

VICTORIO PESCIÓ VARGAS
Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ
BIBLIOTECA

MANUAL
DE DERECHO CIVIL
DE LA COPROPIEDAD – DE LA PROPIEDAD
HORIZONTAL Y DE LA POSESION
TOMO IV

PAG. 348 – 369

©Victorio Pescio Vargas
●EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Casilla 4256, Santiago
Inscripción N° 14159
Se terminó de reimprimir esta edición
de 2.000 ejemplares en el mes de noviembre de 1978
Impresores: Cergaar
Impreso en Chile / Printed in Chile

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

84783

ella sino por este medio. Frente al claro tenor de estas dos disposiciones, robustecido por el del art. 696 del mismo Código, un simplísimo razonamiento conduce a una sencilla conclusión, fortalecida por las enfáticas declaraciones contenidas en el Mensaje: puesto que la tradición de los bienes raíces debe hacerse por la inscripción del título translativo de dominio que la justifica, es obvio que la posesión de tales bienes puede adquirirse, únicamente, en virtud de la correspondiente inscripción.

907.—Controversia: Inscripción-ficción versus Inscripción-garantía.—La simplísima conclusión formulada en el párrafo precedente ha sido objeto de ardua y mantenida discusión: escritores y magistrados se hallan divididos en posiciones irreductibles en mérito de interpretaciones antagónicas.

El punto de partida de tan grave discrepancia consiste en señalar la verdadera naturaleza de la función que desempeña la inscripción: mientras que para meritorios comentadores la inscripción constituye, lisa y llanamente, una FICCIÓN legal que, por sí sola, representa la concurrencia de los dos elementos integrantes de la posesión (la tenencia y el ánimo de señor), para otros escritores, no menos acreditados, la inscripción no es más que GARANTÍA de un hecho que debe existir en la realidad: la tenencia del bien raíz con ánimo de señor. La inscripción solemniza ese hecho, de tal manera que si el hecho no existe (la tenencia efectiva con ánimo de señor) y no coincide con lo que la inscripción debe representar, se transforma en algo hueco y vacío de realidad; por consiguiente, sin una posesión efectiva coincidente, materializada en los hechos, la inscripción conservatoria nada simboliza ni envuelve; nada asegura ni solemniza.

El conflicto que representa esta honda controversia (1) ya ha sido examinado en la exposición que hicimos anteriormente con motivo de la adquisición de la posesión de bienes raíces por intermedio de la Ocupación (2). En esta nueva oportunidad, volvemos a enfocar

(1) Es admirable que discrepancia tan profunda e irreconciliable en materia tan delicada y trascendental, no haya tenido, sin embargo, repercusiones catastróficas en la vida económica del país. Ver nuestro N.º 910.

(2) Ver nuestros N.ºs 876 y siguientes.

el problema pero desde el punto de vista de la adquisición de la posesión de los inmuebles por medio de la Tradición.

908.—La Inscripción-ficción (1).—La inscripción del respectivo título translativo de dominio, desempeña, dentro del original sistema creado por el Código (2), dos funciones bien definidas: es símbolo de la tradición y símbolo de la posesión.

(1) La exposición contenida en este párrafo representa un esfuerzo de condensación de las explicaciones del Profesor D. Humberto Trucco, contenidas en "TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA, DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL CHILENO", estudio publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo VII, Primera Parte, págs. 131 y siguientes. Es considerado el estudio clásico sobre la materia. Han adherido a la teoría del Profesor Trucco que, por sus merecimientos de todo género, ha desempeñado durante largo tiempo la presidencia de la Excm. Corte Suprema, D. Alejandro Lira en "EL REGIMEN DE LA INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA", Alegato, Imp. Talleres de Prisiones, Santiago, 1927 y D. Moisés Lagos L., "CONSIDERACIONES SOBRE LA POSESIÓN Y ESPECIALMENTE SOBRE LA DE LOS BIENES RAÍCES", publicado en la misma Revista de Derecho, Tomo XXIII, Primera Parte, págs. 117 y siguientes. Varias sentencias de los tribunales acogen la doctrina del Sr. Trucco.

(2) Es de gran valor ilustrativo la referencia que hace el Profesor Trucco a la trayectoria o evolución que experimentó el sistema, a través de los Proyectos de Código, aunque la exposición sobre esta parte del tema, peca de confusa e incompleta. Según el Proyecto de 1853, la tradición de los bienes raíces podía hacerse de dos modos: de una manera real y de una manera simbólica. La tradición real se practicaba, conforme al Art. 823, "entrando en el inmueble el que lo recibe, a presencia del que lo entrega; manifestándose en el uno la voluntad de transferir el dominio, y en el otro la de adquirirlo". La tradición simbólica de las cosas raíces podía efectuarse de dos maneras: A) Por un sistema aplicable indistintamente a los muebles y a los inmuebles, señalado en el Art. 825, v. gr. mostrando la cosa raíz, entregando las llaves principales de la casa cuyo dominio se transfiere, o bien, por *traditio brevi manu* o por *constituto posesorio*. B) En la forma indicada por el Art. 826, esto es, por la inscripción de la escritura de enajenación de las casas y heredades en la competente oficina del Conservador, con la notable particularidad establecida en el inc. 2.º del mismo Art. 826: utilizado este modo *sui generis* de transferir no se podría, en lo sucesivo, pasar a terceros sino de esa misma manera. La tradición real no podía ser empleada, en adelante, respecto de tal inmueble. Agrega el Profesor Trucco que en el Proyecto Inédito, que suprimió toda referencia a la tradición real de los inmuebles, se dejó subsistente la inscripción como la ÚNICA manera de efectuar válida y legalmente la tradición de cosas raíces y se le dió a la inscripción, por vez primera, el rol jurídico de medio de adquirir la posesión de la misma clase de bienes. Huelga apuntar que también se eliminaron aquellas otras formas fictas de tradición de inmuebles que hemos indicado: mostrar el inmueble, entregar las llaves principales de la casa, etc.

Toda la doctrina de la posesión inscrita se funda en la ficción legal (1) de que el poseedor inscrito goza de la tenencia de la cosa con ánimo de señor, elementos que, por la definición del Art. 700, constituyen la esencia de la posesión. Tal ficción es invulnerable, si la inscripción tiene una duración de un año completo, período de tiempo que señala el Art. 924 del Código.

Se trata de una afirmación de carácter irreductible fundada: a) en el tantas veces citado Art. 724, según el cual, la inscripción en el registro del Conservador es la que provoca o hace adquirir la posesión (2). "Si la cosa es de aquellas, dice el Art. 724, cuya tradi-

(1) El Sr. Trucco dice que no hay por qué no reconocer francamente esta ficción legal como fundamento en que el sabio autor del Código hace descansar toda su teoría de la posesión inscrita. Si bien se mira, es también una verdadera ficción legal la que establece el legislador cuando no reconoce sino a la inscripción como la única forma posible de efectuar válidamente la tradición de las cosas inmuebles. Consistiendo la tradición, según el Art. 670, en la ENTREGA que el dueño de una cosa hace de ella a otro, es manifiesto que se crea una ficción al darle a la inscripción el carácter de entrega, ficción tanto más "palpable" cuanto que no se comprende cómo pudiera efectuarse realmente la entrega de una cosa inmueble, dado que, según el Art. 568, inmuebles o fincas o bienes raíces son precisamente "aquellas cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro". Si es ineludible, pues, aceptar la ficción de la inscripción como modo de adquirir, o sea, como la única forma legal de efectuar la tradición de los inmuebles, no se ve por qué habría de considerarse como algo inusitado la ficción de que el poseedor inscrito, con título vigente por más de un año, tiene, por el solo hecho de la inscripción, los dos elementos constitutivos de la posesión: la tenencia y el ánimo de señor o dueño. Tan ficción es uno como otra.

Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 74: "La posesión inscrita tiene a su favor los dos elementos constitutivos de la posesión, o sea, el *animus*, que se demuestra con el hecho de la inscripción, y el *corpus*, pues la posesión inscrita es tan material ante la ley como lo que se puede probar por otros hechos positivos, conforme lo establece el Art. 924 del mismo Código.

(2) El Profesor Trucco tuvo la cautela de advertir que estimaba que el tenor literal del Art. 724 es demasiado amplio y absoluto y que era necesario sacrificar un poco el concepto para que guardara armonía con los demás textos legales que le siguen (ob. cit., pág. 138). Es por eso que en nuestro N.º 838 matriculamos al Sr. Trucco entre los cultores de la escuela que denominamos "*De la negación relativa*". El Profesor Trucco no llevó sus principios a todas las consecuencias que resultan del rígido texto del Art. 724 y considera que es inaplicable cuando se invoca un título constitutivo (ob. cit., pág. 140). En algo semejante incurrió el Sr. Claro Solar que, para atenuar el alcance de dicho precepto y acomodarlo a la interpretación que le atribuye el autor, asevera que la redacción del Art. 724 no había sido feliz. (Ob. cit., Tomo VII, N.º 867).

La tesis del Profesor Trucco tendría su confirmación en el Mensaje que, en su parte pertinente, se refiere solamente, a la transferencia y transmisión del dominio y dice: "... la única forma de tradición que para esos actos corresponde

es la inscripción en el Registro Conservatorio". El apoderamiento no constituye, técnicamente, acto de transferencia ni de transmisión. Todavía, el Mensaje agrega: "Mientras ésta (la inscripción) no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título, NO POSEE: es un mero tenedor". Entre tanto, el apoderamiento de la cosa no es contrato ni es posible inscribirlo; puesto que consiste en un hecho físico unilateral no hay partes contratantes ni documentos o títulos que registrar en el Conservador de Bienes Raíces.

Empero, no es necesario torturar el texto del Art. 724, que no hace distinción acerca de la causa de la adquisición de la posesión de los bienes raíces, y, en términos que no cabe duda que son absolutos y terminantes, dice, categóricamente que si la cosa es raíz (como que es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro Conservatorio), nadie —quienquiera que sea, cualquiera que fuere la causa que pretenda originar la posesión— puede iniciarla si no es por medio de la inscripción.

Entonces, ¿cómo se explica que, por ejemplo, en el Art. 729 el legislador considere la posibilidad de la adquisición de la posesión del inmueble por el mero apoderamiento, violento o clandestino? La respuesta estaría en que ese fenómeno sólo es concebible respecto de bienes raíces no inscritos, situación que el legislador tuvo que prever y admitir por cuanto la instauración del sistema no podía incorporar de un solo golpe, instantánea y generalmente, a todos los inmuebles existentes en el país: había que tomar en cuenta que durante un período, prudencial habría inmuebles que permanecerían al margen del régimen, sin incorporarse al sistema de la inscripción y el precepto del Art. 729 fué un estímulo atemorizante para que los dueños apresuraran su ingreso a ese régimen, única manera de verse a cubierto de usurpaciones. Era razonable aguardar a que, al cabo de unos 50 años o poco más, se habría producido, fatalmente, o una enajenación o una transmisión por causa de muerte respecto de todos los dueños de inmuebles del país. No es culpa del legislador que no se haya dado cumplimiento a sus ordenaciones y la incuria de los adquirentes por acto entre vivos o de los herederos de bienes raíces, no ha podido, ni social ni jurídicamente, justificar una brecha que destruye en sus cimientos mismos, la institución creada por el legislador; no ha podido atribuirse carácter permanente y general a un precepto de excepción (Art. 729), de naturaleza transitoria y dictado para acomodar, sin apelar a medidas odiosas, el paso de un régimen a otro. Así se explica que el Mensaje, adelantándose a la situación que esperaba haber provocado y que frustraron la desidia y la complacencia de los tribunales, haya dicho: "Pero como no sólo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto de los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial. Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que INSCRIPCIÓN, POSESIÓN Y PROPIEDAD serían términos idénticos..."

ción debe hacerse por inscripción en el Registro Conservatorio, *nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*", y, justamente, el Art. 686 tiene establecido que se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción en el Registro del Conservador;

b) en el Art. 696, que declara, perentoriamente, que los títulos cuya inscripción se preceptúa en los artículos que le preceden —el Art. 686 entre ellos— "NO DARAN o TRANSFERIRAN la posesión EFECTIVA del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena";

c) en el inciso 2.º del Art. 728, conforme al cual *el apoderamiento de una cosa, con ánimo de señor, no basta para constituir posesión si la cosa está inscrita: "Mientras subsista la inscripción el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente"*;

d) en el inciso 2.º del Art. 730 que previene que no hay adquisición ni pérdida de la posesión sin la competente inscripción: "Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción";

e) en el Art. 924 que establece una presunción de derecho al declarar que la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla";

f) en el Art. 2505, conforme a cuyo tenor no hay prescripción que valga contra un bien raíz inscrito. El Art. 2505 dice: "Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo". No hay prescripción, explica el Profesor Trucco, porque el fundamento preciso de toda prescripción adquisitiva es la posesión y ya tenía dicho en los Arts. 696, 728, 729, etc., que sin inscripción no hay posesión posible.

Se aplica, en seguida, el Profesor Trucco a demostrar cómo la inscripción, que es prueba de la posesión, robustece su doctrina de la "inscripción-ficción". Tratándose de un inmueble inscrito, dice (1), con título vigente por más de un año, no es posible, sin desnaturalizar el sistema establecido por el Código, probar la posesión del inmueble

(1) Ob. cit., pág. 134.

por medios distintos de la respectiva inscripción. Tal es el alcance natural y obvio del Art. 924 que declara que "la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla". Pero, de admitir que el pensamiento del legislador, contenido en dicho precepto, se *obscurezca* en atención a lo dispuesto en el siguiente artículo, el 925 (1), habría que recurrir, conforme al Art. 19 inc. 2.º, a investigar la intención o espíritu del legislador, claramente manifestados en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. De esta indagación surgiría lo que el Sr. Bello proclamó en el Mensaje: "La inscripción es la que da la POSESION REAL EFECTIVA; y mientras ella no se ha cancelado, el que no la inscribió su título no posee: es un *mero tenedor* —expresión que al Profesor Trucco parece inadecuada, atendida la definición del Art. 714— y como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más *pública*, más *solemne*, más *indisputable*". Y en otro pasaje agrega: "Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas (alude a la inscripción): la posesión de los bienes raíces, *manifiesta, indisputable*, caminando aceleradamente a una época en que *inscripción, posesión y propiedad* serían términos *idénticos*, etc.".

