

I. LA POSESIÓN

A. CONCEPTO Y ELEMENTOS

Según el art. 700, “*La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*”.

De la definición se desprende que existen dos elementos en la posesión:

1. Material o corpus, que corresponde a la manifestación de un poder de dominación sobre la cosa. No se exige una aprehensión física de ésta, sino que es suficiente la posibilidad de disponer materialmente de ella. Es un elemento importante, que incluso en algunas legislaciones es un requisito suficiente para constituir posesión. Es el elemento objetivo.
2. Animo de señor y dueño o animus. Consiste en la intención de obrar como propietario de la cosa o en la intención de tener la cosa para sí. Es un elemento aparentemente subjetivo que se muestra en dos hechos exteriores: la forma en que se adquirió, vale decir, el título; y cómo se ejerce.

Puede existir posesión sin tenencia, situación que se da, por ejemplo, en el arrendamiento. Aquí el arrendador conserva la posesión porque el arrendatario no manifiesta, por ninguna de las formas exteriores aludidas, el ánimo de señor y dueño. El título de arrendamiento tiene la característica de reconocer dominio ajeno. Otro caso es el del artículo 727, cuando el poseedor ignora el paradero de la cosa que tiene en posesión.

B. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN

El tema se reduce a la discusión de si la posesión es un hecho o un derecho.

Si la posesión se entiende como un poderío reconocido por el Derecho, pareciera que no cumple los requisitos para ser tal, ya que siempre cede frente al derecho efectivo del verdadero propietario.

Pero también puede considerarse como un interés protegido, que constituye un sentido de derecho más débil. Todos los efectos de la posesión se pueden explicar sin la necesidad de recurrir a la noción de derecho (porque la presunción presume dominio se otorgan las acciones posesorias; lo mismo en cuanto a la prescripción y a la apropiación de los frutos por parte del poseedor de buena fe). En este sentido tiene algunos rasgos de derecho, pero sería demasiado fuerte calificarla como una situación de derecho.

En general, la concepción del sistema legal en torno a derechos es algo muy moderno. Así, en el derecho romano la noción de derechos no era frecuente, sino que se daba que frente a determinadas situaciones había que encontrar la regla justa. De ello deriva análogamente que el poseedor no tiene derecho a los frutos, sino que se protege su buena fe, por ejemplo.

En todo caso, el problema de saber si el poseedor tiene o no el derecho de obrar como lo hace es indiferente para la existencia de la posesión y para la realización de sus efectos. Por eso el tema ha perdido relevancia en la actualidad.

La distinción tiene relevancia para los efectos de recurrir de casación en el fondo. La jurisprudencia ha entendido que la posesión es una situación de hecho. Al efecto cabe consignar que la determinación de los hechos posesorios obviamente no es una situación de derecho, pero su calificación sí.

C. PROTECCIÓN POSESORIA

La posesión es protegida por el Derecho por dos razones:

1. Es una apariencia de dominio. La situación más común es que el dueño sea el poseedor de la cosa. Por esto no es contradictorio defender la posesión con defender el dominio. Incluso, en los juicios posesorios no se toma en cuenta quien es dueño de la cosa (art. 923). Claro que, a la larga, el dominio vence a la posesión.
2. Se busca evitar que los conflictos de dominio se resuelvan mediante la autotutela. Primero se mantiene el statu quo posesorio, y luego se discute quien tiene el derecho. Al proteger las situaciones de hecho, se evita que ellas sean alteradas por las propias personas y, por esta vía, la autotutela, independientemente de la legitimidad de esa situación de hecho.

En definitiva, la posesión es una situación real que se opone a la jurídica y técnica de dominio.

La tecnificación de la posesión, que fluye de la expansión de los sistemas registrales de posesión, permite que ella tenga hoy un elemento técnico que prevalece frente al apoderamiento de la cosa. Este elemento es el registro, el que, mediante una ficción legal, supone la tenencia material y el ánimo de señor y dueño.

D. DOCTRINAS JURÍDICAS DE LA POSESIÓN

La palabra posesión proviene, etimológicamente, del vocablo "*possedere*", que significa asentarse. De ahí que la posesión originariamente fuera una institución que tuvo que ver fundamentalmente con el asentamiento en un terreno determinado.

