

DERECHO CIVIL IV

MATERIALES (4)

Posesión

1. Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. Tratado de los derechos reales. Santiago, Editorial Jurídica, 6ª ed., 2005, t. I, pp. 357-425.
2. Hernández, Antonio. Obras Completas. La posesión como institución jurídica social. Madrid, Espasa-Calpe, S.A., 1987, t. II, pp. 23-46.
3. Barros, Enrique. La posesión inscrita ante la doctrina (presentación introductoria a los artículos señalados en los números 4 y 5 siguientes). Materiales de clases del curso de bienes y derechos reales, Universidad de Chile, 1996.
4. Trucco, Humberto. Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil Chileno (con carta de Tomás Ramírez). En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. VII (1910), pp. 131-150.
5. Urrutia, Leopoldo. Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XXXI (1934), pp. 5-12.

I. GENERALIDADES

654. CONCEPTO. La significación *vulgar* de la palabra *posesión* está en armonía con la etimológica, y denota la ocupación de una cosa, el tenerla en nuestro poder, sin que importe mayormente la existencia de título o derecho para ello.

El sentido *técnico* de la expresión varía en las diversas legislaciones. Algunas, como la suiza y la alemana, le dan al concepto el mismo contenido que expresa la idea vulgar, pues consideran la posesión como dominación o potestad de hecho sobre la cosa.¹ Nuestro Código Civil, siguiendo otras inspiraciones, destaca no sólo la relación de hecho de la persona con la cosa, sino un elemento intelectual o psicológico, el *animus*, y establece que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño (art. 700, inc. 1º).

Esta definición traduce la concepción *subjetiva* de Savigny. Dentro de la tendencia *objetiva*, preconizada por Ihering y Saleilles, la posesión "es el poder o señorío que el hombre ejerce de una manera independiente sobre las cosas, con el fin de utilizarlas económicamente, poder que jurídicamente se protege, con prescindencia de la cuestión de saber si corresponde o no a un derecho".²

655. NATURALEZA JURÍDICA. Entre las múltiples discusiones que suscita la posesión está la que versa sobre si ella es un hecho o un derecho.

Savigny sostiene que originariamente, en su principio, y considerada en sí misma, la posesión es un mero *hecho*, porque se funda en circunstancias

¹ C. Civil suizo, artículo 919: "El que tiene la potestad efectiva de la cosa tiene la posesión de la misma. En materia de servidumbres y cargas territoriales, la posesión consiste en el ejercicio efectivo del derecho".

C. Civil alemán, artículo 854: "La posesión de una cosa se adquiere con la obtención del poder de hecho sobre esa cosa".

² DANIEL OVEJERO, *La posesión*, Buenos Aires, edición de 1942, pág. 15.

materiales (*corpus*) sin las cuales no podría concebirse; pero agrega que es a la vez un derecho, por las consecuencias jurídicas atribuidas al hecho y porque hay casos en los cuales los derechos del poseedor son independientes del hecho mismo.

Ihering afirma rotundamente que la posesión es un *derecho*, porque es un interés jurídicamente protegido.

Las disposiciones de nuestro Código Civil aparecen informadas por el pensamiento de que la posesión es un *hecho*, desde la propia definición. Siempre que el Código Civil chileno defina un derecho dice que es una "facultad" o un "derecho"; sin embargo, en cuanto a la posesión, expresa que es la tenencia... y la tenencia es un hecho. Por otra parte, *Pothier*, el autor que más decididamente siguió *Bello* en esta materia, afirma también que "la posesión es un *hecho* más bien que un derecho en la cosa poseída... lo que no obsta que dé al poseedor muchos derechos con respecto a la cosa que posee".³

Estos argumentos bastan para concluir que dentro de nuestro Código Civil la posesión es un hecho. Algunos agregan como prueba de que la posesión no es un derecho, su no inclusión en la enumeración legal de los derechos reales, "únicos entre los cuales podría tener cabida". Pero la razón no es convincente, porque no han faltado autores que han atribuido carácter de derecho personal a la posesión. *Molitor*, por ejemplo, dice que ésta no es un derecho real porque no autoriza la persecución, y tampoco -agrega- es un derecho puramente personal, pues confiere sobre la cosa un derecho inmediato. Sin embargo, se inclina a este último criterio, porque el derecho se manifiesta por la acción, que en este caso sería personal. Finalmente, dice que la posesión, por los motivos expuestos, podría calificarse como "derecho real-personal".⁴

Si se toman en cuenta estos antecedentes, podría replicarse que la ley no cita la posesión en la enumeración de los derechos reales porque no la consideró como un derecho definido o propiamente real.