De esta suerte, no podría admitirse otra prueba de posesión tratándose de inmuebles inscritos que la referida inscripción y, si de hecho se admitiese, se contrariaría la letra y el espíritu de la ley haciendo incurrir al legislador en una inconsecuencia: haber sentado un principio en el Art. 924 que destruye, a reglón seguido, en el Art. 925 si este precepto se extiende tanto a los inmuebles inscritos como a los no inscritos. Al Profesor Trucco le parece manifiesto que la existencia de esos dos preceptos de contenido antagónico, escritos uno en pos del otro, se explica como consecuencia de la feliz innovación que introdujo el Sr. Bello al idear el régimen de la posesión inscrita. Puesto que los inmuebles tenían que encontrarse, durante algún tiempo, en dos situaciones bien distintas, unos inscritos y otros no, era natural que el legislador dictara dos reglas diversas para cada una de esas dos situaciones.

(1) "Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión".

Constituye un error sostener que el Art. 925 se refiere a la prueba de la *posesión material* y el Art. 924 a la prueba de la *posesión inscrita* contraponiendo, así, el término posesión material al de posesión inscrita. Tal razonamiento conduce a establecer una diferencia antojadiza y a introducir locuciones anti-jurídicas, de significación poco precisa.

Es inaceptable, dice el Profesor Trucco, una distinción entre *posesión material* y *posesión inscrita*, porque es requisito esencial a toda posesión la existencia del elemento externo del apoderamiento o tenencia o aprehensión de la cosa, unido al elemento interno del ánimo de señor o dueño: "Por consiguiente, es tan material a los ojos de la ley la posesión inscrita como la no inscrita, con la particularidad de que la ley presume de derecho el *animus* y el *corpus* en el poseedor inscrito por el hecho de la inscripción" (1). Supongamos, agrega, que contra un poseedor inscrito sea admisible la prueba de posesión basada en la corta de maderas, construcción de cerramientos, plantaciones, etc. a que se refiere el Art. 925. ¿Cómo se calificaría una posesión semejante? ¿De regular? ¿De irregular?

A todas luces, no tendría ni una ni otra calidad: el llamado poseedor no podría invocar un título translativo como fundamento de su posesión, porque la tradición de los inmuebles inscritos sólo se efectúa por la inscripción (Art. 686), de que él carece y porque, según el inc. 3.º del Art. 702, no hay posesión regular, derivada de un título translativo de dominio, sin tradición. El profesor Trucco cree que, tampoco, podría invocar título constitutivo, v. gr. la ocupación por la razón que hemos desechado en nuestro N.º 876. El Art. 925 sólo se refiere a los inmuebles no inscritos o a aquellos que estándolo, no tienen inscripción vigente por un año completo.

Endereza, en seguida, el Sr. Trucco la investigación al examen de la inscripción como garantía de la posesión: la inscripción pone al poseedor inscrito a cubierto de toda prescripción y le asegura en forma tal que no puede perder su posesión ni aún por el apoderamiento de la cosa que haga otro con ánimo de señor (Art. 728 inc. 2.º).

Prosigue el estudio del Sr. Trucco con un análisis del Art. 724 cuyo alcance restringe afirmando que antes de aplicarlo es preciso establecer previamente: I. Si se trata de adquirir la posesión de un

(1) Ob. cit., pág. 136. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLII, Segunda Parte, Sec. 2.ª, pág. 74; Tomo XXXIV, Segunda Parte, Sec. 2.ª, pág. 43.

inmueble ya antes inscrito y II. Si se trata de un bien raíz no inscrito.

I.—Si se trata de un bien raíz inscrito, no cabe vacilar: el que alega la posesión, sin presentar título inscrito, no es poseedor regular ni irregular y debe ser mirado como un mero tenedor, con la salvedad de que no puede prescribir ni aún por la prescripción extraordinaria. Esto se deduce, a juicio del Profesor Trucco, del Art. 728, según el cual la posesión inscrita no cesa sino a virtud de una nueva inscripción, de tal modo que ni aún el apoderamiento del inmueble con ánimo de señor, es bastante para adquirir la posesión y poner fin a la existente; del inc. 2.º del Art. 730, según el cual, si alguien se da por dueño de una cosa inscrita a nombre de otro, y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra sin la competente inscripción. A idéntica conclusión conducen los Arts. 924 y 2505.

II.—Si se trata de un bien raíz no inscrito hay que determinar qué clase de antecedente se invoca; si es un título translativo de dominio, v. gr. una compraventa, se aplicará rigurosamente el Art. 724: es indispensable la tradición que debe practicarse mediante la inscripción, requisito indispensable, conforme al Art. 724, para adquirir la posesión.

El Profesor Trucco rechaza rotundamente la posibilidad de que, en el caso recién propuesto, se pueda adquirir la posesión irregular del inmueble y refuta la doctrina sostenida por D. José Clemente Fabres que en la nota N.º 61, pág. 419 de sus "Instituciones" dice que el Art. 724 "sólo puede referirse a la posesión regular, porque sólo en ella se requiere esencialmente la tradición". Cree el Profesor Trucco que en idéntico error habría incurrido el Sr. Aguirre Vargas al aseverar que la inscripción en los inmuebles produce la tradición y la posesión regular, pero que no es necesaria para dar comienzo a una posesión irregular (1). D. Andrés Bello, prosigue el Profesor Trucco, no

(1) El Sr. Aguirre Vargas, ob. cit., pág. 431, afirma sobre este punto: "La posesión, según el inc. 1.º de este artículo, puede ser regular o irregular. Para la posesión regular se necesita justo título y buena fe, conforme al inc. 2.º. "Si el título es translativo de dominio, agrega el inciso 3.º, es también necesaria la tradición". Pero "la posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, advierte el inc. 4.º, hará presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título". El Código habla de los requisitos que debe tener la posesión regular: buena fe, justo título y además tradición de la cosa, si éste es translativo de dominio. Sin estos requisitos puede existir la POSESION, porque posesión irregular, según el Art. 708 "es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el Art. 702". El Sr. Claro Solar,

podía caer en la inconsecuencia de reconocer la posesión violenta o clandestina en contra de la posesión inscrita: 1.º) porque dejaba dicho en el Art. 728 inc. 2.º que mientras subsista la inscripción, el que se *apodera* de la cosa a que se refiere el título inscrito, NO adquiere posesión de ella, ni *pone fin* a la posesión inscrita; y 2.º porque para el Sr. Bello tenía que ser un absurdo hablar de violencia y de clandestinidad con respecto a una posesión inscrita: "Si no hay posesión que valga contra título inscrito sino a virtud de una nueva inscripción y previa cancelación de la anterior (Arts. 728, 724, 924, etc.). es evidente que yo, que arrojo a puntapiés al poseedor inscrito, tenga necesariamente que inscribir para ser poseedor ante la ley, e inscribiendo, mi posesión no puede ser violenta, porque necesito, para inscribir, del concurso de la otra parte o de la autoridad del juez (Art. 728, inc. 1.º). De otro lado, para que exista el vicio de violencia es menester, según el Art. 712, que la fuerza "se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro" y, por lo tanto, si inscribo violentamente, forzando al Conservador, tampoco se origina una posesión violenta, porque ese funcionario no está dentro de las personas nombradas por el Art. 712 a que nos acabamos de referir. Por razones análogas es inaceptable hablar de posesión *clandestina* en contra de posesión inscrita: si como lo tenemos demostrado, tratándose de inmuebles inscritos no hay posesión que no se origine por otra inscripción y previa la cancelación de la anterior (Arts. 728, 724 y 924), y necesitándose para lo último del consentimiento del anterior inscrito o el de la justicia ¿cómo puede haber clandestinidad? (1).

