efecto de poder obtener la seguridad de los derechos concretos inscritos, y por consiguiente la paz y bienestar en las relaciones de convivencia humana. De aquí la importancia de este derecho que bien podría clasificarse como derecho de seguridad jurídica concreta" (8).

40.-PRINCIPIOS REGISTRALES.

El maestro Leopoldo Aguilar menciona como principios registrales:

"a).-El de rogación. Para la inscripción requiere la instancia de la parte interesada; es característica de los sistemas declarativos y de algunos mixtos.

Si en los propios documentos consta el consentimiento para la inscripción

(7).-Esteban Calva y Fco. de P. Sagura, ob., cit., pág. 853.

(8).-Ob., cit., pág. 43.

o se deduce de su contenido, puede cualquiera presentar el documento y ya se efectúa de oficio.

El registrador no tiene facultades para iniciar de oficio el registro, salvo en el caso de las anotaciones preventivas.

b).-El de consentimiento, o sea, que de la relación contractual se deriva el acuerdo de voluntades o bien la voluntad en el acto unilateral en consecuencia, sólo un acuerdo real podrá registrarse.

c).-El principio de inscripción, tiene como antecedentes los dos anteriores; en un sentido, comprende todos los movimientos y asientos efectuados; en sentido restringido la inscripción contiene consignado el acto o contrato concretos, constituyendo un asiento y su partida en el registro.

d).-El principio de prioridad, no es sino consecuencia de otro principio jurídico más general; el que es primero en tiempo es primero en derecho. Se puede decir que el acto registral que primero ingresa al registro, se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que siendo incompatible o perjudicial, no hubiese ingresado aún al registro, aunque fuese de fecha anterior.

e).-El principio de legalidad, tiene como finalidad poner en concordancia la realidad jurídica contenida en el acto o contrato, con el registro mismo. Se logra mediante la depuración de los títulos, bajo la responsabilidad del registrador; mediante la calificación registral. Como consecuencia, puede aceptar el título, rechazarlo en definitiva o suspender temporalmente la inscripción.

f).-En cuanto al principio de la especialidad, debe decirse que se ha

instituido como reacción a las antiguas hipotecas tácitas y generales; tiene por objeto que el título contenga los datos reales que aparecen inscritos en el registro, como son las medidas, linderos etc...

g).-El principio de tracto sucesivo, tiene como finalidad realizar una perfecta concatenación en el orden sucesivo de los hechos y actos registrables y empieza con la inscripción, o también llamada inmatriculación del bien, o sea el primer asiento, los posteriores deberán estar de acuerdo con él.

h).-El principio de publicidad es el fundamental del registro, o sea hacer del conocimiento de la colectividad los actos y contratos que se celebran, para que sean oponibles.

i).-La legitimación registral consiste en que el hecho o contrato inscrito adquiere una presunción de validez y exactitud por el hecho del registro. Es una presunción juris tantum, pero para los terceros de buena fe es jure et de jure.

Nuestro derecho es ecléctico, puesto que no le da el carácter meramente informativo; sino que puede ser legitimador de derechos; en cambio la otra teoría expresa que se reconocen exclusivamente los datos contenidos en el registro, los que surten efectos contra todos, inclusive las partes.

El derecho nuestro es ecléctico como se dijo en líneas anteriores puesto que por una parte está la validez y efectos del derecho registral; por otra parte, le concede fuerza legal a la inscripción.

j).-El principio de la fe pública registral tiende a resolver la discordia entre la verdad real y los datos contenidos en el registro.

Como consecuencia, el adquirente estará a salvo de todo lo que conste en la inscripción, ya que está apoyada en una presunción jure et de jure.

En Derecho mexicano se reconoce este principio como regla general; pero permite la rectificación, y los artículos base del mismo son los siguientes: 3003 y 3007.

k).-Principio de la buena fe, consiste en la confianza o conciencia del tercero adquirente de que con relación al derecho que adquiere, el contenido del registro es exactamente íntegro, sin afectar la titularidad del transferente inscrito, según derecho o acción que no esté claramente indicado en los asientos registrales" (9).

41.-DEFINICION.

El Registro Público debe entenderse como una institución jurídica, que satisface una necesidad eminentemente social, al realizar un servicio público, creando de esta manera una certeza en el tráfico jurídico.

El maestro Leopoldo Aguilar lo define como, "una institución jurídica y pública destinada a dar publicidad a los actos y contratos que conforme a derecho deben inscribirse o anotarse" (10).

Gomis y Muñoz elaboraron el siguiente concepto de Registro Público de la Propiedad, "el registro de la propiedad es la institución pública encargada de anotar, poner de manifiesto y dar fe de cuantos negocios jurídicos se refieren a los fenómenos de la vida del dominio privado, la posesión y demás derechos reales, que los titulares de los mismos o quienes tengan interés legítimo en ellos presenten para su inscripción, así como de la constitución, modificación, o extinción de las personas jurídicas" (11).

Sobre este específico registro, Clemente de Diego agrega que puede estimarse como la "oficina pública a cuyo frente está un funcionario competente,

(9).-"Contratos Civiles", págs. 302 y siguientes.

(10)-Ob., cit., pág. 301.

(12)-Gomis y Muñoz, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", T.II, pág. 529.

el registrador, para la toma de razón en libros especiales de cuantos actos se relacionan con el derecho de propiedad inmueble, afectan y dan vida y realidad a todas las relaciones jurídicas que a esa propiedad se refieren" (12).

42.-DIVERSOS SISTEMAS REGISTRALES.

"La función publicitaria del registro se realiza mediante la inscripción, cuyos efectos varían según los sistemas registrales, éstos pueden clasificarse en tres categorías:

a).-Sistemas declarativos. En éstos los negocios jurídicos registrales se celebran sin intervención del registro. En consecuencia, el registro no tiene valor probatorio autónomo o independiente del título, pero éste produce efectos contra terceros mientras no se registra.

b).-Sistemas constitutivos. Los negocios se ejecutan con mediación del registro, se subdividen a su vez en: sistemas constitutivos propiamente dichos y sistemas sustantivos; en los primeros para la transmisión de un derecho se necesita además del registro el acuerdo de transferencia y, en los segundos, la transmisión de un derecho se realiza por el registro mismo.

En conclusión la inscripción es el título y por lo mismo, si tiene valor probatorio autónomo que se llama fuerza probante o eficacia jurídica formal del registro. Si hay discrepancia entre la inscripción y la realidad jurídica extrarregistral la primera prevalece generalmente a costa de la segunda.

c).-Sistemas intermedios. En éstos, los negocios se realizan sin participación del registro, pero al inscribirse quedan investidos de legitima---

(12). "Instituciones de Derecho Civil Español", T.I, pág. 636.

ción y de fe pública registral. La legitimación es una presunción "juris tantum" de exactitud del registro y a virtud de ella se tiene por cierto mientras no se pruebe plenamente lo contrario, que el derecho inscrito existe, que pertenece al titular y que es tal como lo expresa la inscripción. La fe pública registral es una presunción "juris et de jure", de verdad del registro hecho a favor del tercero que adquiere de buena fe y a título oneroso, un derecho registrado a nombre del transmitente, a virtud de esa presunción persiste la eficacia del derecho del tercero aun- que se invalide el de su otorgante por causas que no se desprenden del registro, la buena fe del tercero se presume salvo prueba en contrario.

Sintetizando, la inscripción acumula a la prueba del título la presunción juris tantum de la legitimación y la presunción juris et de jure de la fides pública.

Por otra parte, la inscripción no convalida los actos nulos, pero en los de tipo intermedio no prospera la acción de nulidad por causas que el registro no revele contra el tercero de buena fe causahabiente a título oneroso del titular registral.

La realidad jurídica se impone, a excepción hecha del caso en que actúa la fe pública registral porque entonces la ley acude a una ficción y toma como verdadera la situación aparente tabular, para proteger al tercero de buena fe contra las consecuencias de una realidad extra tabular" (13).

43.-LA APARIENCIA EN EL REGISTRO.

Partiendo de la consideración de que el Registro Público, es una institución de carácter primordial en cualquier ordenamiento de que se

(13).-Alfonso Ballina Alvarez, Tesis Profesional, "El Registro Público de la Propiedad en México", pág. 53 y sigs.

trate, porque tiene como labor a realizar entre otras muchas resguardar la tranquilidad social, y consigue tal propósito, al propiciar la estabilidad en el comercio jurídico problema vital para personas que conviven en sociedad.

Es menester tener presente, que al inscribirse, lo que según las leyes debe inscribirse, se está buscando con ello amparar a una colectividad, pero desde luego para poder garantizar dicha protección lo inscrito en el registro va a contar con la fe pública registral, o como también se le conoce la inmunidad registral. Es precisamente en lo "inscrito" en donde nos colocamos frente a la apariencia de derecho, es decir, se vuelve de nueva cuenta a observar cómo en materia registral a menudo se encuentran situaciones de apariencia jurídica, en otros términos, se presenta el fenómeno de la superposición de la titularidad aparente sobre la real.

Es preciso recordar en este punto el concepto de titular registral para mejor captar la extensión del concepto de apariencia cuando de inscripciones registrales se trata. Es pues, titular registral según lo define nuestro eminente Roca Sastre, la persona a quien pertenece o corresponde, según el registro de la propiedad, el dominio o cualquier derecho real sobre inmuebles matriculados. Para esta persona la ley establece una presunción de titularidad. Es sólo en base de tal presunción, como puede tener sentido, justificación y realidad la expresión titular, según el Registro de la Propiedad, y sólo así también, se puede hablar de titular inscrito, que es precisamente el titular en la apariencia registral, es decir, el titular aparente, que puede corresponderse o no con el que sea titular en la realidad extrarregistral.