Nuestra legislación asume la doctrina que incluye en el concepto de posesión ambos elementos, a diferencia de aquella que sólo da relevancia a la tenencia material. Así, el mero tenedor no tiene acciones posesorias, y si se constituye como tal, muere como tal, toda vez que la posesión se cristaliza al inicio de la tenencia.

El art. 716 consagra esta regla, que, no obstante, tiene una excepción, la del art. 2510 n°3. Éste dispone que la falta de título adquisitivo de dominio hace presumir de derecho la buena fe. Pero la tenencia amparada en un título de mera tenencia hace presumir la mala fe, y no dará derecho a la

prescripción, a menos de concurrir estas dos excepciones:

1. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 10 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción. Este reconocimiento se puede manifestar, por ejemplo, a través de rentas o autorizaciones.
2. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Mediante estas dos excepciones, la ley supone que algo sucedió entremedio que hizo que el mero tenedor se transformara en poseedor.

E. VENTAJAS QUE PROPORCIONA LA POSESIÓN

1. El poseedor se presume dueño, art. 700 inc. 2º: “El poseedor es reputados dueño, mientras otra persona no justifica serlo. La razón: usualmente coincidirá el poseedor con el dueño. La estructura de esta presunción se basa en el hecho conocido de la posesión, del cual se infiere el dominio.
2. El poseedor puede llegar a ser dueño por prescripción.
3. El poseedor es dotado de acciones posesorias.
4. Permite al poseedor adueñarse de los frutos, cuando es regular.

Estas ventajas se justifican por dos razones:

1. Es la mejor forma de fortalecer la propiedad. Así al propietario le basta probar la posesión para probar su derecho. Además, otorga una acción inmediata, que es la posesoria. Cuando el dueño y el poseedor no coinciden existe la acción reivindicatoria, pero de lato conocimiento.
2. Es una manera de proteger al tercero de buena fe que confía en la apariencia. Este es recompensado con la posesión regular, y con los derechos reconocidos al poseedor de buena fe para las prestaciones mutuas.

F. DOMINIO, POSESIÓN, MERA TENENCIA Y PRECARIO

(i) Aspectos Generales

Las tres cualidades en que una persona puede encontrarse frente a una cosa son:

1. Propietario. Tiene acción reivindicatoria, y acciones posesorias.
2. Poseedor. La posesión no resiste al propietario; la acción reivindicatoria es más fuerte que la

posesoria. No obstante, mediante la denominada *acción publiciana*, la ley otorga la acción reivindicatoria al poseedor regular que está en vías de ganar por prescripción, la que, en todo caso, no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho (art. 894). El poseedor dispone de acciones posesorias.

3. Mero tenedor. Esta cualidad se muestra en el título, dependiendo de si éste reconoce o no dominio ajeno (art. 714). El mero tenedor se diferencia del poseedor en el título en que ampara la tenencia de la cosa, pues aquél la sostiene en virtud de un título que reconoce dominio ajeno, mientras éste la apoya en uno que es apto para atribuirle el dominio de una cosa.

(ii) Semejanzas entre la Propiedad y la Posesión

1. Ambas recaen sobre una cosa determinada.
2. Ambas son exclusivas. El carácter exclusivo de la posesión no dice relación con la imposibilidad de configurar una coposesión. Significa que no son tolerables posesiones diversas sobre un mismo bien, contradictorias entre sí. Cuando esto sucede, el derecho soluciona estos conflictos resolviendo a favor de uno de esos supuestos poseedores.

Por eso la ley define claramente cuando se adquiere y cuando se pierde la posesión. Por el contrario, ésta sí está permitida y aún reglada por el art. 718, el que hace referencia al caso más típico: la sucesión hereditaria. La coposesión se hace posible en este caso porque los herederos configuran entre todos ellos un solo acto de posesión o propiedad.