Se hace cargo el Profesor Trucco de una de las objeciones que se hacen a la doctrina de la posesión inscrita: si la inscripción constituye por sí sola posesión, habría que aceptar el absurdo y la consecuencia monstruosa de que, si alguien vende un inmueble ajeno que

ob. cit., Tomo VII, N.º 868, también combate la doctrina del Sr. Clemente Fabres, adhiriendo así, en esta parte, a la doctrina del Sr. Trucco. El Sr. Claro Solar combate con ardor las afirmaciones del Sr. Humberto Alvarez G., "LA INSCRIPCIÓN NO ES REQUISITO, GARANTÍA NI PRUEBA DE LA POSESIÓN DE LOS BIENES RAICES", Memoria, Santiago, 1926. Por su parte, el Sr. Herrera Silva, en su ya citada Memoria, N.º 16 y 17, asevera que la doctrina del Sr. Fabres y demás secuaces, es hoy en día rechazada por nuestros más distinguidos tratadistas y profesores. El mismo escritor hace una exposición muy metódica de las razones contrarias a la doctrina del Sr. Fabres.

(1) Ob. cit., pág. 142.

no está inscrito, el comprador, por el hecho de inscribir se coloca en situación de ganar la cosa por la prescripción extraordinaria y podría expulsar al verdadero dueño o poseedor, que lo era tal vez desde tiempo inmemorial. El caso sería de remota ocurrencia; podría suceder excepcionalmente y, a su juicio, los tribunales tendrían que reconocer el dominio a favor del poseedor inscrito: la inscripción, que ha durado más de un año, constituye por sí sola prueba de posesión continuada que justifica la adquisición del dominio por prescripción (Arts. 696, 728, 730, 924, etc.). El Profesor Trucco refuta, a este propósito, la objeción del Profesor D. Tomás Ramírez Frías (1) que es de parecer que el que inscribió en virtud de una compraventa de inmueble ajeno no inscrito en favor de su verdadero dueño y poseedor efectivo, "*no tiene sino la sola inscripción, que no logra aprehender la cosa, único medio de poner término a esa forma de posesión, no tiene posesión, ni tiene la posibilidad de prescribir, ni tiene nada sino una simple inscripción vacía, hueca, que nada simboliza, que nada envuelve; y el antiguo poseedor del inmueble no inscrito podrá continuar tranquilamente en su derecho hasta que éste sea transferido con arreglo a la ley*".

¿De qué podría quejarse el poseedor no inscrito? Es un mal a que se expuso por obra de su propia y personal incuria o desidia, y el que por negligencia propia se expone a un daño, debe aceptar resignado las sanciones con que la ley castiga su inacción, sin que pueda pretender una protección tardía que estuvo en sus manos alcanzar al amparo de la ley en cualquier momento durante el largo espacio de tiempo requerido para una prescripción extraordinaria. En el caso propuesto, el poseedor no inscrito que pierde su dominio es, ante la ley, doblemente remiso: 1.º) no inscribiendo su propiedad para gozar

(1) El estudio del Profesor Ramírez Frías, escrito en forma de carta dirigida al Sr. Trucco, aparece publicado a continuación del trabajo del Profesor Trucco: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo VII, Primera Parte, pág. 145. "Si aceptáramos que en el caso en cuestión el falso adquirente tiene una inscripción vacía, hueca, que nada simboliza, que nada envuelve ¿a qué quedaría reducida la inscripción como garantía, requisito y prueba de la posesión? Una cosa es que a la luz del Art. 682 el falso adquirente no haya adquirido el dominio, y otra muy distinta que no haya adquirido la posesión". La doctrina del Profesor Ramírez Frías llevaría a la falsa consecuencia de que la posesión no puede marchar separadamente del dominio, o bien, que en todo juicio posesorio va envuelta una cuestión de dominio, lo que, también, es inaceptable y si una inscripción en el Registro, que ha durado 30 años (en la actualidad 15) ¿en qué quedaría la fe del Registro, destinado como está, a poner de manifiesto y a la vista de todos la propiedad territorial y sus gravámenes?

de todas las garantías que el Código concede a la posesión inscrita (Arts. 2505, 728 inc. 2.º); y 2.º) dejando que el falso adquirente la inscriba a su nombre sin formular reclamo alguno... omisión tanto más censurable cuanto que el falso adquirente, por tratarse de un inmueble no inscrito debe recurrir a medidas de publicidad prescritas por el Art. 58 del Reglamento (1)... A los ojos de la ley, quien deja que otro publique avisos y fije carteles diciéndose dueño de una propiedad inmueble, sin reclamar, por de pronto, dentro de 30 días y luego, dentro de 15 años (en la época en que el Profesor Trucco escribió su estudio el plazo era de 30 años), subsiguientes a la inscripción, es un propietario que bien merece la pérdida de los derechos que tan desdénosamente abandona y sobre los cuales no sabe ser custodio celoso e interesado.

Termina el Profesor Trucco haciéndose cargo de aquella objeción relativa a la inutilidad de las normas legales sobre reivindicación frente al concepto de inscripción-ficción. Salta a la vista, dice, la futilidad de tal observación: 1.º) porque la acción reivindicatoria no sólo procede respecto de los inmuebles; 2.º) porque no todas las cosas raíces se encuentran debidamente inscritas y 3.º) por que, a lo sumo, carecerá de acción de dominio, como consecuencia de lo que tiene dicho, el dueño que tiene su propiedad inscrita, sin que esto sea para alarmar a nadie porque tiene expedito camino para instaurar una acción innominada cualquiera contra el detentador de su propiedad incluso la posesoria de restablecimiento si ha sido despojado violentamente "de la mera tenencia". Si los actos no son violentos o si ha transcurrido el plazo de 6 meses, podrá instaurar cualquiera otra acción civil, v. gr. la de precario a que se refiere el Art. 2195 o la criminal de usurpación a que se refiere el Art. 457 del Código Penal. El Sr. Fabres y el Sr. Ramírez Frías, apunta el Profesor Trucco, creen que en el caso de un poseedor inscrito contra un detentador, aquél puede querellarse de amparo por los actos de detentación. "A nuestro modo de ver, los actos de detentación no pueden considerarse como turbación, embarazo o despojo de la posesión, que el poseedor inscrito tiene con los caracteres de imperturbable mientras subsista la inscripción. Sólo

(1) En la práctica, la verdad es que esos avisos que se publican en periódicos de pueblos chicos, que nadie lee, constituyen si no una pobrísima publicidad, una medida ineficaz. Ha habido bellacos que han obtenido tiradas *ad hoc* de esos periódicos en que aparece publicado un aviso que nadie ha podido leer...

habrá turbación o embarazo, a nuestro juicio, si el detentador pretende inscribir, y despojo, si logra inscribir" (1).

909.—La Inscripción-garantía.—Esta doctrina, abiertamente antagónica a la de la "inscripción-ficción", cuyos fundamentos hemos esbozado en el N.º 908, es sostenida por juristas de renombre y también cuenta con el abono de sentencias de nuestros tribunales.