Estas consideraciones, que se elevan a la categoría de primer principio, -

se amudan a un principio segundo, cual es el de que las inscripciones se correspondan con la realidad jurídica" (14).

A través del registro la ley tiende a tutelar los derechos que están inscritos frente a los que no lo están, como se cuenta con el principio de la publicidad registral, aquel sujeto verdadero titular extrarregistral puede en todo momento hacer valer su derecho por vías legales, pero mientras lo prueba el titular inscrito es el favorecido por la ley.

Y es lógico que se le proteja porque él ha ido a inscribir un derecho o un bien, y de ninguna manera ha obrado de mala fe, sino por el contrario estima que tiene facultades, por ejemplo, sobre determinados linderos, o determinada extensión de terreno, por eso recurre al registro, para que éste haga la anotación conducente, su intención no es la de cometer un fraude, porque si ello fuera así, tendríamos a fortiori que desplazarnos de los actos aparentes, concretamente de la apariencia jurídica, para adentrarnos al campo de los actos y hechos simulados donde el sujeto quiere conscientemente engañar. Y es que la apariencia es una forma jurídica, que encaja perfectamente dentro del marco del Derecho, y éste le reconoce su existencia frente a la ley.

El maestro Antonio de Ibarrola, al comentar el principio de legitimación asevera que, "en el registro surge una historia completa de los bienes, situada en un mundo aparte, en el que los derechos reales nacen, se desarrollan, y se extinguen en el mundo de la publicidad, el tabular, el registral. Pero como es posible que las inscripciones puedan no coincidir con la realidad jurídica, resulta que se desarrollan dos mundos que viven simultáneamente. De la presunción de existencia y pertenencia del

(14).-Apéndice del Diccionario de Derecho Privado, pág. 86,

derecho inscrito, se deduce que es obligatorio tratar al titular aparente como si fuese el dueño del derecho, mientras no se demuestre lo contrario. Tratar al titular como si fuera dueño del derecho inscrito es admitir necesariamente que pueda actuar como propietario. Esta presunción hace que una persona esté legitimada para actuar, aún cuando carezca de las características del verdadero dueño¹⁵ (15).

El titular aparente que recurre al registro, se ostenta como verdadero titular, lo hace en forma pública, externa; y es así que a través de la publicidad dá a conocer su derecho o su bien a todos los terceros, propiciándose desde luego la apariencia jurídica, con ésto se logra dar una mayor firmeza a las relaciones jurídicas, por ello, es que en variadas ocasiones se hace prevalecer la inexactitud registral sobre la realidad, teniendo que valer el contenido registral.

Al hacerse las anotaciones en el registro, automáticamente se protege a quien haya ido a registrar, y con ello no se está cometiendo una injusticia, no se está atando al verdadero titular extrarregistral, toda vez que tiene la facultad otorgada por el propio ordenamiento jurídico de demostrar la inexactitud del registro, teniendo que aportar pruebas tendientes a destruir lo inscrito, que le afecte en sus intereses.

En el Derecho germánico, se cuenta con un postulado que se ha tomado como base, si un tercero adquiere de un titular registral aparente, es tutelado aún en contra del que en realidad lo sea; y es que el Derecho alemán ha llevado a la apariencia a un grado máximo de aplicación.

Algo parecido acontece en nuestro Derecho positivo, puesto que un tercero de buena fe, que haya inscrito su derecho en el registro, derecho que ad-

(15).-Ob., cit., pág.242.

quirió al contratar con un titular registral aparente, siempre y cuando no se trate de contratos a título gratuito o de actos o contratos que se hayan celebrado en contravención de una ley prohibitiva o de interés público, se le ampara, reconociéndole su derecho y haciéndoselo valer. Por lo cual se comprende que en nuestro Derecho se ha permitido el reconocimiento y aplicación de situaciones de apariencia jurídica, otorgándoseles eficacia jurídica, el objeto que se persigue es amparar a los terceros que de buena fe contratan con el titular registral.

A este respecto se ha comentado en la doctrina extranjera que, "el requisito esencial para reconocer eficacia jurídica al acto dispositivo ejecutado por el titular aparente es la buena fe del tercero adquirente derivativamente. Sobre este punto ha escrito Mengoni, la buena fe no es un hecho constitutivo sino la mala fe un hecho impositivo de la adquisición: el tercero adquiere eficazmente no en cuanto esté en buena fe, sino en cuanto el enajenante está investido de la apariencia de derecho" (16).

En virtud de que el registro se refiere a lo aparente, a lo externo es evidente que en muchas ocasiones lo registrado no coincide con la realidad extrarregistral; de tal suerte, que el tercero que contrata con una persona que aparece en el registro inscrita, piensa que está tratando con el verdadero titular. Por la razón de la rapidez con que se realizan las transacciones, ese tercero no se va a poner a investigar si existe discrepancia o no entre lo inscrito en el registro y la realidad extrarregistral, además hay que agregar que estos terceros sólo tienen conocimiento del acto externo y de la circunstancia que al

(16).-Apéndice, pág. 87.

inscribir un hecho o acto en el registro público se tienen que observar una serie de requisitos de lo cual se presume que lo que se asienta o anota en el mismo, representa la verdad, lo exacto, en tanto y cuanto no se le impugne, procediéndose en tal caso a hacer la declaración de inexactitud por la autoridad competente. En otros términos el sujeto que tiene a su favor la titularidad según el registro, puede realizar actos de transmisión y tales actos tienen plena eficacia, en tanto no se oponga el titular auténtico, por todo lo anterior se observa el triunfo de lo inscrito sobre la realidad.

Para un titular aparente registral, se derivan una serie de consecuencias que le favorecen, por ejemplo, al ser considerado como dueño auténtico, ya que quien inscribe un derecho es porque se cree que tiene derecho a hacerlo, puede ejercitar todos los derechos que se derivan del mismo, - se puede oponer a que se verifique otra inscripción que le perjudique, - puede ejercitar la acción reivindicatoria, la acción hipotecaria, los interdictos posesorios, etc...

No parece extraño, ni injusto que se tutele al titular aparente, vuelvo a repetirlo, porque quién sino el titular real tiene en sus manos terminar con una situación anómala en detrimento de sus propios derechos, pudiendo impedir que otro goce y se aproveche de los mismos. El verdadero titular (extrarregistral) se ha comportado en forma apática y ha propiciado con su actitud que otro sujeto disfrute de un derecho que en rigor de verdad pertenece al primero, en tanto que el segundo más conciente y cuidadoso del beneficio particular y general que emana de una inscripción, ha prestado una mayor estabilidad social.

44.-TEXTOS LEGALES.

La Comisión Redactora del Código de 1928 ha declarado sobre este importante tema que, "se organizó sobre nuevas bases el Registro Público haciendo que se produzcan diferentes efectos jurídicos según la naturaleza del acto o contrato que se registre.

La falta de registro de los actos o contratos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio de los demás derechos reales sobre inmuebles, hace que no produzcan ningún efecto jurídico.

Tratándose de otros actos o contratos, la falta de registro hacen que no produzcan efectos contra tercero.

Por último, la falta de registro, tratándose de asociaciones civiles, impiden que éstas adquieran personalidad moral.

También se establece como principio básico que la inscripción no convalida actos o contratos que sean nulos: pero a la vez se dispone que los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a terceros de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anula o se resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro, no aplicándose con disposición a los contratos gratuitos, ni los actos o contratos que se otorguen o celebren violando una ley prohibitiva o de interés público.

Aunque se aumentaron los actos y contratos que deben registrarse, se simplificó la manera de hacer el registro, y sólo se establecieron principios generales sobre esta materia, encomendándose el desarrollo minucioso al reglamento respectivo.

La falta de titulación de una gran parte de la propiedad raíz y los capitales, defectos de los que adolecen muchos de los títulos de esa propiedad,

dificultan enormemente las transacciones sobre dichos bienes y colocan a los propietarios de hecho llamémosle así, en una anormal situación jurídica.

Para suplir esa falta de titulación y subsanar los defectos de la existencia, se introdujo el registro de las informaciones de dominio y de las inscripciones de posesión.

En el Anteproyecto se establece que el que hubiera poseído bienes inmuebles por el tiempo y con las condiciones exigidas para prescribirlos, puede promover juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público, a fin que se declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido por ende, la propiedad; sirviéndole la sentencia favorable que obtenga de título de propiedad que será inscrita, y que cuando no pueda ejercitar ese derecho no por estar inscrita en el Registro de la propiedad poseída, puede demostrar ante el Juez competente que ha tenido la posesión de que se trata, rindiendo la información respectiva en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles.

También se permitió que el que tenga posesión apta para prescribir -- los bienes no inscritos en el Registro a favor de persona alguna, aún antes de que transcurra el tiempo necesario para prescribir, puede registrar su posesión mediante resolución judicial que dicte el juez ante quien la acredite del modo que fije el Código de Procedimientos Civiles, siendo el efecto de la inscripción tener la posesión inscrita como apta para producir la prescripción al concluir el plazo de cinco años contados desde que la misma fué inscrita. Transcurrido este plazo sin que en el Registro aparezca algún asiento que contradiga la posesión inscrita, tiene derecho el poseedor, comprobando este hecho, mediante la presentación del certificado

respectivo, a que el juez competente declare que se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y ordene que se haga en el Registro la inscripción correspondiente.