Según el art. 718, una vez terminada la posesión comunitaria -por acto de partición- se entiende que los poseedores individuales que de ello resultaron lo fueron retroactivamente desde que se definió la herencia. Ahora bien, un coposeedor pudo haber enajenado -antes de la partición- parte de la herencia de dos formas:

- a) Enajenando su parte, caso en que el adquirente se transforma en comunero.
- b) Enajenando una cosa, con diversas consecuencias según si la cosa le fue en definitiva adjudicada o no. Si le fue, se entenderá que la cosa le perteneció al enajenante desde siempre. Si no le fue, se mirará esa enajenación como de cosa ajena.

(ii) Diferencias entre la Propiedad y la Posesión

1. El dominio supone una relación jurídica entre el propietario y la cosa; la posesión sólo entraña una situación de hecho.
2. El dominio sólo se puede adquirir por un modo; en cambio, se puede poseer por diversos títulos.
3. El dominio está protegido por una acción real: la reivindicatoria; la posesión por acciones posesorias.

G. COSAS SUSCEPTIBLES DE POSESIÓN

El art. 700 habla de cosas determinadas, lo que deriva en que no puede haber posesión sobre géneros. Estas cosas determinadas pueden ser:

1. Cosas corporales.
2. Cosas incorpóreas. De acuerdo con el art. 715, “La posesión de las cosas incorpóreas es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal”. Sin embargo del tenor de esta norma, se ha discutido largamente qué tipos de derechos pueden ser susceptibles de posesión:
 - a) Reales (pág. 20 del mensaje). Sobre éstos no hay duda alguna: son objetos de posesión. Tanto, que pueden ganarse por prescripción (art. 2498 inc. 2º), y son objeto de acciones posesorias (art. 916).
 - b) Personales o créditos. Aquí se ha producido una larga discusión, pudiendo advertirse dos tendencias:
 - i) Aquella según la cual sí pueden ser objeto de posesión. Se basa en que el art. 715 no hace distinción alguna, y que el art. 1576 hace mención a la posesión del crédito, al prescribir que *“El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”*.
 - ii) Aquella según la cual no pueden ser objeto de posesión. Argumentos:
 - A. Resta valor al argumento del art. 1576. Expresa que éste se refiere a quien tenga la posesión del título o instrumento, es decir, a quien lo exhiba, de modo que el pago hecho por el deudor a esa persona sea válido. En otras palabras, atribuye un efecto a la apariencia y protege la buena fe, guardando en este sentido una analogía posesoria.
 - B. En general, no se aplican las normas comunes de la posesión porque no es posible ejercer actos continuos de posesión sobre el crédito, lo que redundaría en que frente a ellos no tenga cabida la posesión adquisitiva, sino sólo la extintiva -sancionando la inactividad del acreedor- (art. 2498 y 2514).
 - C. Puede agregarse que el único antecedente que justifica el que una persona se obligue a otra a dar, hacer o no hacer algo, es un hecho que constituya una fuente de esa obligación. No se concibe que una persona quede obligada porque otra aparenta durante un lapso de tiempo tener respecto de ella el carácter de acreedora.
3. Bienes inmateriales. Sus leyes son algo elementales al respecto, no admitiendo una definición sobre la materia. Por ello el punto se centra en dilucidar si la naturaleza de estos bienes se opone o no al régimen general de posesión. En principio no, por lo cual deberían aplicarse por extensión las normas posesorias generales. Las dudas surgen cuando los contratos patrimoniales respecto de ellos son nulos, y se ha efectuado la tradición de los mismos: ¿se pueden ganar por prescripción?. Con todo, las limitaciones están dadas por la naturaleza de esos derechos: así el

derecho moral de autor es claramente imprescriptible, dado su carácter extrapatrimonial.

4. La herencia. Respecto de la herencia se presentan las siguientes posesiones:

- a) Posesión legal. El artículo 688 declara que “*En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero (...)*”, y el art. 722 que “*La posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore*”. Esta “posesión legal” en verdad no es más que el derecho que tienen los herederos a aceptar o repudiar la herencia. Así se concluye del art. 722, cuando preceptúa que dicha posesión la detentarán aun cuando no estén en conocimiento de que la herencia ha sido deferida. Por eso se puede decir que en este ámbito la situación de la herencia es diferente del concepto natural de posesión, ya que no existe ni animus ni corpus.
- b) Posesión efectiva. Esta corresponde a un acto administrativo del Servicio de Registro Civil que determina quienes son los herederos de una determinada persona, o bien, a un decreto judicial, en los casos en que el procedimiento deviene en contencioso, o en que haya mediado testamento. La posesión efectiva sirve de justo título al heredero putativo, lo mismo que el testamento reconocido judicialmente para el legatario putativo.
- c) Posesión real y material. Esta posesión se manifiesta en cuanto los herederos ejecutan actos posesorios y actúan como tales.