Hoy día la doctrina considera infundada la antigua disputa sobre si la posesión es un estado de hecho o un derecho subjetivo, y resuelve la cuestión diciendo simplemente que la posesión es un estado de hecho protegido por el derecho.

656. INUTILIDAD DE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO EN MATERIA DE POSESIÓN. "Como la posesión es un hecho, 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. Resulta de esto que el poseedor que obra *sin derecho* está asimilado (naturalmente, sólo desde el punto de vista de la posesión) a aquel que ejerce un derecho realmente existente."

"Por ello -observa *Planiol*-, debemos guardarnos de definir la posesión, como se hace a veces, diciendo que es 'el ejercicio de un derecho'. Sólo lo

³ *Traité de la possession*, Nos. 2 y 82.

⁴ *Molitor*, *La possession, la revendication, la publication et les servitudes en droit romain*, N° 11.

es cuando el derecho existe; pero se puede tener la posesión sin tener ningún derecho que ejercer."⁵ Sin embargo, para salvar esta crítica, muchos definen la posesión como "el ejercicio del *contenido de un derecho*".

657. ELEMENTOS DE LA POSESIÓN. Dentro de la teoría clásica, seguida por el Código Civil chileno, la posesión consta de dos elementos con fisonomía propia e independiente: el *corpus* y el *animus*.

658. a) El "CORPUS". Es un poder físico o potestad de hecho sobre la cosa. Los *glaberos* consideraron que la posesión es la aprehensión material de las cosas.

Savigny afirma que el *corpus* no supone necesariamente el contacto inmediato del hombre con la cosa poseída; consiste en la manifestación de un poder de dominación, en la posibilidad física de disponer materialmente de la cosa, en forma directa e inmediata, con exclusión de toda intrusión de extraños.

Ihering espiritualiza en cierto modo el *corpus*. Sostiene que no es sino la exteriorización del derecho de propiedad; el hecho de conducirse respecto de la cosa como lo haría el propietario; es el conjunto de actos o estado de hecho mediante los cuales se manifiesta el derecho de propiedad con relación a la cosa que constituye el objeto de este derecho.

Sabellus dice que el *corpus* está constituido por un conjunto de hechos capaces de descubrir una relación permanente de apropiación económica, un vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo, entre aquel a quien dichos hechos se refieren y la cosa, que éstos tiene por objeto. En otras palabras, según *Sabellus*, el *corpus* es el conjunto de circunstancias externas que revelan que una cosa se halla subordinada a la explotación de determinada persona.

Para *Ihering*, el *corpus* exterioriza una relación de apropiación *jurídica*; para *Sabellus*, en cambio, implica una relación de apropiación *económica*.

Estos hechos que constituyen el *corpus*, dice el mismo *Sabellus*, no se pueden caracterizar de antemano; el vínculo que subordina una cosa a la explotación económica de determinada persona depende de la forma en que se ejercita el derecho de propiedad, y este ejercicio depende, a su vez, de la naturaleza de la cosa, de la forma de utilizarla desde el punto de vista económico y de los usos de la vida en cierta época y en determinado país.

Esta última teoría es muy dúctil y vaga, pero trata de realizar la adaptación del derecho a los hechos de la vida real.

El Código Civil chileno señala como elemento de la posesión la *tenencia*, es decir, la ocupación material y actual de la cosa, y ocupación significa apoderamiento, tener una cosa en nuestro poder, y se la tiene no sólo cuando existe aprehensión física, sino también cuando hay la posibilidad de disponer materialmente de ella, en forma directa e inmediata, sin injerencia

⁵ *Planiol*, *Traité élémentaire de Droit Civil*, tomo I, N° 2.966.

extraña alguna. Nuestro Código sigue, pues, la concepción del *corpus* sustentada por Savigny, de este hombre que fue gran amigo de Goethe, que también, entre otros, tenía el título de abogado.

659. b) El "ANIMUS". De acuerdo con la llamada teoría clásica o subjetiva, la posesión no sólo implica una potestad de hecho sobre la cosa (*corpus*), sino también la existencia de una voluntad especial en el que pretende poseer. Este segundo elemento es de carácter psicológico o intelectual y se llama *animus*. Consiste en la intención de obrar como propietario, como señor o dueño (*animus domini*), o en la intención de tener la cosa para sí (*animus rem sibi habendi*).

Dentro de la terminología posesoria, también se habla del *animus possidendi*, que algunos identifican como el *animus domini* o con el *animus rem sibi habendi*; pero otros le dan la inteligencia de intención de tener la simple potestad de hecho.

En cuanto a las concepciones sobre el *animus* de las teorías objetivas, las trataremos seguidamente, al hablar de las relaciones entre la posesión y la tenencia.