De esta manera procuró la Comisión que quedara subsanada la falta de títulos de propiedad rala y de los defectos de que muchos de ellos adolecen" (I7).

En el Título Segundo, Capítulo Primero, se hace la regulación relativa al Registro Público, complementándose con el Reglamento del Registro Público de la Propiedad.

Dice el Lic. Lozano Noriega, que el Registro Público tal y como se encuentra organizado en México encuentra su principal fuente de inspiración en la Ley Hipotecaria Española, y que ésta tiene como antecedentes directos el sistema hipotecario alemán y el Acta Torrens, de lo cual se infiere que en última instancia nuestro Registro Público tiene influencias del Derecho alemán y del anglosajón, de éste último a través del Acta Torrens;

En México se encuentran tantos Registros Públicos como sean designados por el Ejecutivo Federal; (2999), por lo tanto, no hay un solo Registro Público que pueda servir para cualquier persona, no importando el Estado en que residiere, sino que al adoptarse un régimen republicano federal, es frecuente encontrar registros públicos locales y federales, no obstante esto el Lic. Aguilar y el Lic. Derbez Muro sostienen que, "la organización de esta importantísima institución sigue en casi todo el país los lineamientos que fija el Código Civil de 1928, pues inclusive en algunos de los Estados que todavía mantienen el Código antiguo se ha reformado la legislación del registro de la propiedad para seguir la nueva re-

(I7).-Código Civil vigente para el Distrito y Territorios Federales.

gulación, como sucede en Puebla en que dicha materia ha sido objeto de sucesivas reglamentaciones que datan de los años de 1939, 1940, y 1945.

En general, puede decirse que muchos de los Códigos de los Estados han modificado el capítulo sobre el Registro Público de la Propiedad para introducir en él aspectos de detalle que en el Distrito Federal forman la materia del reglamento administrativo de la institución. Así sucede en los Códigos de Campeche, Hidalgo, Michoacán, Tamaulipas y Veracruz..." (18).

El art. 3000, remite al reglamento para la fijación del número de secciones de que se habrá de componer el Registro, y según los lineamientos del propio reglamento en sus arts. 48, 60, 69, 72, 136 y 143 quedan especificadas un número de siete secciones.

Uno de los principios dominantes adoptado por nuestro Registro, es fundamentalmente el de la publicidad, consiguiéndose con éste que los negocios jurídicos inscritos sean de fácil acceso a todas aquellas personas que tengan algún interés en dichos bienes o derechos o simplemente quieran conocer el estado de los mismos, y en todo caso tendrán la oportunidad de saber en un momento preciso a qué atenerse. A este principio se refieren expresamente los arts. 3001, 2310, 2312.

En el art. 3002, se determina cuáles son los actos, documentos o títulos que deben registrarse, estableciéndose en la fracción XIV que otros títulos aparte de los mencionados pueden ser inscritos. De este precepto se deduce que el Registro no sólo se refiere a la propiedad inmueble y de derechos reales sobre la misma, sino que abarca también a los derechos reales sobre muebles que puedan identificarse, a la posesión y determinados derechos personales.

En relación a la falta de registro encontramos el art. 3003. Los documen-

(18).-Aguilar y Derbes Muro, "Panorama de la Legislación Civil en México" pág. 116.

tos que deben inscribirse y no se inscriban producen efectos plenos entre los que lo otorguen pero no se podrán producir con ello perjuicios a terceros, los cuales pueden aprovecharse de los mismos en cuanto les favoregan. Esta es pues, la sanción a la falta de inscripción. De lo cual se colige, que la inscripción en el Registro no es un elemento de esencia ni siquiera de validez de los contratos sino que se considera como un requisito de oponibilidad a terceros. El Lic. Ballina manifiesta lo siguiente, "el sistema de nuestro Código es un término medio, de inscripción voluntaria, pues el titular no está obligado a registrar su derecho, además para la inscripción se requiere solicitud de quien tenga facultad para ello. Sin embargo como lo que pretende el titular es que su derecho surta efectos erga omnes y no sólo inter partes, tendrá que registrar.

En nuestro Derecho la inscripción no tiene efectos constitutivos. El Registro se limita a publicar el acto que extrarregistralmente ha dado yá nacimiento al derecho que se inscribe, es decir, declara, exterioriza, publica un derecho que existe ya en la realidad jurídica" (19).

"La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, (3006), no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero de buena fe, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una ley prohi

(19).-Ob., cit., págs. 72 y 73.

bitiva o de interés público (3007)" (20).

Los arts. 3006 y 3007 están relacionados entre sí, siendo la excepción del primero lo estatuido por el art. 3007, en beneficio del tercero de buena fe, problema al que la Comisión Redactora del presente Código prestó singular importancia.

Este último precepto es muy significativo para el presente trabajo porque en él se hallan los principios de la apariencia jurídica respecto del tema tratado, en su texto se encuentran las consecuencias que sobrevienen por haberse aceptado el principio de legitimación registral, dado que el acto o contrato que se inscribe se presume válido aún cuando provenga éste de un titular aparente, surtiendo efectos plenos cuando se refiere a terceros de buena fe. Por lo tanto si un tercero de buena fe, contrata con un titular aparente registral y con posterioridad se resuelve que dicho sujeto no podía disponer de tal o cual derecho, el derecho adquirido por el tercero de buena fe queda intacto.

"...la nulidad de la inscripción tendrá que pedirse junto con la demanda contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales, art. 3008" (21).

La solicitud de inscripción puede hacerse por el interesado o bien por el notario que haya autorizado el título de que se trate (3010); el art. 3011 dispone que títulos pueden inscribirse, "fuera de los documentos que señala el art. 3011 hay otros dos documentos: a).-Los índices en el certificado de propiedad que expide el registrador cuando la venta es de contado si se trata de un bien inscrito y el valor no excede de quinientos pesos; ese documento también se inscribe. b).-El simple aviso del notario -

(20).-Leopoldo Aguilar C., ob., cit., pág. 307.

(21).-Leopoldo Aguilar C., Ob., cit., pág. 307.

que es objeto de una inscripción provisional, preventiva, y que tiene una validez de treinta días" (22).

También es admisible en nuestra legislación el principio de legalidad o calificación, ya que el art. 3013 previene: "el registrador hará la inscripción si encuentra que el título presentado es de los que deben inscribirse, llena las formas extrínsecas exigidas por la ley y contiene los datos a que se refiere el art. 3015. En caso contrario devolverá el título sin registrar, siendo necesaria resolución judicial para que se haga el registro". Y el art. 3014 dice, en el caso a que se refiere la parte final del artículo anterior, el registrador tiene obligación de hacer una inscripción preventiva, a fin de que si la autoridad judicial ordena que se registre el título rechazado, la inscripción definitiva surta sus efectos desde que por primera vez se presentó el título. Si el juez prueba la calificación hecha por el registrador, se cancelará la inscripción preventiva. Transcurridos tres años sin que se comunique al registrador la calificación que del título presentado haya hecho el juez, a petición de parte interesada se cancelará la inscripción preventiva. De suerte se observa que para que un título se inscriba debe pasar por un examen. El precepto 3015, hace referencia a los caracteres del título inscribible.

En caso de falta de cuidado del registrador para hacer las inscripciones sin observar las reglas citadas en el precepto comentado, sufrirá una sanción consistente en la suspensión del empleo por tres meses.

La regla de prelación o prioridad está fijada en el art. 3017. Como única aclaración es menester señalar que se retrotrae a la fecha de la firma de la escritura para que el registro produzca sus efectos.

(22).-Lozano Noriega, ob., cit., pág. 719. °

Este artículo en su parte final remite al art. 3018 en el cual se preceptúa que el notario que haga la autorización de una escritura en que se adquiera, transmita, modifique o extinga la posesión o propiedad de bienes raíces, o en la que se haga constar un crédito que tenga preferencia desde que sea registrado, el notario debe dar aviso al Registro, este aviso es preventivo. Si después de treinta días de firmada la escritura se presenta el testimonio respectivo, su inscripción surte efectos contra tercero desde que se realizó la anotación preventiva. Si se presenta después el testimonio su registro surte efectos desde la fecha en que se presentó. En este precepto se ha fijado una regla de prelación.

Una vez que se ha hecho el registro se devuelven los documentos originales con la anotación correspondiente (3021).

Expresamente se alude al reglamento especial del Registro en el art. 3022, en el que se comprenden los derechos y obligaciones de los registradores, así como las fórmulas y requisitos que deben llenar las inscripciones.

En el art. 3023 se hace referencia a las informaciones de dominio. El que haya poseído bienes inmuebles por el tiempo y condiciones exigidas para prescribirlos, y no tenga título de propiedad o teniéndolo no sea inscribible por defectuoso, si no está en el caso de deducir la acción que le concede el art. 1156, por no estar inscrita en el Registro de la Propiedad de los bienes en favor de persona alguna, podrá demostrar ante el Juez competente que ha tenido esa posesión, rindiendo la información respectiva en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles. A su solicitud acompañará precisamente certificado del Registro Público que demuestra que los bienes no están inscritos.

La información se recibirá con citación del Ministerio Público, del respectivo registrador de la propiedad y de los colindantes.

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 refiera.

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 solicitud del promovente.

Comprobada debidamente la posesión, el juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción, y tal declaración se tendrá como título de propiedad y será inscrita en el Registro Público.

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

La información que se rinda para demostrar la posesión se sujetará a lo dispuesto por los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo que precede.