El heredero efectivo no poseedor, para reclamar la herencia de quien es poseedor actual de ella, dispone de la acción de petición de herencia, que es análoga a la reivindicatoria.

Según los arts. 1266 y 1267, todos los efectos posesorios que emanan de la posesión de una cosa singular se aplican a la herencia, sea respecto de los frutos, deterioros, o de la prescripción. En este último caso se revela la trascendencia de la posesión efectiva (art. 1269), pues ésta constituye justo título posesorio, el que junto con la buena fe, son títulos únicos y suficientes para configurar la posesión regular del derecho de herencia.

Respecto del artículo 1296, cabe señalar que da la impresión que la ley declarara en él que la acción de petición de herencia es de tipo personal, debido a que expira en 10 años. Sin embargo, verdaderamente se extingue por la prescripción adquisitiva del tercero, en 5 años o 10 años.

5. Legados. La cosa legada no se adquiere siempre por sucesión por causa de muerte. Será adquirida por este modo siempre que se trate de una especie o cuerpo cierto, pero si constituye un género, lo que en verdad se lega es un título de crédito. Dada esta situación, la cosa será adquirida por tradición.

Respecto de la inscripción del legado, debe señalarse que lo técnicamente correcto sería inscribir el testamento y luego el legado. Pero, en la práctica, se hace la inscripción especial de herencia y luego se paga el legado.

- a) Estado civil. El código habla de la posesión del estado civil, que consiste en que públicamente la persona recibe el tratamiento que corresponde al estado de que se trata. Esta situación, prolongada por cierto espacio de tiempo, se considera prueba del mismo.

II. DIVERSAS CLASES DE POSESIÓN

A. ASPECTOS GENERALES

En esta materia el Código Civil introduce algunos cambios, fundamentalmente en torno a la clasificación de la posesión: regular, irregular, y viciosas (clandestina y violenta), esto es, útiles, las dos primeras, e inútiles, las segundas. Existen diversas formas de mirar el tratamiento de la posesión en el Código:

1. Se puede decir que reconoce dos tipos de posesiones: la regular y la irregular, subsumiendo a las viciosas en ellas, según corresponda. Hay argumentos para ello, que se basan en el mensaje del código y en algunas normas. Desde este punto de vista, toda posesión es útil para prescribir.
2. Otra posibilidad es clasificarlas en útiles: la regular e irregular, o inútiles: las viciosas. En principio, estas últimas tienen un estatuto aparte en virtud del cual están privadas de efectos posesorios porque alteran elementos constitutivos de la posesión. Por ejemplo, la posesión violenta pugna con el fin de evitar la autotutela a que suscribe la posesión; y la clandestina destruye la confianza basada en la apariencia. Por estas razones, estos tipos de posesiones nunca tuvieron efectos posesorios.

B. POSESIÓN REGULAR

(i) Concepto

“Se llama posesión regular es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión” (art. 702 inc. 2º). “Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición” (art. 702 inc. 3º).

En consecuencia, tres son los requisitos de la posesión regular:

1. Justo título.
2. Buena fe
3. Tradición, si el título es traslativo de dominio.

(ii) Requisitos

(a) Justo Título

(1) Concepto y Clasificación

La ley no define el justo título; sólo se limita a señalar, en el art. 704, qué títulos revisten el carácter de injustos.

Lo que caracteriza al justo título es el hecho de constituir un antecedente que permite legítimamente al detentador de la cosa creerse propietario de ella, no advirtiéndolo la circunstancia de que el antecesor en la tenencia carecía del dominio o posesión de la misma. En esencia, otorga una buena razón para poseer (Pothier).

De ahí que pueda conceptualizarse como la justificación o antecedente verdadero y válido que tiene la aptitud suficiente para atribuir el dominio.