660. RELACIONES ENTRE LA POSESIÓN Y LA TENENCIA. TEORÍAS. La *relación posesoria*, que es la que se establece entre una persona y la cosa sometida a su poder, puede presentarse en dos formas diferentes; como posesión y como simple detención o tenencia.

El problema que se plantea consiste, una vez dadas las condiciones legales exteriores (*corpus*) de la relación posesoria, en determinar de qué depende que haya posesión o tenencia.

Muchas son las teorías que tratan de resolver la cuestión, pero dos son básicas y principales. Una de ellas, la teoría clásica, subjetiva o de la voluntad, ha sido desenvuelta por Savigny (*El derecho de la posesión*, primera edición alemana publicada en 1803; *Tratado de Derecho Romano*, etc.). La otra teoría, llamada moderna u objetiva, ha sido preconizada principalmente por Ihering (*Fundamento de la protección posesoria*, Iena, 1869; *La voluntad en la posesión*, Iena, 1889).

Segue la corriente objetiva, pero con ideas personales, el juristaconsulto francés contemporáneo Raymond Salicrú (1855-1912), que sintetiza las teorías anteriores y expone sus ideas propias en diversas obras, como *Elementos constitutivos de la posesión* (París, 1894), *La posesión de bienes muebles* (París, 1907), etc.

661. TEORÍA SUBJETIVA, CLÁSICA O DE LA VOLUNTAD. De los dos elementos de la posesión es el *animus* el característico y el que transforma la detención en posesión. Para que haya tenencia basta la detentación material; la posesión, en cambio, exige no sólo la tenencia, sino el ánimo de tener para sí la cosa (*animus rem sibi habendi*) o de tenerla como señor y dueño (*animus domini*). Con un lenguaje místico, dicen que el ánimo de poseer implica "dominar por el alma".

El que haya posesión o tenencia depende, pues, de la *voluntad* de la persona que tiene la cosa; si su ánimo es poseer para ella misma, hay posesión; si su

voluntad es poseer para otro, hay tenencia. Por esta razón de poseer para otro no tenían los meros detentadores en el Derecho romano—salvo casos excepcionales—la protección de los interdictos.

Pero este *animus domini* no sólo debe existir en el fuero interno del individuo, porque de ser así no habría más prueba de él que la declaración del pretendido poseedor: ha de aparecer del título mismo en virtud del cual detenta. Esta es la razón por la que a los meros tenedores, como el arrendatario, no se les reconoce *animus domini*, pues en el título mismo que los autoriza a disfrutar de la cosa reconocen la propiedad de otro.

La idea de la posesión exige el *animus domini*, esto es, que el que tenga la cosa se conduzca a su respecto como propietario; pero no supone la *convicción* de que se es efectivamente. Por eso el ladrón es tan poseedor de la cosa robada como el propietario mismo. Y es bien difícil hallar una persona con más ánimo de tener la cosa como señor y dueño que el ladrón. Si siguiéramos al pícaro "Gil Blas" del francés Alain René Lesage, llegaríamos a conturbarnos, pues sostiene que "a todos les gusta apropiarse de lo ajeno; éste es un sentimiento general; únicamente es distinta la manera de hacerlo" ("*la manière seule de le faire en est différente*"). Pero no sigamos conjeturando. Y pensemos que Lesage se retrató en cierta medida a sí mismo, porque entró a saco en la literatura española, y si no plagió, al menos se apoderó de muchos temas, aunque les dio cierto sello personal.

Hecha la digresión, recordemos que el nombre de teoría subjetiva que se ha dado al sistema preconizado por Savigny se explica por atribuir a la voluntad un efecto preponderante en la caracterización de la posesión.

662. c) TEORÍA MODERNA U OBJETIVA. Ihering no pretende suprimir de la posesión el elemento intencional; pero niega que exista un *animus* especial o calificado, y menos un *animus domini*, para constituir la posesión. Toda relación posesoria implica un *animus*, aun la mera detentación, pues también supone voluntad. Sin ésta, sólo puede concebirse una mera *jurtapositión local* (caso del prisionero que está en contacto con sus cadenas o de la persona dormida a quien se pone algo entre las manos). El elemento intencional es común a la posesión y a la detentación y no consiste en un *animus domini*, sino en el propósito de servirse de la cosa para sus necesidades.