Las declaraciones de los testigos versarán sobre el hecho de la posesión, sobre los requisitos que deben tener para servir de base a la prescripción adquisitiva y sobre el origen de la posesión.

El efecto de la inscripción será tener la posesión inscrita como apta para producir la prescripción al concluir el plazo de cinco años, contados desde de la misma inscripción.

Si en Derecho romano se quiso justificar a la prescripción arguyendo

que proporcionaba seguridad y certeza en la propiedad, con mayor razón se habrá de pretender en la actualidad buscar su justificación al referirla al Registro Público.

Siempre ha sido una necesidad darle publicidad a los derechos constituidos sobre bienes inmuebles, por ejemplo el suelo considerado como instrumento vasto y seguro de producción ha recibido de la ley las condiciones necesarias para que pueda ser transmitido con toda libertad y esto para que la propiedad ofrezca en su transmisión una auténtica seguridad para el adquirente.

Concretamente referido al Registro Público de la Propiedad se ha dicho que, "se presentan como aspiraciones dogmáticas del Registro: el que desaparezcan las hipotecas ocultas; que no puedan perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que grave sobre la propiedad, si no se halla inscrita; que quien tenga derecho que haya descuidado inscribir no perjudique por su falta, que a él sólo es imputable, al que adquiera la finca gravada o la reciba en garantía de lo que se le debe; que el Registro de la propiedad se franquee a todo el que quiera adquirir un inmueble, prestar sobre él, comprobar derechos que puedan corresponderle, y al que tenga un interés legítimo en conocer el estado de la propiedad y sus gravámenes" (23).

En los arts. 3026 y 3027 se apunta el camino a seguir por el auténtico titular que se cree lesionado por una información de posesión.

Por otra parte, las inscripciones hechas en el Registro se extinguen en cuanto a tercero sólo por su cancelación o por el registro de la transmisión de dominio, o derecho real inscrito a otra persona (3029).

Las inscripciones son cancelables por consentimiento de las partes o

(23).-Diccionario de Derecho Privado, TII, pág. 3031.

por declaración judicial (3030), y puede ser dicha cancelación total o par
cial (3031). Si para hacer la cancelación se impone alguna condición se
debe cumplir con ella (3035).

CAPITULO CUARTO

FILIACION.- 45.- Generalidades. 46.- Definición. 47.- Diversas especies -- de filiación. 48.- La apariencia en relación con la filiación. 49.- Estado de hijo. 50.- Regulación legal.

45.-FILIACION. GENERALIDADES.

La palabra filiación proviene del latín, filatio-onem, de filius, hijo.

En principio se puede decir que la filiación es un simple hecho biológico, consistente en el engendramiento por parte del padre y la concepción por parte de la madre, o sea, que la base para que surja la filiación, es precisamente la procreación, la cual es tomada en consideración por el Derecho, para sustentar una relación de carácter jurídico. Toda vez que la filiación es una fuente constitutiva de la familia, los efectos que necesariamente se le han de atribuir serán aquéllos relativos a los vínculos familiares.

Es inobjetable que esto constituye una razón de importancia, y que sirve para hacer resaltar el interés del Derecho para que ese hecho natural que principia con la fecundación y termina con el parto deje de ser una simple relación de sangre y se convierta en un nexo de orden legal.

Antonio Cicu en su libro "La Filiación", menciona lo siguiente, "por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreados, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay derechos y deberes que se refieren a ella.

Realmente el estado de la persona interesa no sólo a la familia, por la función que ésta debe cumplir (y ya se ha dicho que el interés de tales funciones es interés que supera al simple interés individual), sino que interesa también al Estado, y no sólo como ente que debe vigilar y cuidar de que las funciones confiadas a la familia sean cumplidas, sino también porque hay derechos y deberes públicos que se relacionan en el estado de familia, con la cualidad que el individuo tiene como miembro de ésta" -- (1).

En la relación de padres e hijos, si consideramos a los padres respecto a los hijos surge la paternidad y la maternidad, o sea, calidad de padre o de madre según se trate, y visto exclusivamente desde el ángulo de los hijos emerge la filiación propiamente dicha.

46.-DEFINICION.

La filiación puede ser estudiada y definida desde dos puntos de vista; el biológico y el legal.

"Para la biología, la filiación constituye un hecho natural en virtud del cual un individuo es hijo de determinados padres que lo han engendrado; es en consecuencia, un fenómeno de carácter complejo" (2).

"Para el Derecho la filiación consiste en el vínculo jurídico que une al descendiente con sus progenitores, dice don Luis Claro Solar, es el lazo que une a un hijo a su padre y a su madre" (3).

Planiol y Ripert son más explícitos tocante a la definición de filiación y agregan, "tomada en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a

(1).-Págs. 16 y sigs.

(2 y 3).-Cousiño Mac Iver, "Manual de Medicina Legal", pág. 51.

una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje de Derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estricto y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Justificase esta limitación porque esa relación se reproduce idéntica a sí misma en todas las generaciones.

Por lo tanto la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados" (4).

La Suprema Corte la ha definido como, "la procedencia de los hijos respecto de los padres y que trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos, recíprocos, dando origen a la patria potestad" (5).

Se ha tratado inclusive de mezclar el sentido jurídico y el biológico para proporcionar un concepto más amplio, tal sucede con la definición de Nerio Rojas quien afirma, "es la relación de sangre y de derecho que tiene una persona con sus padres" (6).

Por lo anteriormente expuesto, se percibe fácilmente que las definiciones consignadas varían ligeramente unas de otras. Por otra parte es indudable que cualesquiera que sea el aspecto adoptado para formular una definición, se ha de reconocer expresamente el fundamento de orden jurídico que plantea esta relación de las personas que engendran y las que son engendradas.

Se ha llegado a la conclusión que una filiación de tipo legal puede -

(4).-Planiol y Ripert, "Tratado Elemental de Derecho Civil", pág. 110.

(5).-Semanario Judicial de la Federación, T. XXV, pág. 817.

(6).-Apuntes de Medicina Legal tomados en clase.

ser modificada por circunstancias sobrevinientes, y más aún, puede faltar del todo, en tanto que una filiación de índole biológico no puede alterarse y va unida a la personalidad humana; de tal suerte se afirma y no sin razón, que se puede ignorar quiénes son los padres, pero no se puede carecer de ellos.

47.-DIVERSAS ESPECIES DE FILIACION.

Se distingue primeramente la filiación conocida de la desconocida, siendo la conocida como su nombre lo indica, cuando la paternidad y la maternidad puede de manera inequívoca ser atribuida a determinadas personas. La segunda, puede ser total o parcial, bien que se desconozca la identidad de los dos padres o sólo la de uno.

Es importante señalar que la filiación puede ser de dos tipos: la que se deriva del casamiento o filiación legítima y la que resulta de una unión irregular o filiación ilegítima o extramatrimonial.

La filiación legítima supone que el hijo procede de padre y madre unidos en matrimonio, en tanto que la filiación ilegítima se atribuye a aquellos hijos que han nacido de relaciones extraconyugales.

Planiol apunta, "en principio la filiación sólo es legítima cuando es fruto de un matrimonio regular, es decir, cuando sus dos padres estaban casados entre sí en el momento en que fué concebido, cualquier otro hijo es ilegítimo.

Y agrega al referirse a la determinación de la naturaleza de la filiación, que ésta es según la situación de los padres en el momento de la concepción, a este momento debe uno referirse para calificarlo. Sin embargo se ha pretendido que la legitimidad está unida no sólo al hecho de la concepción, sino también al del nacimiento durante el matrimonio. Se citan en -

apoyo, dos pasajes de los trabajos preparatorios, en uno Portalis decía, -- el carácter de legítimo es propio del hijo que nace dentro del matrimonio, ya sea que haya sido concebido antes o después-, en otro Regnault de Saint d'Angély afirmaba que, --el título del hijo está constituido por su nacimiento y no por su concepción.

El error es manifiesto, por ejemplo, el hijo concebido en una época en que sus dos padres eran libres, no será adulterino por el hecho de que uno de ellos se haya casado antes de su nacimiento con una tercera persona, (Pothier, Duc Contrat de Mariage), por lo tanto, no es la época del nacimiento la que fija el carácter de la filiación" (7).

Los hijos nacidos fuera de matrimonio han recibido diversidad de nombres atendiendo siempre al carácter de la relación extramatrimonial de sus padres, y es así, que se habla de hijos adulterinos (habidos de una unión entre personas que cualesquiera de ellos o bien ambos, se hallaban ligados a otro por el vínculo matrimonial); sacrílegos (cuando alguno de los padres o bien ambos hubieren hecho profesión de orden sacra); mánceres (los habidos de mujeres que ejercen la prostitución); etc...

El trato que se les ha dado a los hijos legítimos y a los ilegítimos ha sido diferente atendiendo a las distintas legislaciones y épocas.

En este caso quiero referirme al Derecho romano, por ser el más antiguo con el objeto de puntualizar los distingos que se hacían desde entonces según se tratara de un hijo legítimo o no.

Eugene Petit comenta, "los hijos nacidos ex justis nuptiis son hijos legítimos, liberi justí. Están bajo la autoridad de su padre o del abuelo paterno, siendo el padre alieni juris. Forman parte de la familia civil del padre, a título de agnados, y toman su nombre y condición social. En cam--

(7).-Ob., cit., pág. II2.

bio entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de cognación en primer grado. Sólo la manus podía modificar esta relación, siendo entonces los hijos agnados de su madre en el segundo grado, in manu, y en cambio es para ellos loco sororis" (8).