El justo título posesorio debe ser uno de adquisición de dominio. Estos, según el art. 703 inc. 1º, pueden ser constitutivos o traslaticios de dominio. A ellos la doctrina agrega los declarativos:

1. Constitutivos. Son aquellos que dan origen al dominio, esto es, que sirven para constituirlo. No obstante, cuando falta algún requisito en para que puedan operar plenamente, sólo sirven como justo título para poseer. Son los que siguen:
 - a) Ocupación. Puede darse sólo respecto de cosas que carecen de dueño, en caso contrario, sólo sirven de justo título posesorio. En consecuencia:
 - a) El usurpador y el ladrón carecen de justo título posesorio (son poseedores viciosos), no obstante tomen la cosa con ánimo de señor y dueño.
 - b) Puede adquirirse la posesión de bienes raíces sin dueño mediante ocupación, pues el art. 590 sólo atribuye al Fisco el dominio de las tierras que no tienen otro dueño, no su posesión.
 - c) Accesión. En este caso la posesión de lo principal se extiende a lo accesorio. Entre otros, por este motivo para adquirir la posesión de bienes inmuebles que no se encuentran inscritos por títulos no traslaticios, basta la aprehensión material.
 - d) Prescripción. Es difícil invocar la prescripción como antecedente posesorio, toda vez que al hacerlo, se hace referencia implícita a una posesión anterior, toda vez que se requirió de ella para poder prescribir. La posesión no podría ser entonces causa y efecto a la vez.
2. Traslaticios. Son aquellos que por su naturaleza sirven para transferir el dominio. Ahora, precisamente porque es un antecedente, será necesaria también la tradición para obtener la calidad de dueño o poseedor. En este sentido, hay una relación estrecha entre el art. 703 inc. 3º y

el art. 675, de acuerdo con el cual “*Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio (...)*”. La tradición es un acto jurídico que transfiere un derecho de un titular a otro que lo adquiere, pero sólo en la medida en que el tradente haya tenido ese derecho. En cambio, en materia posesoria el adquirente no sucede al tradente, sino que la posesión se inicia en él. Lo que acontece es que la tradición y el justo título sirven para configurar la posesión regular de una cosa. Incluso, el tradente puede jamás haber sido dueño o, más aún, haber sido usurpador, pero transferida la cosa a nombre suyo, puede hacer nacer en el adquirente la posesión regular (art. 717).

No obstante la posesión principie en su actual detentador, la ley habilita al adquirente para sumar a su tiempo el de su antecesor, pero para ello tendrá que aceptar la posesión en la peor calidad en que aquél la tenía. Agrega dicho artículo que el lapso de tiempo podrá sumarse asimismo al de una serie no interrumpida de antecesores. Si no existiera este inciso, cuando han existido sucesivas transferencias, interrumpidas en tiempos menores a los de la prescripción, para probar el dominio por ese medio sería necesario abocarse al estudio retroactivo de los títulos hasta la época en que haya existido una posesión útil para prescribir. Con este inciso, sólo es necesario estudiar 10 años hacia atrás.

3. Declarativos. Son los que se limitan a reconocer o declarar el dominio o la posesión preexistentes. nada crean ni nada transfieren; sólo confirman una situación ya existente. En esencia, un título de este tipo declara un derecho preexistente. Por consiguiente, el título en virtud del cual se posee no está dado por el título declarativo, sino por un hecho anterior que sirve de antecedente a la declaración de ese título. Es el caso de la partición, que puede realizarse de común acuerdo o por medio de un juicio de partición, donde se declara un derecho con efecto retroactivo (arts. 718 inc. 2º y 1344). De manera que la función del acto de partición es definir los derechos que existían al momento de iniciarse la comunidad. Así, cuando un comunero enajena una cosa, se entenderá que era dueño en virtud de la sucesión por causa de muerte, u otro título, y no por la declaración efectuada en la partición.