El *animus* y el *corpus* forman en la doctrina de Ihering un todo indivisible, pues "el *animus* y el *corpus*, en materia posesoria, no son más que los dos aspectos de una misma relación. El *animus* es el propósito de servirse de la cosa para sus necesidades, y el *corpus*, la exteriorización de ese propósito. El *corpus* no es, por consiguiente, una simple relación material, la de tener una cosa en su potestad real, sino la manifestación externa de una voluntad y, por ende, no se da sin el *animus*, que es el propósito exteriorizado y hecho visible mediante el *corpus*".⁶

⁶ SALICRÚ, *Elementos constitutivos de la posesión*, versión española de J.M. Navarro, pág. 187.

El elemento intencional no es, pues, distinto ni independiente del *corpus*: está implícitamente contenido en él. De ahí que toda detentación, aunque sea por otro, comprende ambos elementos y es siempre posesión, a menos que una disposición expresa de la ley declare que sólo hay detentación: en tanto no exista ese texto debe reputarse al detentador como poseedor; todo caso de duda debe considerarse como posesión. Consecuentemente, al demandante en materia de posesión le basta probar el *corpus* y a su contrador corresponde acreditar que aquella detentación ha sido privada por la ley de la protección de los interdictos.

El nombre de *teoría objetiva* se explica porque mira al hecho exteriormente visible de la relación posesoria; por regla general, reconoce la posesión en todo poder físico ejercido voluntariamente sobre una cosa.

663. Tesis de SALERUS Salcilles está de acuerdo con Hering en que el *animus* va implícito en el *corpus* y que no es más que el propósito de realizar éste. Pero, a diferencia del maestro alemán, el francés dice que el *animus* no es de una simple detentación o *exploitation* económica, sino de *appropriación* económica. "El acto en que consiste el *animus*—dice Salcilles—, no es el simple acto de tenencia y disfrute de la cosa, es el acto de señorío, y debe ser tal que implique que no hay renuncia a este señorío y, por consiguiente, existe un *animus possidendi* distinto de la voluntad de retener y gozar de la cosa, y luego, distinto del *animus detinendi* (ánimo de conservar la cosa) de que habla Hering."

El *animus* consiste en el propósito de realizar la apropiación económica de la cosa, el propósito de obrar como dueño material de ella.

Toda relación de hecho con la cosa, esté fundada o no en un título jurídico, constituye posesión si demuestra independencia económica del poseedor; es poseedor todo aquel que en el orden de los hechos aparece gozando independientemente, y no lo es el detentador dependiente de otra persona, que posee como instrumento inteligente puesto al servicio ajeno. Ejemplo: los trabajadores que utilizan las máquinas y cosas de las empresas.

No corresponde al legislador, según Salcilles, sin criterio alguno, cuándo hay posesión y cuándo mera detentación. Toca a la doctrina esta determinación con sujeción al criterio económico indicado, y debe señalar los casos de mera detentación deduciéndolos de la vida jurídica y social. No es posible fijar a priori las condiciones reveladoras de la mencionada independencia económica, porque aquellas emergen de las circunstancias sociales, las costumbres y la manera de ver las relaciones jurídicas que unen al hombre con las cosas que explota: todo esto es esencialmente variable y, por consiguiente, no puede encuadrarse en la fórmula rígida de la ley. Hay que atender a lo concreto y, como afirman los dialecticos, usar los principios como un medio para conocer y determinar cada realidad específica.

664. Teoría que sigue el Código Civil chileno. Nuestro Código Civil ha seguido la teoría clásica de la posesión, pues da papel preponderante al elemento psicológico del *animus*. Para adquirir la posesión se necesita el *corpus* y el *animus*, pero para conservarla basta este último.

Diferencia el Código Civil chileno la posesión de la mera tenencia atendiendo al ánimo de comportarse como dueño o no respecto de la cosa. En efecto, define la *posesión* como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o 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" (art. 700, inc. 1°). Y dice que "se llama *mera tenencia* la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene el derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno" (art. 714).

La protección mediante las acciones posesorias, el Código Civil chileno sólo la concede al poseedor y no al mero tenedor.

665. Posición de los Códigos de este siglo. Tales Códigos, como el alemán, suizo, japonés, brasileño, mexicano, peruano, venezolano de 1942, etc., se ven directamente influenciados por la teoría de Hering.

Así, los Códigos alemán y suizo no oponen entre sí la mera tenencia y la posesión. Distinguen entre el poseedor originario y el poseedor indirecto; pero conceden a uno y otro las acciones posesorias.

El Código alemán llama posesión a la detentación y, por consiguiente, suprime el requisito del *animus domini*. Pero se ha observado que para no confundir la posesión con toda simple relación de contacto material, niega el título de poseedores, y, por ende, la protección posesoria a los detentadores que no fueren más que servidores de la posesión o instrumentos de posesión por otro (párrafo 855). El Código suizo, inspirándose en el alemán, prescinde también de toda distinción entre detentación y posesión, y ni siquiera consigna expresamente la excepción del Código germánico respecto de los tenedores dependientes o subordinados.