En tanto que los hijos nacidos de relaciones transitorias o accidentales - se les llamaba spurii o vulgo concepti; estimándose que no tenían un padre cierto sólo estaban ligados a la madre y a los parientes de ésta.

Por lo que respecta a los hijos incestuosos nacian sui juris, castigándose a los parientes que en grado prohibido se casaran.

El concubinato se reputaba como una unión lícita y se distinguía de las uniones ilícitas precisamente por su durabilidad, y los hijos nacidos de este tipo de relaciones estaban en mejor condición que los spurii, porque podían ser legitimados, adquiriéndose de esta manera la autoridad paterna.

"Los hijos nacidos de un concubinato tienen un padre conocido, por el hecho de ser el concubinato una unión estable y reconocida por la ley, y de ahí la posibilidad para estos hijos, de la ficción jurídica que sirve de fundamento a la legitimación" (9).

Hubo y hay ordenamientos jurídicos en que al hijo ilegítimo sólo por tener este carácter se le restringen a tal grado sus derechos, que en muchas ocasiones se ha llegado al extremo de arrebatarles la posibilidad de petitionar su filiación; me parece de interés citar algunos fragmentos del pensamiento de Pedro Angel Picasso, quien basándose en la Legislación Argentina del año de 1943 manifiesta en forma vehemente su inconformidad sobre este particular, "no es justo admitir que tras de no darle a este engendro una situación legítima, la ley se ponga en su contra y le quite de-

(8).-"Tratado Elemental de Derecho Romano", pág. 107.

(9).-Eugene Petit, ob., cit., pág. 107.

rechos, contribuyendo a hacer más grande su infortunio. Se sostiene que con ello se ponen a cubierto principios de familia, como es fácil advertir lo se quiere sanear por el absurdo, para salvar principios sociales, deberían aplicarse sanciones a los autores y no al fruto de ellos, es como si en lugar de poner rejas a un ladrón, se hiciese lo propio con el producto" (10).

En nuestra Legislación se puede hacer una clasificación atendiendo al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales; a).-Hijos nacidos de matrimonio (art. 59); b).-Hijos nacidos fuera de matrimonio (art. 60); c).-Hijos adoptivos (arts. 391 y 395).

El hecho de que un individuo sea considerado como hijo legítimo o ilegítimo acarrea consigo un sin número de problemas, siendo el más delicado el de la prueba de la paternidad.

48.-LA APARIENCIA EN RELACION CON LA FILIACION.

Respecto a la madre la filiación no produce cuestiones jurídicas de importancia, puesto que la maternidad se puede comprobar con facilidad, pero en cuanto a la paternidad la filiación se ha edificado sobre la base de "pater semper incertus est".

Al tratar de la paternidad, esto es, la relación entre hijo y padre, el Derecho va a elaborar una serie de presunciones teniendo en variadas ocasiones que asirse a las apariencias de derecho, es decir, en lo que externamente se demuestra y que es apreciado por todo tercero como cierto, para poder hacer la reglamentación conducente.

Como es bien sabido, aún con los adelantos de la ciencia, la paternidad no se puede atribuir a un sujeto determinado porque, "nunca puede com-

(10).-"Cinco Puntos sobre los que cabría Legislar", pág. 19, Buenos Aires, 1943.

probarse en forma directa y absolutamente inequívoca y fidedigna por no existir procedimiento alguno por completo inobjetable, para determinar que cierto individuo engendró a otro, también determinado, mientras que la maternidad es un hecho que la naturaleza por sí sólo se encarga de demostrar de manera notoria e inconfundible" (II).

Tratándose de la filiación legítima, la imputación de la paternidad es un poco más sencilla dado que existe un matrimonio base, "la paternidad que dé a luz la mujer casada es de atribuirse a su marido; ya que la solemnidad que preside la celebración del matrimonio, así como los deberes de cohabitación, unión carnal y fidelidad, hacen presumir fundadamente al Derecho, que el hijo ha sido engendrado por el esposo de la madre. Y esta presunción nos viene desde el Derecho romano, según el clásico aforismo -pater is est quod justae nuptiae demonstrant-, es decir, que el marido de la madre es el padre del hijo, según lo demuestra el hecho del matrimonio. En cambio la paternidad del hijo dado a luz por la mujer no casada; no es de atribuirse por el Derecho, en principio a varón determinado alguno. Falta los supuestos de una unión conocida y cierta por el Derecho, éste no encuentra apoyo para fundar presunción alguna de paternidad" (I2).

En cuanto a la filiación legítima el legislador va a considerar al hijo nacido dentro de matrimonio como hijo del marido de la madre, toda vez que lo más creíble es que la madre haya tenido relaciones sexuales con su esposo y sólomente con él, por ello, en apariencia se infiere que el marido de la madre es el padre del hijo.

Lo mismo sucede con la filiación ilegítima, en donde el legislador también tiene que recurrir a las apariencias jurídicas para poder salvar el esco-

(II).-Rafael de Pina, "Elementos de Derecho Civil", pág. 355.

(I2).-Flores Barcoeta, "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil", pág. 408.

llo que se le presenta, este problema se complica aún más, por la misma naturaleza de una unión libre en la que encontramos como elemento básico la inestabilidad en su duración, que redundando en la dificultad para hacer la imputación de la paternidad.

La paternidad se puede indagar porque: a).-Una persona rechace la paternidad imputada. b).-Que los padres pretendan un determinado hijo. c).-Que un hijo pretenda una ascendencia específica.

Los medios con los que podemos contar para hacer la investigación relativa y que son aportados por la Medicina se pueden considerar escasos y poco efectivos. Se puede pensar por ejemplo, en ciertos elementos que se heredan a través de la sangre como son los grupos sanguíneos (A, B, AB, y O), o los diversos factores (RH, M, N, MN, y S), o bien, los datos generales del parecido externo, aplicación de las leyes mendeliana en la transmisión de ciertos caracteres, la investigación biológica de ciertas enfermedades o afecciones, estados especiales orgánicos de la madre o del padre o de ambos que pueden ser permanentes en la etapa de la gestación, la época de la concepción, duración del embarazo, etc...

Estos elementos nos llevan a una sola conclusión, ningún método o sistema de prueba es lo suficientemente eficaz como para conducirnos a afirmar la paternidad, sólo es factible descartarla.

"Frente al problema de la investigación de la paternidad cabe adoptar cualquiera de estas tres posiciones: la de prohibición absoluta, criterio seguido por el Código Napoleón; la de la prohibición relativa, admitiéndola cuando existan hechos verídicos que la prueban, que es el que inspira el Código Civil español; y el de la libre investigación, que es el que se basa en los más firmes principios de justicia, que orienta la legislación

más moderna.

La investigación de la paternidad por la trascendencia que tiene en el orden de la vida privada y social, debe regularse en forma que, garantizando los derechos de los hijos presuntos no se preste a maniobras inmora- les contra los intereses legítimos y la tranquilidad de la familia. Pero debe reconocerse ampliamente, sin perjuicio de esta garantía" (13).

Marcel Planiol comenta los perjuicios que se ocasionaron en Francia al adop- tarse un sistema de libre investigación, y los que se produjeron también cuando se siguió el contrario, de prohibición absoluta, "hasta la Revolu- ción francesa fué libre la investigación de la paternidad; pero no tenía - el mismo objeto que en la actualidad, pues ningún derecho hereditario te- nían los bastardos. El único objeto era obtener alimentos; sin embargo, - frecuentes eran las acciones de investigación de la paternidad. Los jui- cios de este género habían llegado a ser de creerse a Bigot du Préameneu -la plaga de la sociedad-. Tronchet cuenta que las solteras que querían - dar un padre a sus hijos, demandaban al más rico de los varones con que- nes habían tenido relaciones. Y fué precisamente la Convención la que su- primió la investigación de la paternidad y sólo admitió como prueba el re- conocimiento voluntario (Ley 12 brumario año II).

Esta fué una de las malas disposiciones del Código civil, la irrespon- sabilidad absoluta del padre natural era una prima al desenfreno y al li- bertinaje, y la causa principal del aumento creciente de los hijos natura- les" (14).

En la investigación de la paternidad el Derecho Mexicano, como refiere la Jurisprudencia de la Suprema Corte optó por un sistema en que es permi- tido ejercitar la acción conducente, pero en casos expresamente previstos

(13).-Rafael de Pina, ob., cit., pág. 355.

(14).-Planiol y Ripert, ob., cit., pág. 108.

(art. 382), inclusive los medios de prueba son reducidos. Este sistema es opuesto al de la libre investigación seguido en Alemania y Suiza en los que no hay limitación de ninguna especie.

El Derecho ha recurrido a la fijación de plazos en el embarazo, estableciéndose de esta manera un mínimo y un máximo, el objetivo que se persigue es el de proteger en lo que sea posible la legitimidad del hijo.

En Derecho Romano al tratarse el problema de la filiación legítima se llegaba a la presunción que el marido de la madre era el padre del hijo, pero esta presunción no es impuesta de manera absoluta, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido o si, por ausencia o enfermedad del marido, ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el periodo de la concepción. Y se fijó en trescientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en ciento ochenta días; de suerte que el hijo será justus si nace el ciento ochenta y un días, lo más pronto, después, y comprendiendo el del matrimonio el de la disolución de la justae nuptiae.

Cuando falta alguna de las condiciones enunciadas anteriormente para la validez del matrimonio, éste será nulo, no produciendo, por consiguiente ningún efecto" (15).