Son títulos declarativos:

- a) Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos (art. 703 inc. 5º).
- b) Las transacciones en cuanto se limitan a reconocer o a declarar derechos preexistentes (art. 703 inc. final). Sin embargo, es título traslativo cuando transfiere la propiedad de un objeto no disputado.
- c) Las sentencias dictadas en juicios divisorios, y los actos de partición. Con arreglo al art. 703 inc. 2º, pertenecen a la clase de títulos traslativos las sentencias de adjudicación en juicios divisorio y los actos legales de partición. Sin embargo, puede afirmarse fundadamente que tales sentencias y actos tienen, en verdad, el carácter de declarativos:
 - i) Hay artículos del Código Civil que así lo insinúan:
 - A. Art. 718 inc. 1º, según el cual “*Cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión*”.

B. Art. 1344 inc. 1º, de acuerdo con el cual “*cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubiere cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión*”.

- ii) Lo contrario conduce al absurdo de que coposeedores que han comprado un bien por medio de una compraventa o tradición inválida, saneen estos vicios por medio de la partición, pasando de coposeedores irregulares a ser poseedores regulares. Esto atenta contra el principio que señala que por un acto propio no se puede mejorar la propia situación jurídica.

Diversas explicaciones se han dado para conciliar el art. 703 con la interpretación señalada:

- i) El legislador alude al caso en el que adjudicatario es un extraño y no un comunero, situación aceptada en la práctica.
- ii) La historia de la ley. El art. 836 del Proyecto de 1853 disponía que era traslativo el título “en una adjudicación judicial”, entendida ésta como la que se efectúa en un procedimiento ejecutivo.
- iii) Otros creen que la adjudicación es título nuevo posesorio, aunque declarativo en cuanto al dominio.

(2) La Sucesión por Causa de Muerte como Título Posesorio

De la lectura del art. 717 se infiere, desde que no distingue, que el heredero inicia una nueva posesión. Incluso habla de título universal.

El título respecto de la herencia y el legado es equívoco, porque hace referencia a dos posesiones diversas:

1. La posesión del derecho de herencia y del derecho al legado. La sucesión por causa de muerte es justo título posesorio. De ello deriva que la calidad de heredero y legatario puede ser adquirida por prescripción.
2. La posesión de las cosas individuales que poseía el causante. En este caso, la sucesión por causa de muerte no constituye nuevo título respecto de las cosas individualmente consideradas que son objeto de la herencia y el legado.

En consecuencia, la sucesión por causa de muerte será justo título posesorio y modo de adquirir sólo respecto de los derechos hereditarios. Por eso la posesión que el causante tenía de las cosas no mejora o empeora en razón de la sucesión por causa de muerte, ya que el heredero sucede al causante en las mismas condiciones en que éste se encontraba. Así, si el causante era arrendatario, lo serán también los herederos.

Lo único que sí puede cambiar al verificarse la sucesión, es la mala fe que haya tenido el causante, ya que ésta no es transmisible. En esta materia el art. 717 se aplica en su integridad. Entonces, la buena

fe es el único elemento que se agrega a la posesión del causante.

(3) Los Títulos Injustos

El título debe ser legítimo. Se exige que éste tenga, en abstracto, aptitud para atribuir el dominio; esto es, se toma en cuenta el título en sí mismo, con prescindencia de otras circunstancias ajenas a él que, en concreto, pueden determinar aun siendo justo, no transfiera el dominio.

Como se señaló, la ley sólo se limita a señalar qué títulos son justos y cuáles no. Por este motivo, el título siempre será justo a menos que se encuentre en uno de los casos del art. 704. Los requisitos que allí se establecen son considerablemente exigentes, lo que es consecuente con la relevancia de la posesión regular.

Si se analiza el artículo 704 con fines de sistematización, pueden asociarse los casos que señala con los grados de ineficacia de los actos jurídicos: el n°1 de ese artículo dice relación con la inexistencia, el n°2 con la inoponibilidad, el n°3 con su nulidad, y el n°4 con la apariencia de título, esto es, nuevamente se trata de un título inexistente.

a. Art. 704 n°1: *"El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende".*

A pesar de hacer referencia a un caso específico, se ha interpretado extensivamente, de forma que la situación que en él se describe se ha entendido sólo como un ejemplo.