Merecen ser especialmente mencionados, como propugnadores de la doctrina de la inscripción-garantía, los catedráticos que pasamos a enumerar: D. Rafael Luis Barahona (2); D. Leopoldo Urru-

(1) Los adversarios de la doctrina del Profesor Trucco, sonrien socarronamente ante la idea de que sólo las manipulaciones en el Registro del Conservador autorizan el ejercicio de acciones posesorias y que los atentados de hecho de que son víctimas los poseedores inscritos no puedan ser reprimidos y subsanados mediante el procedimiento sumarisimo que el Código de Proced. Civil de 1902 disciplinó para el ejercicio de las acciones posesorias... En verdad, es la parte neurálgica de la disputa entre la "inscripción-ficción" y la "inscripción-garantía", gran problema, pero problema académico si se quiere, en todo lo que no concierne a la reivindicación y al ejercicio de las acciones posesorias, cuando un poseedor inscrito ha sido molestado por vías de hecho o privado del goce efectivo de la cosa raíz por obra de un tercero. Véase, más adelante, nuestro N.º 910.

Ver, además, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXV, Segunda Parte, Sec. 2.ª, pág. 70.

(2) El Profesor Barahona fué nuestro maestro de Derecho Civil; su tema predilecto era, justamente, este de la Posesión Inscrita. El autor de este Manual ha sentido verdadera emoción al tratar de reconstituir las lecciones que hace treinta años recibió del insigne maestro. Al darle a este tema de La Posesión una extensión que aparenta ser desproporcionada, no sólo ha querido el autor ofrecer un panorama completo y orgánico de esta institución jurídica que en la vida social parece representar todo (bien aventurados los que poseen...) sino que rendir al ilustre Profesor Barahona un homenaje de gratitud que nunca será totalmente satisfecho: somos tantos los que, en distintos sentidos, tanto debemos a ese noble maestro y ciudadano ejemplar por su sabiduría y, sobre todo, por su inagotable bondad. Con razón dijo de él, el Profesor Varela, que "adorador de la vida, fué un perpetuo dadivoso; varón recto y limpio, como los que cruzan por el libro de Plutarco, supo vivir con las puertas del alma abierta de par en par, como quería el estoico, y se dió por entero, sin reticencias, ni egoísmos, a la Patria, a su ciudad, a sus colegas, amigos y a los suyos..."

Véase la exposición de las doctrinas posesorias del Profesor Barahona en la Revista del Colegio de Abogados de Valparaíso, Año V, N.º 13, Imp. Excelsior, Valparaíso, 1941, pág. 44.

El Profesor Barahona clasificaba en cuatro las escuelas relativas a la teoría de la posesión inscrita: a) la clásica, que conocemos con la denominación de "inscripción-ficción"; b) la moderada que trata de atenuar los defectos de la clásica u ortodoxa y en que el Profesor Barahona matriculaba al Profesor D. Arturo Alessandri Rodríguez; c) la que corresponde a la "inscripción-garantía", que él

tía (1); D. Tomás Ramírez Frías (2); D. Oscar Dávila Izquierdo (3) y varios otros (4).

La idea básica o central es que la calidad de inmueble de la cosa no altera la naturaleza del fenómeno jurídico denominado posesión y que, conforme a la definición del Art. 700, consiste en la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño

crea la acertada y en que inscribió a D. Luis Claro Solar, D. Juan Esteban Montero y D. Tomás Ramírez Frías y d) la llamada "escuela avanzada" que niega todo papel a la inscripción y en la que el Profesor Barahona abanderiza al Sr. Humberto Álvarez González.

Con el propósito de simplificar y abreviar, hemos agrupado esas cuatro escuelas en las que ocupan los dos extremos inconciliables. La que el Profesor Barahona denominó "escuela moderada" constituye una de las tantas variantes de las dos escuelas extremas, variaciones que más se relacionan con ciertos problemas particulares que se suscitan, v. gr. a propósito de lo que debe entenderse "por inscripción competente", etc. y no con el nudo central de la controversia. Sin desmedro de sus autores, hemos relegado a un plano inferior aquellas doctrinas exóticas que propugnaron, p. ej., los Srs. Álvarez González y Oliva Lara.

En el citado N.º 13 de la Revista del Colegio de Abogados de Valparaíso, aparece inserto el Proyecto de Ley presentado al H. Senado por el Profesor Barahona (Ver, también, el Boletín del H. Senado, sesión 2.ª ordinaria, del 27 de Mayo de 1930) sustentando: 1.º Para la posesión de los inmuebles no basta la simple inscripción en los Registros del Conservador de Bienes Raíces; es necesaria también la tenencia material, en la forma determinada en el Art. 700 del Código Civil; 2.º Los títulos translativos de dominio que no estuvieren comprendidos en la enumeración del Art. 704 del Código Civil y que hayan sido inscritos en el Registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces dan, con la concurrencia de los demás requisitos legales, la posesión regular de los bienes inmuebles y habilitan consiguientemente para adquirir el dominio de esos bienes por prescripción ordinaria, aun cuando exista una inscripción anterior que no se hubiere cancelado o cuya inscripción no se hubiere efectuado debidamente...

(1) "VULGARIZACION SOBRE LA POSESION ANTE EL CODIGO CIVIL CHILENO", Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXI, Primera Parte, p. 6.

(2) Carta dirigida a D. Humberto Trucco, Tomo VII, pág. 145 a 150, de la misma Revista de Derecho y Jurisprudencia.

(3) "POSESION Y PRESCRIPCION DE INMUEBLES INSCRITOS", Santiago, Imprenta Cervantes, 1928.

(4) El Profesor D. Sergio Fuenzalida Puelma, en un interesante estudio sobre esta misma materia que, por el momento, permanece inédito, y el Sr. Claro Vial, ob. cit., sostienen que también pertenecen a esta escuela los Profesores Somarriva U. y Lira U. En cuanto a D. Luis Claro S. que el Profesor Barahona y los Srs. Fuenzalida y Claro V. califican como partidario de la inscripción-garantía, participa más bien de la doctrina clásica con algunas variantes relativas al concepto de "inscripción competente". Para convencerse de ello, bastaría remitir al lector al N.º 738 del Tomo VII de sus "Explicaciones, etc."

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. No se concibe posesión de un inmueble sin la concurrencia de esos requisitos primordiales: *corpus et animus*; de suerte que la inscripción conservatoria no puede tener otros alcances que los de favorecer y proteger ese estado de hecho que no puede ser reemplazado por ninguna ficción: poniendo a cubierto al poseedor inscrito de las usurpaciones y atentados de terceros (Art. 728 inc. 2.º); facilitándole la prueba de su existencia (Art. 924), con lo cual el beneficiario logrará triunfar en el ejercicio de las acciones posesorias que se vea en la necesidad de entablar, prueba de posesión que, por otra parte, constituirá, conforme al inc. 2.º del Art. 700, presunción de dominio difícil de desvirtuar; y, por último, impidiendo, como vigilante centinela, la pérdida de su derecho a causa de una prescripción intentada por un tercero (Art. 2505). Estos beneficios sólo los alcanza el que tiene una inscripción conservatoria vigente que solemniza la tenencia material, real y efectiva de la cosa raíz. En la colisión de intereses entre uno que tiene una simple inscripción en su favor, desprovista de la tenencia física y otro que, efectivamente, tiene la cosa raíz en su poder, con ánimo de señor, debe ser preferido este último, con tanta mayor razón si, a esa realidad objetiva, acompaña, también, inscripción en su favor, cualesquiera que sean los defectos de origen de forma de que adolezca (1).