Para llegar a la determinación de las cifras anteriormente citadas se consultó a Hipócrates, en tanto que en Francia para alcanzar los mismos resultados a Fourcroy. El Código alemán establece como duración más larga la de trescientos dos días.

Estos plazos reportan el beneficio de no dejar al arbitrio de los jueces la fijación del embarazo y se salvaguarda hasta cierto punto la legitimidad de los hijos.

(15).-Eugene Petit, ob., cit., pág. 108.

dad de los hijos.

Sin embargo, hay que tener presente que aún cuando el nacimiento haya tenido lugar dentro de los plazos legales, hay circunstancias de hecho que demuestran al esposo que su paternidad ha sido imposible, de tal suerte la presunción citada es *juris tantum*, admitiéndose prueba en contrario. Nos señala el Lic. Ricardo Couto que "la infidelidad es un crimen que no puede suponerse, sino en presencia de pruebas irrefutables. Como decía el Canciller D'Agueseau, la ley no presume jamás el crimen; siempre favorable a la inocencia, cuando un mismo efecto puede tener dos causas, la primera injusta, y la otra justa y legítima, rechaza absolutamente la primera para unirse únicamente a la segunda. Así, aunque puede suceder que un hijo concebido durante el matrimonio deba la vida al sólo crimen de la madre, no obstante, porque es posible que no la deba sino a la unión honorable de una mujer con su marido, se presume que la madre es inocente, hasta que lo contrario sea demostrado por pruebas evidentes" (16).

49.-ESTADO DE HIJO.

Se ha pretendido encontrar una semejanza entre posesión de estado de hijo y posesión de bienes, y se ha sostenido que la razón por la que se tutela la posesión de estado de hijo es la misma por la que se tutela la posesión de bienes. Pero entre una y otra se encuentran diferencias marcadas por ejemplo, en la posesión de estado de hijo no hallamos la prescripción típica en la posesión de bienes, ni las acciones que se le otorgan a esta última. De cualquier modo, se reconoce y esto es primordial, que en ambos casos hay una serie de hechos aparentes, que se nos muestran en forma constante y uniforme y que se convierten en un conducto a través del cual el

(16).-"Derecho Civil Mexicano", T. II, pág. 110.

ordenamiento jurídico realiza plenamente su fin.

Por lo tanto, se puede afirmar que aún no siendo igual el fundamento de las dos posesiones y dejando aclarado que la posesión aplicable en el campo de la filiación es diferente, de cualquier manera surge un estado de hecho aparente y que corresponde a una relación de derecho. Y en ello se vislumbra una similitud entre la posesión de cosas y la posesión de estado de hijo.

"Un acto notorio puede servir, para justificar a la autoridad judicial, la verdad de la afirmación que se hace, con las observaciones de terceras personas, cuando las fuentes directas, de donde el juez puede derivar lo que se afirma, no existen o son incompletas" (17).

"La apariencia de titularidad de algunas instituciones del Derecho de familia engendra una forma extraordinaria de legitimación, para otorgar al sujeto de los mismos un determinado derecho de goce. Con ello se hace alusión a la llamada posesión de estado, respecto a la cual se puede decir, sobre la base de los pronunciamientos jurisprudenciales que es una situación posesoria de un estado legal, integrada no por una inscripción en el Registro Civil, sino por una serie concatenada de hechos de trascendencia, continuidad, y significación indudables, e idónea para fundar una declaración judicial acomodada y concorde con su resultado..." (18).

Planiol y Ripert expresan, "el papel que la ley atribuye al hecho de la posesión de estado es absolutamente notable. Quien posee una cosa no prueba por la posesión que sea propietario de ella, si se le mantiene en la posesión mientras ninguna persona pruebe que la cosa le pertenece, débese a que la posesión es protegida por sí misma.

(17).-Becerra, "Los Derechos de la Mujer y los Hijos", págs. 5 y sigs.

(18).-Apéndice del Diccionario de Derecho Privado, pág. 86.

En esta materia la ley hace algo más, funda en ella una prueba presuncional. La posesión prueba la filiación del hijo, puesto que substituye al acta de nacimiento.

¿Por qué presumirá la ley que quien pasa por ser hijo legítimo lo es realmente? Se debe a que en la mayoría de los casos los hechos se hallan de acuerdo con el Derecho.

Infinitamente débiles son las probabilidades de error, y la presunción de la ley, que admite la posesión de estado como prueba de la filiación, es absolutamente racional" (19).

Si bien es cierto que la posesión de estado nace principalmente dentro de la familia legítima, también lo es, que su aplicación se extiende a la filiación ilegítima; ya que un hijo nacido en estas condiciones puede estar en posesión de estado de hijo de un presunto padre, quien contribuye a su alimentación, entendida ésta en su sentido más amplio. Es verdad que el sólo hecho de dar alimentos no basta por sí sólo para hacer presumir la paternidad, pero si se liga a otros hechos evidentes, sí se puede fincar una presunción eficaz para atribuirle.

Para ejemplificar esta situación se puede aseverar: un hijo ejercita un de recho y lo goza, éstos (derecho y goce) pueden corresponderle o no, pero por lo externo y frecuente de esos hechos, se presume fundándose en lo que aparece, que ese hijo tiene un padre determinado, luego entonces, ese esta do de hecho puede acabar en un estado de derecho. Se puede suponer por las mismas razones que hay un ejercicio de la patria potestad. Con ello tanto el hijo legítimo como el ilegítimo son colocados en un estado de ma- yor defensa.

Ricardo Couto proclama que, "el acta de nacimiento es la prueba, por

(19).-Ob., cit., pág. 124.

excelencia de la filiación legítima; pero cuando esta acta falta, como sería inícuo rehusar la prueba de su filiación, se admite que pueda probarla por medio de la posesión de estado de hijo legítimo.

Si se comparan las fuerzas probatorias del acta de nacimiento y la posesión de estado, no puede uno menos de convencerse que la que arroja esta última es, si se quiere, muy superior a la que arroja el acta de nacimiento, en efecto el acta de nacimiento no es en substancia más que la declaración oficial que hacen determinadas personas de que un niño ha nacido de tal madre casada; en cambio, la posesión de estado de hijo legítimo es la serie concatenada de hechos, por los cuales queda demostrado que los padres del hijo, la familia, la sociedad entera, han reconocido a aquél como hijo legítimo; como dice Bigot Prémeneu, refiriéndose a esta prueba, diferente de las convenciones que en su mayor parte no dejan otras huellas que el acta misma que las demuestra, la posesión de estado se prueba por una larga serie de hechos externos, cuyo conjunto no podría jamás existir, si no fuese conforme a la verdad" (20).

"Demolombe trató de demostrar que la posesión de estado es suficiente para probar la filiación natural paterna y materna. No obstante lo audaz de su doctrina, fué aceptada por varios autores, entre otros por Vallete. Su argumento puede resumirse así; la posesión de estado es la mejor de todas las pruebas, mejor dicho no hay nada que probar; quien posee un estado no tiene que investigarlo. La acción de investigación únicamente se concibe a falta de posesión; cuando hay posesión, no se necesitan pruebas, puesto que la paternidad es conocida. La posesión de estado es el más seguro de todos los títulos, ya que el reconocimiento, obra de un instante, puede

(20).-Ob., cit., págs. 185 y sigs.

haberse obtenido por sorpresa u obsesión, en tanto que la posesión de estado supone una confesión repetida, un reconocimiento diario, que ofrece todas las garantías posibles de libertad y sinceridad" (21).

Felipe Sánchez Román comenta la posesión de estado de hijo natural, - "consiste en el concepto público que es tenido un hijo con relación a su padre natural cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento, perfectamente voluntario, libre y espontáneo..." (22).

Es indiscutible que la filiación tiene que descansar en varios de sus aspectos en la apariencia de derecho, si no sucediera sí, quedarían inevitablemente una buena parte de los derechos de los hijos sin protección, es por ello que el legislador rompiendo con el viejo formalismo del Derecho ha establecido estas disposiciones y ha valorado la apariencia jurídica - vista a través de la posesión de estado de hijo regulando en tal forma dicha situación para evitar hacer de un inocente la víctima de sus padres y de la misma sociedad.

Es pues, la posesión de estado de hijo un conjunto de hechos ostensibles, externos, es en una palabra la apariencia misma la que le dá valor y significación a dicha situación, la que hace posible su regulación y la que ha hecho respetar un derecho de humanidad.

50.-REGULACION LEGAL.

En la Exposición de Motivos de nuestro actual Código civil se apunta: "por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que -

(21).-Planiol y Ripert, ob., cit., pág. 204.

(22).-Felipe Sánchez Román, "Estudios de Derecho Civil", Vol.II, T.V, pág. 109.

unos y otros gozacen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de la falta de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho a saber quiénes los trajeron a la vida, y de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo y de explotación por parte de las mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución".

La "odiosa diferencia..." a la que alude la Exposición de Motivos en realidad no se borró ya que claramente nos lo demuestran los arts. 62 y 64 del propio ordenamiento y que se encuentra ubicado en el capítulo II, referente a las actas de nacimiento. El art. 62 dice, si el hijo fuere adulterino podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo.

Y el art. 64 expresa, podrá reconocerse al hijo incestuoso. Los progenitores que lo reconozcan tienen derecho de que conste su nombre en el acta, pero en ella no se expresará que el hijo es incestuoso.