Por eso se puede decir que las falsificaciones que aluden al título son las siguientes:

1. Falsedad propiamente tal, es decir, aquella en virtud de la cual se inventa un título, se presenta uno contrahecho.
2. Falsedad material, esto es, aquella en virtud de la cual el título existente se altera, con adiciones o enmiendas. Aquí se puede ubicar el ejemplo del artículo.
3. Falsedad intelectual, vale decir, aquella que consiste en la inexactitud de los hechos declarados o certificados por el funcionario.

b. Art. 704 n°2: *"El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo".*

Se refiere a dos casos posibles:

1. Aquel en que una persona actúe a nombre de otra sin existir poder o mandato alguno.
2. Aquel en que una persona actúe a nombre de otra con poder, pero no suficiente; en otras palabras, aquel en que el mandatario o representante legal se extralimita.

La regla general es que el riesgo lo asume el adquirente que contrató con el mandatario. Por eso no

se transformará en poseedor regular de la cosa. La norma general al respecto es la del art. 1448, según la cual para que el acto que una persona realiza a nombre de otra surta efectos respecto de ésta, deberá actuar mediando su autorización, o la de la ley.

Por consiguiente, se producen los siguientes efectos:

1. El tercero que contrató con una persona que actuaba a nombre de otra sin las condiciones del art. 1448, no adquiere ni la propiedad ni la posesión regular, toda vez que ese acto es inoponible al mandante o dueño, en su caso (si existía o no mandato).
2. En principio, el adquirente tampoco tendrá acción de perjuicios contra el mandatario o tradente (art. 2154), salvo que el representante no haya mostrado sus poderes o se haya obligado personalmente. En caso contrario, todo el riesgo lo asume el adquirente.

Con todo, el acto puede ser ratificado por el mandante, caso en que el título se valida retroactivamente.

c. Art. 704 n°3: *"El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido".*

Tres precisiones importantes merece este número:

1. Se refiere a la nulidad tanto absoluta cuanto relativa, no obstante el ejemplo.
2. No es necesario que la nulidad haya sido declarada, lo que se deduce de la frase "*adolece de un vicio de nulidad*", cuestión que redundante en que si es declarada después del lapso de prescripción ordinaria, el título aun no va a ser justo.
3. Puede invocarla para estos efectos aun el tercero que no ha sido parte en el acto o contrato, como de ordinario tendrá interés en los juicios reivindicatorios el demandante cuando el poseedor demandado le opone para alegar prescripción un título que no emana de él

La nulidad tiene efecto retroactivo, debido a lo cual se entiende que nunca hubo posesión regular.

Con todo, se puede confirmar el acto que adolece de un vicio de nulidad, sea por confirmación o renuncia de la acción de nulidad, o cualquiera otro medio legal (art. 705).

d. Art. 704 n°4: *"El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un testamento posterior, etc.".*

Es título putativo el consiste en una mera apariencia, el que no existe en realidad. En este punto se diferencia con el falsificado, que -existiendo- no corresponde a la realidad.

El título no puede ser puramente aparente, no obstante la posesión como institución sea protegida en virtud de un principio de apariencia. Esta situación se produce generalmente en las herencias, porque los requisitos de los números anteriores acaban con toda posibilidad de que se produzca en los actos jurídicos.

Este título aparente se puede dar cuando:

1. Un testamento es revocado por otro posterior.
2. Aparece un sujeto que dice tener mejor derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, si a esta apariencia se agregan ciertas formas, puede dar origen a posesión regular:

1. Para el legatario putativo, el testamento judicialmente reconocido. basta cualquier reconocimiento judicial, sea en vía contenciosa o voluntaria.
2. Para el heredero putativo, la posesión efectiva, con la cual puede prescribir en 5 años (art. 1296 y 704).

(b) Buena Fe

(1) Concepto

En materia posesoria, el legislador ha utilizado un concepto subjetivo de buena fe, a diferencia de la noción que se aplica en materia contractual (cfr. art. 1546). Así se infiere del art. 706 inc. 1º, *“la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio”*. Se trata de una conciencia, de un estado subjetivo del poseedor.

El mismo artículo, en el inciso siguiente, agrega que *“Así, en los títulos traslativos de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato”*. O sea, la creencia debe ser firme, por lo que el que duda de la legitimidad de la adquisición posee de mala fe.