Mas, para llegar a esta conclusión en que el régimen de la propiedad territorial queda poco menos que a merced de la prueba testimonial que es tan de temer, los cultores de la escuela de la "inscripción-garantía", han debido esmerarse en refutar —no siempre con buen éxito— las premisas filosóficas y legales en que se apoya la doctrina de la "inscripción-ficción".

He aquí algunas de esas refutaciones (2):

A.—El Art. 724 debe ser armonizado con otros preceptos que reducen su campo de aplicación a los casos de adquisición de la posesión derivada de un título translativo de dominio y el texto del Art. 724 está bien lejos de decir que reemplaza los dos elementos integrantes de la posesión.

(1) Así lo falló, por ejemplo, la Corte Suprema en sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XV, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 473. Ver, además, la misma Revista, Tomo XL, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 32.

(2) Hacemos una versión de las argumentaciones y conclusiones contenidas en el estudio inédito del Profesor Fuenzalida, "POSESION INSCRITA" y en la Memoria de Licenciatura, ya citada, de que es autor el Sr. José Claro Vial

B.—La trayectoria del Art. 724 a través del Proyecto Inédito esclarece su alcance verdadero. El Art. 867 a, decía: "Si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir o ejercer la posesión de ella sino por este medio". La expresión "o ejercer" fué eliminada y esa supresión revela que, en concepto del legislador, la posesión no puede ejercerse por medio de la mera existencia de la inscripción: resulta así un signo claro de que el legislador no quiso reducir la posesión a algo ficticio, simbólico, suficiente para prescindir de la realidad de los hechos.

C.—El Art. 696 demuestra, precisamente, lo contrario de lo que sostienen los partidarios de la "inscripción-ficción": establece la diferencia que hay entre posesión e inscripción y que la inscripción por sí sola no confiere posesión (1).

D.—El argumento apoyado en el inc. 2.º del Art. 728 en orden a que "mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente" no demuestra la ficción porque aunque es verdad que conforme a dicho precepto, no basta el apoderamiento material para adquirir la posesión inscrita, tampoco declara que basta el mero hecho de la inscripción para adquirir dicha posesión. Tanto en ciencia jurídica como en la ley, son distintas las reglas que rigen la adquisición y la conservación de la posesión, y la conservación lo es más bien de los beneficios que acarrea la situación posesoria, que la posesión misma" (2).

(1) El Sr. Claro Vial, ob. cit., pág. 144, reproduce la opinión del Sr. Fabres, "INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL CHILENO", Tomo I, pág. 392: "La inscripción en el Registro del Conservador no es posesión efectiva, sino que es posesión legal ficta, más fuerte, más protegida o más privilegiada por la ley que la posesión natural o de hecho, pero que no realiza la definición de tenencia de la cosa con ánimo de señor y por eso es que la posesión que confiere la inscripción es ficta, es todo lo contrario de la efectiva. Reconocemos toda la importancia, toda la utilidad de la posesión inscrita; ya hemos aplaudido su feliz invención; pero llamarla efectiva es contrariar el significado natural y obvio de la palabra, sin haberla definido especialmente para esta materia. En realidad, lo que el Código llama en este caso posesión efectiva, es una posesión judicial ficta; puesto que viene a efectuarse cuando ya se tiene la cosa con ánimo de señor, que es la verdadera posesión efectiva, y puesto que la da el juez por medio de su decreto, como se dice expresamente en la ley".

(2) En rigor el argumento es muy débil: prueba tanto que no prueba nada: el legislador no tenía por qué hacer, en el Art. 728, una declaración que ya había hecho en el Art. 724.

E.—El Art. 924 que aparece como uno de los pilares de la doctrina impugnada, debe aplicarse con diversas limitaciones derivadas de la realidad y de la naturaleza de la materia sobre que versa; pero, por de pronto, debe descartarse que establezca la ficción por el solo hecho de requerir el transcurso de un año para que valga como prueba de la posesión: habría que llegar a la absurda conclusión que durante el primer año de la posesión inscrita, los elementos de la posesión serían diferentes que en el tiempo posterior.

F.—El argumento que consiste en que nadie se maravilla de que en la tradición la entrega material sea substituida por la inscripción y, consiguientemente, tampoco debe extrañar que la posesión también sea representada simbólicamente por la misma inscripción, es combatida por los sostenedores de la escuela de la inscripción-garantía: la tradición es un modo de adquirir el dominio, derecho real que se tiene sobre las cosas, sin atinencia con los hechos presentes. La posesión, en cambio, es un hecho reconocido y sancionado por el legislador sin tomar para nada en cuenta el derecho de dominio (1). Tradición y posesión son términos legales que se refieren a campos jurídicos diferentes: ni el modo de adquirir el dominio genera por sí solo posesión (2) ni ésta tradición.

G.—Puesto que el Art. 686 establece que la tradición se efectúa por la inscripción del título en el Registro Conservatorio, resulta que una entrega de tal índole no produce los beneficios económicos ni las satisfacciones de orden material que persigue el adquirente, v. gr. el comprador de una finca. De ahí ha surgido la necesidad de considerar dos tipos de entrega: la entrega legal y la entrega real, o sea, la que implica la tenencia y goce efectivo de la cosa.

(1) La diferenciación es exacta; pero el argumento es pobre. La tradición da acceso a la cosa mediante su entrega. Si se admite que ese acceso lo franquea la tradición ¿por qué no admitir que también representa el estado de posesión que se inicia con la tradición-inscripción?

(2) Se trata de un argumento de laboratorio... Para que la tradición actúe como modo de adquirir el dominio es menester que el tradente sea dueño de la cosa entregada, de lo que no siempre se puede estar seguro que lo sea, a menos que se acredite que el antecesor del tradente lo era y así retrospectivamente en una cadena que no terminará sino sumando una serie ininterrumpida de posesiones anteriores hasta justificar el dominio adquirido mediante una prescripción adquisitiva... En cambio, la función práctica de la tradición es conferir la posesión de la cosa sobre que recae. Ver nuestro N.º 883. El error del Sr. Claro Vial queda a la vista con la propia cita del Art. 683 que, ni por asomo, dice lo que el autor pretende.

El inmenso interés práctico de esta distinción de entrega legal y entrega real surge con motivo de la obligación del vendedor de entregar al comprador la cosa vendida y ampararlo en el dominio y posesión pacífica y útil de la cosa vendida (1).

Tales son, en sus líneas generales, los argumentos con que los partidarios de la escuela de la "inscripción-garantía" combaten los principios en que se apoyan los de la escuela clásica u ortodoxa y llegan, por ese camino, a las siguientes conclusiones:

I.—La posesión es esencialmente un hecho que, en materia de inmuebles, logra, mediante la inscripción conservatoria, ponerse al abrigo —hasta cierto punto— de los apoderamientos materiales que terceros quisieran intentar para adquirir la posesión.

II.—La inscripción conservatoria no es sinónimo de posesión sino que mera garantía del hecho que protege.