El moderno Código Civil italiano de 1942, si bien define la posesión siguiendo más o menos los principios de la teoría subjetiva, llega en sus disposiciones a las mismas consecuencias prácticas que Hering.

El Código Civil de *Etiopia*, de 1960 (importante por ser un texto que recoge las direcciones del Derecho Comparado moderno), dice que "la posesión consiste en el señorío efectivo que una persona tiene de una cosa" (art. 1140), o sea, el que en el terreno de la realidad se comporta como dueño es poseedor.

El Código Civil portugués de 1967, reformado en 1977, dice que "posesión es el poder que se manifiesta cuando alguien actúa de la manera correspondiente al ejercicio de los derechos de propiedad o de los otros derechos reales" (art. 1251).

El Código Civil boliviano de 1975 expresa que la posesión es el poder de hecho ejercido sobre una cosa mediante actos que denotan la intención de tener sobre ella el derecho de propiedad u otro derecho real (art. 87, inc. 1°).

El Código Civil peruano de 1984 define la posesión como el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad (art. 896).

666. VENTAJAS DE LA TENDENCIA MODERNA. La consecuencia de la teoría posesoria adoptada por los Códigos francés y chileno es que las acciones posesorias—destinadas a resguardar la posesión—no se conceden a los meros tenedores, como el arrendatario. Estos cuando se ven amenazados o perturbados en su tenencia, están obligados a recurrir al propietario. Lo que entraña dificultades materiales y complicaciones. Y tal no ocurre en las legislaciones que, como la alemana, inspiradas en las ideas de Hering, conceden la protección posesoria en la forma más amplia posible, pues dan las acciones posesorias tanto a los poseedores como a los meros tenedores.

Por otro lado, el ánimo de señor o dueño (fuera de las críticas que provoca esta condición como elemento de la posesión) es, sin duda, muy difícil de determinar exteriormente, máxime cuando el legislador, como en nuestro Código, no proporciona al juez ninguna norma general al respecto. En cuanto al suelo, la ley dispone que se deberá probar su posesión por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, etc., y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión (art. 925); pero ni en este caso especial la norma es segura, porque esos actos pueden ser ejecutados aun por meros tenedores, como un usufructuario o un arrendatario.

Con la teoría objetiva estas dificultades se evitan, sea porque la ley señala los casos en que se niega la protección posesoria, sea porque, para excluir de esa protección, resulta mucho más fácil probar que no se tiene una cosa en su poder para sí mismo, sino para otro.

667-668. FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA. Si la posesión es un simple hecho, como muchos pretenden, resulta un poco extraño que esté protegida jurídicamente.

Las numerosas teorías que han tratado de explicar este fenómeno han sido agrupadas por Hering en *absolutas* y *relativas*, según que justifiquen la posesión por sí misma o la funden en otras instituciones o consideraciones extrañas a ella.

a) Entre las teorías *absolutas*, la más importante es la de la *inviolabilidad de la voluntad*, formulada por Gans e inspirada en la filosofía hegeliana. Sostiene que la detención de la cosa considerada como un acto de la voluntad del sujeto puede encontrarse en armonía con la "voluntad universal" (ley), y en tal caso existe la propiedad, o bien descansar sólo sobre la voluntad particular, y entonces hay posesión. Esta implica la voluntad incorporada a la materia: la voluntad particular contiene en sí algo de substancial y por eso merece protección; cuando la voluntad particular de la persona se aplica a las cosas, es un derecho y debe tratarse como tal.

b) Las teorías *relativas* son muchas. Entre ellas merecen citarse las que siguen Savigny, Aubry y Rau, Hering.

Savigny funda la posesión en la *necesidad de impedir la violencia*. Afirma que el motivo por el que se protege la posesión se encuentra en la relación existente entre el hecho mismo de la posesión y la persona que posee; la inviolabilidad de

ésta protege la posesión contra todo ataque susceptible de afectar al mismo tiempo a la persona. La perturbación de la posesión importa un ataque al estado de hecho de la persona, y si se quiere reparar la violencia de que ha sido víctima, indispensable es restablecer y proteger el estado de hecho, que tal violencia había afectado. En síntesis, Savigny considera los interdictos posesorios como acciones nacidas del delito o perturbación cometida contra el poseedor.