El primer comentario que se ocurre hacer es que se les está distinguiendo con la marca de "adulterinos" y de "incestuosos", ¿a caso se borró la diferencia?. Todavía se puede agregar más en el error cometido, dado que al asentarse el nombre de sus progenitores en el acta, ¿qué objeto tendrá entonces que no se asiente en la misma que es incestuoso? si la misma acta

sirve para proclamarlo. ¿De qué puede servir que no se diga que es adulterino?

Es notorio que estos preceptos todavía evidencian que todavía quedan resabios de desfavor con que son tratados estos hijos, ya que tendrán en todo momento el estigma de ser producto de un amor ilícito, del cual ellos no son culpables, pero que desgraciadamente según las referidas disposiciones están condenados a irlo pregonando toda su vida, y con ello, llevar una existencia de penalidad y de vergüenza.

Esté ha sido uno de los desaciertos de nuestros legisladores, que han producido más que un perjuicio material uno moral en los infelices hijos que hayan tenido la mala suerte de nacer en estas condiciones.

En Francia se seguía un método mejor, Planio¹ hace el siguiente comentario "según el art. 335 no pueden reconocerse los hijos nacidos de relaciones adulterinas o incestuosas. Esta prohibición que ya en la antigüedad era absoluta, se funda en una razón moral, la ley francesa considera como un escándalo la revelación en un acto público, de un hecho tan inmoral como el incesto o el adulterio.

Las consecuencias de la prohibición son dos: a).-La negativa del Oficial Público de redactar el acta, b).-La nulidad del reconocimiento.

Al ser nulo el reconocimiento no produce ningún efecto, ni en favor del hijo ni en su contra" (24).

Dicha prohibición no era tan absoluta, sólo se impedía que los dos padres hicieran el reconocimiento simultáneo, o lo reconocía uno o lo reconocía el otro, pero no los dos, puesto que de esta forma se dañaba la vida del hijo.

(24).-Ob., cit., pág. 206.

En el Código de '84, el reconocimiento de los hijos adulterinos y de los incestuosos se limitaba también, el padre que reconocía a un hijo no podía decir con quien lo había tenido, y de hacerlo su declaración se tachaba, de este modo no se podía determinar en la propia acta si la filiación era incestuosa o adulterina, y se evitaba en buena parte el escándalo a que pudiera dar lugar, además se cubría hasta donde fuera posible la inmoralidad, y no se hacía patente la deshonra del hijo.

Esta, bien pudiera ser una base que podría seguirse en nuestro Código vigente para no dejar que los padres lo reconozcan simultáneamente y dejen al hijo como muestra de adulterio o incesto.

Por otra parte se reconocen algunos derechos para los hijos ilegítimos y en esto si es loable la actuación de los legisladores, el maestro Rojina Villegas puntualiza que al hacerlo, no se han minado las bases de la sociedad, ni mucho menos se han fomentado ideas inmorales en las familias, que puedan conducir a un libertinaje, pero que sería injusto que se tomara únicamente como base de las relaciones familiares la institución del matrimonio, para que del mismo se desprendieran todas las consecuencias de patria potestad, alimentos, etc... Y por tal motivo no debe colocarse a los hijos naturales en una condición inferior frente a los hijos habidos de matrimonio.

La filiación se encuentra regulada en nuestro Ordenamiento en el Título Séptimo.

Desde el principio se desprende que el legislador con el fin de favorecer a los hijos, en forma tajante ha reconocido como hijos nacidos de matrimonio a los que fueron concebidos antes de la celebración del matrimonio, y a los que nacen después de la disolución de dicho vínculo, res---

tringiéndose lo más posible, los derechos del padre para que no pueda fácilmente romper con la legitimidad.

En el art. 334 notamos las presunciones a que se ha de recurrir para evitar la confusión de la paternidad de los hijos nacidos de mujer que vi^ulando el plazo de viudedad contrajera nuevas nupcias.

Sobre este punto específicamente es preciso hacer un comentario, el de hacer notorio lo anacrónico del precepto ya que en virtud de las diversas pruebas de laboratorio a las que se puede recurrir, no hay razón para que una mujer que se encuentre dentro del supuesto antes apuntado, tenga forzosamente que esperar a que se cumplan trescientos días desde que se interrumpió la cohabitación o después de la disolución de su anterior matrimonio, para que pueda volver a casarse. Si el motivo por el que se establece dicho plazo, no es otro sino el de evitar la confusión de la paternidad, actualmente se cuentan con medios suficientes para saber a ciencia cierta si una mujer se encuentra o no embarazada desde la cuarta o sexta semana de embarazo.

Esto se puede verificar a través de determinadas reacciones biológicas, - que no son otra cosa que las diversas pruebas de laboratorio, y que se fundan en las profundas modificaciones hormonales que desde el principio de la gestación experimenta el organismo de la mujer que se encuentra en estado de preñez. Se investigan las substancias hormonales producidas por las vellocidades coriales y posteriormente por la placenta, y que son expulsadas a través de la orina, éstas reciben el nombre de gonadotropinas coriónicas, las cuales van aumentando a medida que pasa el tiempo del embarazo.

Se inyectan de cinco a diez centímetros de orina a determinados animales, los cuales experimentan reacciones positivas o negativas según sea el caso

pudiéndose aseverar casi con un 98% de certeza si hay embarazo o no lo hay. Entre las distintas reacciones tenemos la de Aschheim Zondek, en la cual se utilizan como reactivo biológico a las ratonas impúberes a las que se les inyecta en la sangre una determinada cantidad de orina, cuando la mujer está embarazada, la orina transporta una cantidad de gonadotropinas coriónicas, lo cual va a producir en los ovarios de las ratonas; maduración folicular, o inclusive puede haber rotura folicular con formación de puntos hemorrágicos y en ocasiones se llega a formar cuerpo amarillo. Es positiva la reacción desde la cuarta o quinta semana de embarazo.

En la reacción de Friedman, el reactivo biológico es la coneja adulta joven o que tenga treinta y dos días sin contacto con el macho. Al inyectársele la orina sufren las mismas consecuencias que las ratonas, y es positiva desde la cuarta o sexta semana.

En la de Galli Mainini, se utiliza el sapo macho, en caso de que la orina conduzca gonadotropinas coriónicas, el sapo empieza a eliminar espermatozoides a las dos horas. Es positiva desde la cuarta o quinta semana de embarazo. Esta es la prueba más utilizada en México.

Además de estas pruebas se puede complementar el examen con una recopilación de datos clínicos que se presentan en la mujer.

Por lo anterior, considero que el término impuesto por el art. 158 en relación con el 334, es demasiado largo, ya que anticipadamente se puede evitar la confusión de la paternidad.

Las pruebas de filiación de los hijos nacidos de matrimonio se establecen desde los arts. 340 al 353.

En el 341 se acepta como medio de prueba la posesión constante de hijo nacido de matrimonio, de tal manera que ese estado de hijo en el cual se ha-

advertido la apariencia de derecho proporciona una prueba lo suficientemente eficaz como para que se reconozca la filiación legítima, "la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio es, a falta de la prueba normal de la filiación, la más valiosa por su seguridad y efectos" (25).

En el art. 342 se alude a los hechos aparentes. En el 343 se presentan tres requisitos necesarios para que se pueda probar la posesión de estado de hijo, cuando un sujeto ha sido reconocido en forma constante, como si fuera hijo de matrimonio por la familia del marido y por la sociedad.

La Suprema Corte ha resuelto, "de acuerdo con el art. 343 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, deben acreditarse los tres elementos siguientes: a).-la fama pública a la que se refiere la primera parte del artículo, que es la de que el interesado haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad; b).-que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende es su padre, o bien, que éste lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación, establecimiento, o bien - las dos cosas; c).-que el presunto padre tenga la edad requerida por la ley para contraer matrimonio, más la edad del presunto hijo.

En la especie se rindieron pruebas para acreditar que Francisco Piña Cota, trató como hijo suyo al quejoso y la edad de aquél, pero faltó probar la fama pública a que se refiere el primer requisito de los enumerados, o - sea, la circunstancia, de que el presunto hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del padre y en la sociedad. Conforme a la legislación del Distrito Federal, según el precepto que

(25).-Rojina Villegas, Ob., cit., pág. 318, TII, Vol. I.

se comenta la posesión de estado de hijo de matrimonio se comprueba siempre con el elemento constante de fama pública y con cualquiera de los otros llamados variables de tractatus y nomen, sobre la base de que el presunto padre haya tratado al hijo como tal en sociedad, si no se comprueba el primer requisito que es absolutamente indispensable e invariablemente necesario; el de la fama pública a que alude la primera parte del precepto mencionado. Este requisito tampoco se debe confundir con el del trato que públicamente dé el padre al hijo, porque en aquél el sujeto activo es la familia del marido y la sociedad, en tanto que en éste el sujeto activo es el presunto padre; ya que el elemento fama pública es referido al presunto padre" (26).

Es en este punto concreto donde se encuentra el valor de la apariencia jurídica y el beneficio que de dicha situación se deriva.

El art. 346 estatuye la característica de imprescriptible para la acción de reclamación de estado, que se hace extensiva hasta los descendientes del hijo. En determinadas circunstancias pueden, los herederos intentar la reclamación de estado o bien pueden continuarla (347).

Serán prescriptibles las acciones de reclamación de estado de hijo legítimo cuando son interpuestas por los herederos del hijo, los acreedores, legatarios, donatarios. Su prescripción es de cuatro años contados desde que murió el hijo (350 y 351).

Art. 352, la posesión de hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoria, la cual admitirá los recursos que den las leyes, en los juicios de mayor interés.