Es suficiente la buena fe inicial; basta que exista al adquirirse la posesión.

La buena fe es compatible con el error excusable o justificable de igual forma que en el acto jurídico. Este error es el justo error, o aquel excusable atendidas las circunstancias. La buena fe opera cuando el título no es suficiente para transferir el dominio, pero hay causas suficientes para considerar que lo era, o justo error. Sin embargo, lo usual es que la buena fe vaya acompañada de la efectiva adquisición del dominio.

Por ello el art. 706 inc. 3º añade que *“Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe”*. Y el inc. final agrega: *“Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario”*.

Buena parte de la doctrina ha entendido que este artículo 706 es de aplicación general, y que

establecería una presunción de derecho en todas las materias legales. Pero hay que advertir que esto es relativo, ya que el error de derecho opera de diversas formas según la materia.

Es necesario aclarar que el error de derecho al que se refiere el inciso final del art. 706, es aquel que recae sobre ley, y no en cuanto a la calidad jurídica de las partes, especialmente respecto del tradente.

La buena o mala fe se juzga al constituirse la posesión. En todo caso, será relevante juzgar si luego de adquirida la posesión el estado de buena fe cambia a mala fe, para efectos de los frutos, deterioros, etc.

(2) Prueba de la Buena Fe

La buena fe plantea serios problemas probatorios, fundamentalmente debido a que es un fenómeno subjetivo al cual se tiene difícil acceso. Por eso la forma usual de probar la buena o mala fe será a través de presunciones, cuya particularidad es que de hechos externos conocidos se infieren otros hechos que, en la especie, sirven para determinar la buena o mala fe.

No obstante, la buena fe se presume salvo los casos que la ley exceptúa (art. 707). Por consiguiente, quien reclama la mala fe del poseedor debe probarlo.

Desde luego, el adquirente estará de mala fe cuando sabía que existía un vicio en el acto o contrato. Pero lo estará asimismo cuando debía saber que existía uno. En otras palabras, se puede probar que conoció el vicio, o que de los antecedentes se infiere que debió conocerlo; todo bajo la base de que se acepta sólo el error excusable.

De acuerdo con el art. 44, la extrema negligencia se asemeja al dolo. Esto puede suceder si alguien compra algo con el más extremo descuido, sin revisar ningún título.

En esta materia no se aplican las limitaciones a la prueba de testigos que establece el artículo 1708, porque éste se refiere a la prueba del acto jurídico.

(c) La Tradición, se el Título es Traslativo de Dominio

La entrada en posesión se produce precisamente con la tradición, la que puede ser difícil de probar. Por esta razón, el art. 702 inc. final establece que “*La posesión a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título*”.

Esta presunción, en consecuencia, sólo se aplica a los bienes **muebles**. No obstante debiera aplicarse también a las servidumbres, puesto que su tradición se realiza por escritura pública (art. 698), y no por inscripción, ello no es posible, ya que, de conformidad con el art. 1701 inc. 1º, “*La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad*”.

B. POSESIÓN IRREGULAR

Es la que carece de los requisitos exigidos para la regular (art. 708). Son dos básicamente las diferencias del poseedor regular con el irregular:

1. El regular puede ganar el dominio de la cosa por prescripción ordinaria, mientras el irregular sólo por prescripción extraordinaria.
2. El poseedor regular dispone de la acción reivindicatoria (*publiciana*) contra todo tercero que no sea el dueño o alguien con mejor derecho, en los términos del art. 894, esto es, cuando estaba en vías de adquirir la cosa por prescripción.

En todo caso, ambos se benefician por igual de la presunción de dominio y disponen de acciones posesorias.

El art. 2510 no señala explícitamente que la prescripción extraordinaria sea típica de la posesión irregular, sino que ello se infiere de su lectura. Dicho artículo, más que indicar el camino en virtud del cual el poseedor irregular puede ganar por prescripción, establece un régimen de prescripción para el caso en que estén ausentes en un poseedor los requisitos de la posesión regular. Para esto (a) elimina el requisito del justo título, incluso aceptando la carencia de todo título, y (b) presume la buena fe a menos que exista título de mera tenencia. Finalmente, como no se requiere título, tampoco es necesario demostrar la tradición.