Otros autores, como Rüdorff, también fundan la posesión en la necesidad de impedir la violencia, pero consideran los interdictos posesorios (medios defensivos de la posesión) como medidas de policía destinadas a mantener el orden público y a impedir que los particulares se hagan justicia por sí mismos. El orden material, o estado de hecho que significa toda posesión, por nadie puede ser alterado; lo contrario implica un acto de violencia que, como tal, va contra la paz social y debe ser reprimido por el Derecho. No está permitido hacerse justicia por sí mismo; *quidam non moreris*, es preciso no turbar lo que está tranquilo; el estado de hecho debe ser mantenido hasta que el juez resuelva la cuestión de derecho; el que tiene una cosa en su poder debe conservarla hasta que la autoridad judicial decida.

Una teoría muy difundida, preconizada por Pothier y seguida por Troplong, Aubry y Rau, justifica la protección posesoria por una *presunción de propiedad*: lo que la ley protege y garantiza es, más que la posesión misma, el derecho probable de propiedad que la existencia de aquélla hace suponer.

Hering no basa la protección posesoria en la posesión considerada en sí misma, ni en una presunción de propiedad; la fundamenta lisa y llanamente en la propiedad. Y si es verdad que la protección se extiende a los no propietarios, incluso a los usurpadores, también lo es que el fin principal no podía obtenerse de otra manera que concediendo la protección a todos, a propietarios y no propietarios. Pero hay que recalcar que en la mayoría de los casos la propiedad y la posesión se encuentran reunidas en unas mismas manos; de ahí que la protección de la posesión importa, por lo general, la tutela de la propiedad.

La protección de la posesión, como *exteriorización de la propiedad*, es un necesario complemento de la protección de ésta, una facilitación de la prueba a favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente a los no propietarios. Y la protección posesoria facilita la prueba del propietario que quiere reclamar la cosa de que está privado, porque le evita recurrir a la prueba del dominio, que es larga y difícil, permitiéndole, en cambio, discutir como poseedor y probar el hecho que posea la cosa un año completo. La prueba de la posesión es mucho más fácil y expedita que la prueba del dominio.

Considerando todo lo anterior, resulta comprensible la célebre frase de Hering: "La posesión es la obra de avanzada, el bastión de la propiedad".

En realidad, casi todas las diversas teorías sobre el fundamento de la protección posesoria no son incompatibles; más bien se complementan entre sí, y justifican, en conjunto, dicha tutela o protección.

669. LA POSESIÓN ES, POR REGLA GENERAL, UNA VERDADERA PROPIEDAD APARENTE. Tanto es así que el artículo 700, en su inciso 2º, establece que el poseedor se reputa

dueño mientras otra persona no justifica serlo, porque lo más común y corriente es que la posesión vaya unida al dominio. De ahí que el legislador, ante un poseedor, no puede menos que presumir un derecho de dominio.

Sin embargo, ésta no es una regla sin excepción; por el contrario, como después veremos, hay poseedores que no son dueños de la cosa, y viceversa, esto es, también hay propietarios que no tienen la posesión de la cosa.

670. SEMEJANZAS ENTRE LA PROPIEDAD Y LA POSESIÓN. 1) Tanto la propiedad como la posesión recaen sobre una cosa determinada.

2) Tanto la propiedad como la posesión son exclusivas, es decir, sólo admiten un poseedor o un propietario; lo cual, naturalmente, no excluye la posibilidad de que haya coposeedores, así como hay copropietarios. Pero, en este caso, los poseedores están limitados en sus acciones, como también están limitados los copropietarios.

3) El dominio y la posesión producen varias ventajas, que son más o menos idénticas.

671. 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 relación de hecho.

2) El dominio sólo se puede adquirir por un modo; se puede poseer una cosa, en cambio, por varios títulos (art. 701).

3) El dominio está protegido por una acción real, la reivindicación; la posesión está protegida por las acciones posesorias.

672. VENTAJAS DE LA POSESIÓN. 1) De acuerdo con el artículo 700, inciso 2º, el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifica serlo; lo que en otros términos significa que está amparado por una presunción legal. Si alguien quiere discutirle el dominio, debe probar su calidad de propietario. Aplicando este artículo, la jurisprudencia ha resuelto que si en un juicio se embarga un bien inmueble que está inscrito a nombre de un tercero que no es el ejecutado, el poseedor de ese inmueble para reclamar de este embargo no necesita entablar una tercera de dominio; basta que acredite en el juicio, en forma incidental, que es poseedor, ya que el poseedor se reputa dueño.⁷

2) La segunda ventaja que proporciona la posesión cuando ella es regular, es que el poseedor se hace dueño de los frutos.

3) Finalmente, la posesión sirve de base a la prescripción, que, como sabemos, es un modo de adquirir el dominio.