Art. 353, si el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo

(26).-Jurisprudencia de la Suprema Corte, Sexta Epoca, Cuarta parte, Vol. XCII.

fuere despojado de ellos o perturbado en su ejercicio sin que proceda sentencia por la cual deba perderlos podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión.

En el Capítulo Cuarto, Título Séptimo, se ha tratado del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

La filiación de los hijos naturales se establece respecto de la madre por el solo nacimiento y en cuanto al padre sólo por sentencia que declare la paternidad o por reconocimiento voluntario.

El precepto 382 del Ordenamiento en cuestión establece cuatro casos en los que es posible ejercitar la acción de investigación de la paternidad, dentro de los cuales se anota en la fracción II, la posesión de estado de hijo.

En este aspecto, se colocó al hijo ilegítimo en la misma situación que al legítimo porque tiene derecho de valerse de una posesión de estado, de tal suerte que esta posesión de estado de hijo no es privativa de los hijos legítimos, sino que también los hijos nacidos de relaciones extraconyugales pueden aprovecharse de ella.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte ha resuelto que, "el Código agrega un tercer medio -el legal-, de establecimiento de la filiación natural en su art. 383, al estatuir que se presuman hijos del concubinato y de la concubina;

- 1).-Los nacidos después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato;
- 2).-Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina.

Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima

establece el art. 324 del propio ordenamiento. Es así que, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la que cesó la vida en común, o bien después de 180 días de iniciado el concubinato, es evidente en que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural legalmente establecida y que, por lo mismo ya no hay necesidad de investigar; presto que como acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida, por expresa presunción de la ley en su invocado art. 383, del mismo modo que en tratándose de los hijos legítimos lo hace, según ya se vió, el art. 324.

Aunque los arts. 352 y 353 se refieren a los hijos nacidos de matrimonio debe establecerse sin embargo, que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud de bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho²⁷.

(27).-Sexta Epoca, Cuarta Parte, Vol.VII, pág. 208. A.D. 2848/56.

CONCLUSIONES UNICAS

CONCLUSIONES UNICAS.

Estimo que nuestro Código Civil vigente debe reglamentar la apariencia jurídica de la siguiente forma:

A.-Referente a la posesión, aunque se acepta en la Exposición de Motivos que hay aplicación de la teoría de la apariencia y algunos de los preceptos del mencionado Código se refieren expresamente a ella, es necesario que se incluyan en el capítulo respectivo algunos textos legales que aclaren conceptos, además creo que se debe especificar que el detentador aparente de un bien será poseedor siempre y cuando la apariencia se funde en algún indicio de Derecho, para poder suponer fundadamente que el detentador aparente es el poseedor.

B.-En cuanto a la sociedad civil se debe reglamentar la apariencia especialmente en lo relativo a las sociedades civiles irregulares para que se justifique la protección a los terceros que hubieren contratado con dichos entes y para fundar los efectos que producen estos tipos de sociedades, toda vez que la apariencia misma es la que les dá carácter constitutivo.

C.-En relación al Registro Público creo que no solamente se deba proteger a los terceros que hayan adquirido a título oneroso, sino que también debe extenderse la protección a los que hayan adquirido a título gratuito, puesto que éstos también han tenido fe en la apariencia registral. Será

dicha adquisición válida no en cuanto se haya obrado con buena fe y se ha ya adquirido gratuita u onerosamente, el derecho, sino porque el titular registral está revestido de la apariencia de ser verdadero titular.

D.-En la filiación al ser aplicada la apariencia jurídica no hay necesidad de cumplir con todos los requisitos exigidos por el artículo 343 del Código Civil vigente, porque estimo que quienes se encuentran rodeados de circunstancias tales que hacen suponer a todos los terceros que un individuo tiene una filiación específica es lo suficientemente desmotrativo de su estado, pues se supone que dicha situación no existiría de no estar conforme a la ley. La serie concatenada y ostensible de hechos aparentes está obrando como un reconocimiento diario, es por ello que considero que la fama pública es el único requisito que se debe exigir por el art. 343.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.-Acuña Ansorena.-"La simulación de los actos jurídicos", Buenos Aires - 1936.
- 2.-Aguilar Leopoldo.- "Contratos".
- 3.-Aguilar y Derbes Muro.- "Panorama de la Legislación civil en México".
- 4.-Alas Leopoldo, Demófilo de Buen y Enrique R. Ramos.- "De la Usucapión".
- 5.-Alas Argüelles Leopoldo.- "Derecho Civil".
- 6.-Apuntes de Medicina Legal tomados en clase.
- 7.-Apuntes del Segundo Curso de Derecho Civil.
- 8.-Apuntes del Primer Curso de Derecho Mercantil.
- 9.-Arias José.- "Contratos Civiles".
- 10.-Ballina Alvarez Alfonso.- Tesis Profesional, "El Registro Público de la propiedad en México".
- 11.-Barcia Roque.- Diccionario Etimológico de la Lengua Española.
- 12.-Barasi.- "Instituzioni di Diritto Civile".
- 13.-Batiza Rodolfo.- "Notas sobre la naturaleza de las ficciones legales en los Derechos Romano e Inglés".
- 14.-Becerra.- "Los Derechos de la mujer y los hijos".
- 15.-Bonnecase Julián.- "Elementos de Derecho Civil".
- 16.-Borja Soriano Manuel.- "Teoría General de las Obligaciones".
- 17.- Bravo González Agustín.- "Lecciones de Derecho Romano Privado".
- 18.-B. Brugi.- "Instituciones de Derecho Civil".
- 19.-Calva Esteban y Francisco de P. Segura.- "Instituciones de Derecho Civil".
- 20.-Castán José.- "Alrededor de la distinción entre las sociedades civiles y las comerciales". Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
- 21.-Castro Marroquín.- "Derecho de Registro".
- 22.-Cervantes Manuel.- "Sociedades Civiles y Mercantiles".

- 23.-Cicu Antonio.- "La Filiación". Primera Edición, Madrid, 1930.
- 24.-Gousiño Mac Iver.- "Manual de Medicina Legal".
- 25.-Gouto Ricardo.- "Derecho Civil Mexicano".
- 26.-Del Viso Salvador.- "Lecciones Elementales de Derecho Civil". Valencia, España. 1868.
- 27.-Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor.
- 28.-Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. XVIII edición. Madrid, 1956.
- 29.-Diego Clemente (De).- "Instituciones de Derecho Civil Mexicano".
- 30.-De Casso.- "Nociones de Derecho Hipotecario".
- 31.-Ferrara Francisco.- "La Simulación en los negocios jurídicos".
- 32.-Flores Barroeta.- "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil".
- 33.-Foignot René.- "Manual Elemental de Derecho Romano".
- 34.-Gajardo G. Samuel.- "Manual de Medicina Legal".
- 35.-Gasperí Luis (de).- "Tratado de las Obligaciones".
- 36.-García Maynes Eduardo.- "Introducción al Estudio del Derecho".
- 37.-González Torres Francisco.- "Anotaciones sobre las principales analogías y diferencias entre las sociedades colectivas, comerciales y civiles, sociedades de hecho y sociedades de minas".
- 38.-Gómez y Muñoz.- "Elementos de Derecho Civil Mexicano".
- 39.-Ibarrola Antonio (De).- "Cosas y Sucesiones".
- 40.-Hans Nelsen.- "Teoría General del Derecho y del Estado".
- 41.-H.F. Jolowica.- "Historical introduction to the study of Roman Law".
- 42.-Jurisprudencia de la Suprema Corte.
- 43.-Klapp Saenz.- "Sistema posesorio en el Código Civil Mexicano".
- 44.-Ley de las Siete Partidas.
- 45.-Lozano Noriega.- Apuntes de Contratos.
- 46.-Lutzesco.- "Teoría y Práctica de las Nulidades".

- 47.-Mantilla Medina.- "Derecho Mercantil".
- 48.-Margalef F. Guillermo.- "Derecho Romano".
- 49.-Morlesau Oscar.- "Estudio del Derecho".
- 50.-Pallares Eduardo.- "Derecho Procesal Civil".
- 51.-Petit Eugene.- "Tratado Elemental de Derecho Romano".
- 52.-Pisasso Pedro Angel.- "Cinco Puntos sobre los que debería legislar".
- 53.-Pino Nazari (De).- "Elementos de Derecho Civil".
- 54.-Planol.- "Tratado Elemental de Derecho Civil". Traducción Cajías Jr.
- 55.-Planol y Rigart.- "Tratado Práctico de Derecho Civil".
- 56.-Porrúa Díaz Francisco.- "Breve Estudio de las sociedades irregulares en el Derecho Comparado y en la Legislación Mexicana".
- 57.-Rodríguez y Rodríguez Joaquín.- "Las sociedades irregulares en el Derecho Mercantil Mexicano".
- 58.-Rojina Villegas Rafael.- "Derecho Civil Mexicano".
- 59.-Rushino Benenico.- "El negocio jurídico indirecto".
- 60.-Ruiz de Chávez Salvador.- Tesis profesional.
- 61.-Ruggiero Roberto (De).- "Instituciones de Derecho Civil".
- 62.-Sánchez Román Felipe.- "Estudios de Derecho Civil".
- 63.-Slin Helu Julián.- Tesis profesional. "Efectos de la buena y la mala fe en el Derecho Civil Mexicano".
- 64.-A. Von Thur.- "Tratado de Las Obligaciones". Traducción W. Rocas.
- 65.-P. Van Bammelen.- "Nociones Fundamentales del Derecho Civil".
- 66.-Verders.- "Algunos Aspectos de la simulación".- Anuario de D.C, 1950.