Las inscripciones que no encubren realidad posesoria, son simples inscripciones de papel o de cartón... y no pueden conferir ni garantizar posesiones que no existen o no han existido.

III.—Los apoderamientos materiales de los bienes raíces no hacen perder la posesión al poseedor inscrito. Lo dice así el Art. 728 inc. 2.º del Código Civil.

Sin embargo, conforme al Art. 730, si un mero tenedor, esto es, el que tiene la cosa raíz en lugar y a nombre de su poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, logrando, además, el adquirente, inscribirla a su nombre, el poseedor inscrito pierde su posesión y, en cambio, la inicia el que adquirió del mero tenedor que se hizo pasar por dueño de la finca sin serlo; para ello es bastante la nueva inscripción

(1) Ver, entre otras, que cita el Sr. Claro Vial, ob. cit., pág. 130 y siguientes, el fallo de la Corte Suprema publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVII, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 212 con el interesante comentario del Profesor D. Arturo Alessandri Rodríguez: "La inscripción que prescribire el inc. 2.º del Art. 1824, como el medio de efectuar la tradición o entrega del inmueble vendido, no excluye la entrega material del mismo, tanto porque mediante ella sólo se efectúa la tradición del dominio, esto es, del derecho real, que define el Art. 582, o de la posesión (Arts. 702 y 724), según el caso, y bien puede ocurrir que una y otra no coincidan con el goce material y efectivo de la cosa, cuanto porque numerosas disposiciones legales, que carecerían de sentido y de aplicación sino se aceptara esta doctrina, consagran de un modo evidente la obligación del vendedor de hacer entrega real o material del inmueble vendido a más de la inscripción..."

El Art. 1866 declara que el plazo de prescripción de la acción redhibitoria en los inmuebles se cuenta desde la "entrega real"....

ción —que, a la postre, lo conducirá a la adquisición del dominio mediante la prescripción (Art. 2505)— con tal que dicha nueva inscripción sea competente, a la que no obsta que no esté ligada, ni real ni aparentemente, con la que tenía en su favor la víctima de ese escamoteo jurídico. Basta que la nueva inscripción se haya efectuado con las formalidades de rigor y esté acompañada de realidad posesoria (1).

910.—La jurisprudencia.—Estado actual del problema.— Los fallos de nuestros tribunales han oscilado entre las dos tendencias o escuelas que hemos examinado en las páginas precedentes. Más de alguna vez, la decisión de la Corte de Casación se ha desentendido de los principios doctrinales que inspiran a una u otra escuela y ha hecho tabla rasa de los preceptos del Código, como ocurrió en aquella famosa sentencia publicada en el Tomo XXVIII, Segunda Parte, Sección Primera, pág. 252 de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, que el Profesor Alessandri Rodríguez criticó implacablemente calificándola como "el más grande de los errores jurídicos en que ha podido incurrir un tribunal", pero que el Profesor D. Oscar Dávila I. justificó declarando que esa sentencia es profundamente justa porque los

(1) En apoyo de estas demolidoras conclusiones se cita la opinión de D. Leopoldo Urrutia, ob. cit., pág. 12 y se la corrobora con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLIII, Segunda Parte, Sec. 2.ª, pág. 65. D. Oscar Dávila, ob. cit., participa de las mismas conclusiones y las justifica porque, dice, que la ficción debe ceder el paso a la realidad. El fallo más resonante de la Excm. Corte Suprema en este sentido es el dictado en la famosa causa de Adnasola con Perales, publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVI, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 241.

En buenas cuentas, la inscripción conservatoria sirve de bien poco: el poseedor inscrito puede defenderse de las agresiones de hecho porque puede repeler la fuerza con la fuerza si se trata de rechazar un apoderamiento violento. Al fin y al cabo, la generalidad de los jueces del crimen comprende que es delito la puñalada... En cambio ¿cómo podría defenderse el poseedor inscrito de un escamoteo hecho a sus espaldas, mediante una doble inscripción, respecto de su inmueble o de una parte de él? Habría sido preferible el odioso sistema de la renovación de las inscripciones cada cierto tiempo (procedimiento a que se refiere el Sr. Aguirre Vargas, ob. cit., págs. 442 y sigtes.), única manera de que el poseedor inscrito pueda descubrir lo que se está fraguando en su contra. Se dirá que, sin ese sistema, el poseedor escamoteado no puede menos que percatarse de la conspiración realizada en su contra por el arrendatario y el tercero. Pero, no ouesta imaginar que el arrendatario finja que continúa respetando su derecho mientras el tercero que le compró, completa el plazo de prescripción ordinaria o, por lo menos, el de un año, con lo que dificulta el ejercicio de la acción posesoria.

magistrados prefirieron escuchar la voz de la conciencia aunque la solución escogida no hubiera sido feliz (1).

El lector encontrará en las Memorias de Licenciatura de los Srs. José Claro Vial y Jorge Herrera Silva (2), una recopilación completa y ordenada de los distintos fallos dictados hasta el año 1938 (3) aunque debe observarse que la controversia se desplazó, generalmente, sirviendo como una especie de telón de fondo, a otros aspectos especiales, no menos interesantes, v. gr. la prescripción contra título inscrito, significado de la expresión del Art. 730 inciso final "competente inscripción" (4) y, sobre todo, el grave problema de las inscripciones paralelas. Prácticamente, ya no hay inmuebles no inscritos; ese fenómeno ha sido reemplazado, parece paradoja, por el de los inmuebles que, al mismo tiempo, están inscritos en favor de distintas personas (5).

Sin embargo, es digno de observarse —y ya lo hicimos notar— que, pese a lo grave de las discusiones doctrinarias y a las constantes vacilaciones de la jurisprudencia, el sistema instituido por D. Andrés Bello ha funcionado, en la práctica, con regularidad; los numerosos pleitos que se han desencadenado teniendo por base o motivo las discrepancias que hemos resumido, no han perturbado la vida de los negocios: sólo han apasionado a los doctos y preocupado a los afectados. El crédito hipotecario se ha desarrollado sin grandes trastornos, lográndose aquella aspiración manifestada en el Mensaje relativa a la movilización del crédito hipotecario; la depreciación que afecta a los bonos tiene causas, como es bien sabido, completamente diversas.

Las fallas del sistema creado por el Sr. Bello (6) no se encuentran en aquellas contradicciones o excepciones que buscaron y encontraron

(1) Ver nuestro N.º 779 con aquella referencia a la barca en el mar Caspio, la casa de madera en Constantinopla y la mujer en Bucarest...

(2) También son dignas de mención las Memorias de Licenciatura de D. Augusto Reyes Castro, "LA CUESTION POSESORIA ANTE NUESTRA LEGISLACION CIVIL", Concepción, 1921 y de D. Juan Williams Ibáñez, "TEORIA DE LA POSESION EN NUESTRO CODIGO CIVIL", Santiago, 1930.

(3) Tampoco ha logrado uniformarse la jurisprudencia en la última década y los problemas a que nos referimos siguen siendo el objeto de las más variadas resoluciones de los tribunales y de las disputas, siempre vivas, de catedráticos y abogados.

(4) Ver nuestros N.ºs 912 y 965.

(5) Ver nuestro N.º 911.