673. LA MERA TENENCIA. La propiedad, la posesión y la mera tenencia forman una tríada jurídica, en la cual, dentro de los principios que informan

nuestra legislación, lo más perfecto es el dominio y lo más imperfecto, la mera tenencia; quedando en el medio la posesión, que es un dominio aparente.

La mera tenencia se caracterizaría por la falta del ánimo de señor y dueño. Existe en ella sólo un elemento de la posesión, el *corpus*. De aquí que el artículo 714 del Código Civil, sentando una regla general, diga que se es mero tenedor cuando se reconoce el dominio ajeno, cuando se tiene una cosa a nombre de otro. Así, el depositario, el usufructuario y el comodatario son meros tenedores de la cosa.

La mera tenencia jamás puede llevar a la prescripción.

674. LA POSESIÓN COMO INSTRUMENTO REVOLUCIONARIO. En el mundo de hoy existe consenso para exigir que la propiedad esté avalada por una posesión efectiva, real, es decir, que el propietario de un bien lo use y lo haga servir conforme a su destino para propio beneficio y, también, para el de la sociedad toda. No se acepta que se tengan casas para mantenerlas vacías, campos improductivos o industrias sin explotar en consonancia con las necesidades sociales.

Pero hay más. En las doctrinas que pretenden abolir en parte la propiedad privada, al menos la de los medios de producción, asignase a la posesión un rol transitorio con miras revolucionarias, y es el de reconocer fuertes derechos a los poseedores de cosas no ocupadas o trabajadas por sus propietarios. Se ha dicho que la posesión sería un instrumento apto para mellar los derechos de los propietarios en la etapa de la transición al socialismo. En el Código Civil checoslovaco de 1950, algunos creían ver una exhortación palpable de este aserto, por los efectos de aire muy enérgico que atribuía a la posesión (arts. 145 y siguientes).

Una vez consolidado el régimen socialista, por cierto la posesión cedería ante la propiedad no sólo social, sino también ante la particular o personal (bienes de consumo, casas, viviendas, pequeñas explotaciones agrícolas individuales), y la ley les brindaría amplia protección.

675. COSAS SUSCEPTIBLES DE POSESIÓN. La posesión supone cosas sobre las cuales se pueda tener ánimo de señor o dueño, es decir, cosas susceptibles de apropiación o de propiedad privada. En consecuencia, no se puede tener posesión respecto de las cosas comunes a todos los hombres (como la alta mar); de los bienes nacionales de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, mar adyacente, playa del mar, los ríos); y, en general, de las cosas intransferibles, esto es, las que no pueden formar parte del patrimonio.

676. POSESIÓN DE LOS DERECHOS O DE LAS COSAS INCORPORADAS. A pesar de que nuestro Código al definir la posesión se refiere a la *tenencia* de una cosa *determinada*, con lo cual parece dar a entender que sólo se aplica a la cosas *corporales*, puesto que la palabra *tenencia*, gramaticalmente, denota una ocupación material, la verdad es que el mismo Código admite la posesión de las cosas *incorporales*, las que consisten en meros *derechos*. Y así dice que "la pose-

⁷ Sentencia de 10 de noviembre de 1925, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXIV, sec. 1ª, pág. 183.

sión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal" (art. 715).

Ya en Roma se había admitido, en la época postclásica y Justiniana, la posesión de los derechos de servidumbre y de usufructo: es la *quasi possessio*. Pero jamás se extendió ésta a los derechos personales; se mantuvo, pues, en el ámbito de ciertos derechos reales.

En el Mensaje con que se propuso al Congreso Nacional la aprobación del Proyecto de Código Civil se explica especialmente la admisión de la posesión con respecto a *los derechos reales*. En efecto, en uno de sus acápites dice ese documento: "Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario *no posee la cosa fructuaria*, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; *posee sólo el usufructo* de ella, que es un *derecho real* y por consiguiente susceptible de posesión."

Si bien se admite que la posesión se extiende a los derechos reales, hay discrepancia en la doctrina en cuanto a los derechos personales.

Algunos juristas, como el francés Girard y el italiano Chironi, piensan que todo derecho, sea real o personal, es susceptible de posesión.

Otros, por el contrario, y entre ellos se cuentan Ruggiero y Barassi, rechazan la posibilidad de la posesión de los derechos personales. Y estiman que cuando las leyes hablan de la posesión del estado civil o de los créditos, lo hacen en un sentido muy diferente al de una posesión técnica a la que se confiere la protección posesoria.