(6) El mismo Bello se anticipó a recordar que jamás obra alguna salió perfecta de las manos del hombre...

los doctos: habría bastado estar atento al espíritu de la ley, claramente manifestado en ella misma y en la historia fidedigna de su establecimiento aunque, en ciertos casos, se hubiera tenido que sacrificar alguna situación particular. La reponsabilidad debe buscarse en la carencia de un registro catastral que, como un verdadero espejo, vaya reflejando la materialidad de los inmuebles y de cada una de las partes en que se sub-dividen o fraccionan, completando así la visión o panorama jurídico que ofrece el registro de inscripciones; en el descuido o imprecisión con que se hacían las mismas, defecto que, poco a poco, se ha ido subsanando mediante el levantamiento de planos o croquis que se protocolizan en el Conservador. Tales omisiones o inconvenientes, han sido, *grosso modo*, los factores responsables de las situaciones críticas que se han suscitado a través de cerca de un siglo de vigencia del Código Civil y que los tribunales han resuelto, ora con un criterio ortodoxo y clásico, ora con un criterio inspirado en consideraciones eminentemente morales y de conciencia y en que aparece que los hechos se ha sobrepuesto a las normas de la técnica jurídica (1).

911.—Dualidad de inscripciones o inscripciones paralelas.— Suele ocurrir que un mismo predio o parte de él, esté sometido a dos inscripciones diversas en favor de personas distintas. Es el fenómeno que se conoce con la denominación de "*inscripciones paralelas*". ¿Cuál de las dos personas en cuyo favor existe una inscripción conservatoria, es la que posee el predio? ¿A cuál de ellas deberá preferirse? Las causas de esta ocurrencia pueden deberse a las más variadas circunstancias: constituyen una gama que va desde la más inocente inadvertencia hasta el fraude más desembozado (2). Uno de los dos titulares de las diversas inscripciones debe ser preferido, puesto que, en virtud del principio que resulta de la naturaleza de las cosas, no puede existir

(1) Ver comentario del Profesor Dávila a la sentencia de la Corte Suprema publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXVIII, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 252. Ver cita de Cimbali en nota al N.º 912.

(2) El Sr. Claro Vial, Memoria citada, pág. 180, dice que la dualidad de inscripciones pueda provenir: "1.º) Por haberse llevado a efecto la inscripción de un título translativo emanado del poseedor inscrito, ya omitiéndose por el Conservador la anotación marginal exigida por el Art. 92 del Reglamento o de acuerdo con la formalidad de la primera inscripción. 2.º) Por haberse iniciado dos cadenas independientemente. 3.º) Por haberse ensañado por el usurpador o tenedor de un inmueble, el predio a un tercero, inscribiendo éste la transferencia. Las cadenas de inscripciones pueden ser, pues, paralelas desde su origen; o bien, bifurcaciones de una cadena original o tronco común..."

posesión por el total de un mismo objeto en favor de dos o más personas: *Plures eadem rem in solidum possidere non possunt...* (1). El Sr. Bello lo enunció en el Proyecto de 1853 cuyo Art. 833 expresaba "que no puede haber dos o más poseedores de una misma cosa, a menos que la posean proindiviso". Pero, el Código no reprodujo esa norma y la omisión no significa que el legislador haya pretendido abolir ese principio que tiene caracteres dogmáticos (2).

Una de las causas que, con cierta frecuencia, provoca la dualidad de inscripciones, es el fenómeno de las ventas dobles a que nos referimos anteriormente aunque con relación a cosas corporales muebles (3).

En tales casos, la cuestión no debería ofrecer grandes dificultades: conforme al Art. 1817, debe ser preferido el que inscribió con antelación al otro, sin que fuere necesario entrar en consideraciones de ningún otro género.

Empero, la jurisprudencia no es uniforme en esta materia. De entre los numerosos fallos acopiados meticulosamente por el Sr. Claro Vial (4) destacamos el dictado por la Corte Suprema y publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXIV, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 63 y en que se dió preferencia al que inscribió con antelación al otro. Contrasta esa sentencia con un fallo dictado algunos meses antes por la misma Corte y en que se declaró que debe reconocerse prelación al que primero entró en posesión material de la cosa y tiene un título más antiguo (5).

Los autores también se mantienen divididos en esta segunda línea de batalla entre la inscripción-ficción y la inscripción-garantía. Los señores Humberto Trucco y Alejandro Lira sostienen que la contienda debe decidirse en favor del que inscribió primero, al paso que los Srs. Urrutia y Ramírez Frías se inclinan en favor del que tiene la finca bajo su poder material.

(1) Pothier, ob. cit., N.º 3, recuerda la controversia entre Sabinianos y Proculyanos con relación al principio enunziado.

(2) El Art. 2401 del Código Argentino juzgó necesario proclamarlo en los siguientes términos: "Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa".

(3) Ver nuestro N.º 899.

(4) Ob. cit., pág. 134.

(5) Por una extraña coincidencia —mortificante para los cultores de lo que, entre nosotros, se denomina "jurisprudencia"— ese fallo que contradice de modo tan absoluto y desaprensivo al citado en el texto, se publicó en la pág. 205 del mismo Tomo XXIV de la citada Revista de Derecho y Jurisprudencia.

Un mismo predio puede estar inscrito en favor de distintas personas por causas diversas a la doble venta: A tiene inscrito el inmueble que adquirió de B, que, a su vez, ostentaba una inscripción a su favor derivada de una cadena de antecesores que también exhibían inscripción. No obstante, C también tiene inscrito a su favor el mismo inmueble, inscripción lograda en virtud de haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en los Arts. 101 y 58 del Reglamento del Conservador. (1) El conflicto se ha resuelto en ambos sentidos dándose a veces preferencia al que exhibe inscripción de más antigua data y, en otras, otorgando preeminencia al que, junto con exhibir inscripción, está en "posesión material" de la finca (2).

912.—De la competente inscripción.—Parecería obvio que si la tradición que confiere la posesión de los bienes raíces está representada o simbolizada por la inscripción conservatoria, tal acto, de naturaleza formal y solemne, debe ser ejecutado o cumplido válidamente a fin de que, ante la ley, surta los efectos jurídicos que ella (la ley) le atribuye. Los requisitos de forma de las inscripciones conservatorias están señalados minuciosamente en los Arts. 70 a 87 que constituyen el Título VII del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, intitulado "*De la forma y solemnidad de las ins-*

(1) Ver la opinión del Sr. Aguirre Vargas en ob. cit., pág. 438. El Sr. Herrera Silva, Memoria citada, págs. 61 y siguientes, menciona los fallos publicados en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XVIII, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 37; Tomo XXI, Segunda Parte, Sec. 1.ª, pág. 305; pero, termina inclinándose en favor del que tiene contacto material con la cosa raíz...

(2) Esta solución está, indudablemente inspirada, en aquellas consideraciones que Cimbali logró expresar magistralmente a propósito de la prescripción y que reproducimos en su idioma original: "...II possessore vede in essa il frutto del risparmio e delle fatiche quotidiane; sente ogni giorno, col lavoro e il capitale che vi impiega, crescere l'amore e l'attaccamento alla medesima; fa della sua rendita un cespito sicuro di entrata per la famiglia; si procura nuovi bisogni come aumentano i massi di soddisfazione; e, nella serenità di una coscienza spesso contaminata, prova la gioia e i dolori, le ansie angosciose e i trepidi desideri di chi sa che gran parte della sua fortuna poggia su un oggetto che gli appartiene..."