En nuestro Derecho ésta parece ser la opinión verdadera. La parte del Mensaje del Código Civil más arriba reproducida deja de manifestar que el legislador chileno, por lo que atañe a las cosas incorporales, restringió la posesión sólo a los derechos *reales*. Obsérvese, por ejemplo, que al mencionar el usufructo dice "que es un derecho real, y por consiguiente (o sea, porque es un derecho real) susceptible de posesión".

Pero aún hay derechos reales que no son susceptibles de posesión: las servidumbres *discontinuas* de todas clases y las servidumbres continuas *inaprehensibles*; ni las unas ni las otras pueden adquirirse por prescripción (art. 882).

2. DIVERSAS ESPECIES DE POSESION

677. a) POSESIÓN REGULAR Y POSESIÓN IRRREGULAR. La posesión puede ser regular o irregular. Se llama posesión *regular* la que procede de *justo título* y ha sido *adquirida de buena fe*; aunque la buena fe no subsista después de adquirirla la posesión. Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición (art. 702). Posesión *irregular* es la que carece de uno o más de estos requisitos (art. 708), o sea, es la posesión a la que falta el justo título, o la buena fe, o la tradición si el título es traslativo de dominio.

Tanto la posesión regular como la irregular conducen a la prescripción: la primera da origen a la prescripción *ordinaria* (que es de dos años para los

muebles y de cinco para los inmuebles); la segunda da origen a la prescripción *extraordinaria* (que es de diez años, sin distinción entre bienes muebles e inmuebles).

678. b) POSESIÓN ÚTIL Y POSESIÓN INÚTIL. La posesión se clasifica también en útil e inútil, según conduzca o no a la adquisición del dominio por prescripción.

Poseiones *útiles* son la regular y la irregular, porque *ambas* llevan a la prescripción adquisitiva o usucapión: a la prescripción ordinaria la primera, y a la prescripción extraordinaria la segunda.

Poseiones *inútiles*, dentro de la doctrina tradicional de nuestro país, son las *viciosas*, es decir, la violenta y la clandestina (art. 709). Posesión *violenta* es la que se adquiere por la fuerza; la fuerza puede ser actual o inminente (art. 710). Posesión *clandestina* es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 713).

Algunos consideran que la posesión viciosa representa simplemente *una forma* de la posesión irregular: sería una posesión *irregularísima*. Aducen como prueba de su aserto el Mensaje del Proyecto de Código Civil acompañado al Congreso Nacional. Dicho documento expresa textualmente: "Pero la posesión puede ser *regular* o *irregular*: aquella adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda sin alguno de estos requisitos". En consecuencia, de acuerdo con el Mensaje, no hay más que dos clases de posesión, y posesión irregular sería aquella a la cual falta el justo título, o la buena fe, o ha sido adquirida con violencia o clandestinidad.

Pero otros piensan que la posesión viciosa forma una categoría *aparte* de las posesiones regular e irregular. Y dentro de los que siguen esta corriente, algunos sostienen que la posesión viciosa puede acompañar, en determinados casos, tanto a la posesión regular como a la irregular.⁸ El Mensaje nada probaría en contrario, porque el párrafo aludido, como varios otros, está en pugna con las disposiciones mismas que consagra el Código. Y, así, habla de posesión *adquirida* con clandestinidad, en tanto que el Código define la posesión clandestina como la que se *ejerce* ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 713). Cuando nos retiramos a las posesiones viciosas volveremos sobre este punto.

I. POSESIÓN REGULAR

679. DEFINICIÓN Y REQUISITOS. Se llama posesión regular—dice el Código—la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la

⁸ Véase en este sentido el interesante estudio de Eduardo Brunar G., "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLV, Santiago, 1948, sec. Derecho, págs. 27 a 36.

buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición" (art. 702, incs. 2º y 3º).

En consecuencia, se puede definir la posesión regular como la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe y, si el título es traslativo de dominio, se ha efectuado además la tradición.

Son, pues, elementos constitutivos o requisitos de la posesión regular el *justo título*, la *buena fe* y la *tradición*, si el título es traslativo de dominio.

Notese que para calificar la buena fe se atiende sólo al momento *inicial* de la posesión y que la tradición es *sólo* necesaria cuando se invoca un *título traslativo* de dominio.

La denominación de *justos títulos* se explica —enseña Pothier— porque dan a las personas que mediante ellos adquieren la posesión de la cosa, un justo motivo para creerse propietario, sin que permitan advenir que carezca de esta calidad la persona de la cual ellos han adquirido la cosa y en cuya posesión veían ésta.⁹

La ley no define el *justo título*; el Código, siguiendo un criterio negativo, se limita a enumerar los títulos que no son justos (art. 704).

680. FACTOR QUE NO SE CONSIDERA PARA LA CALIFICACIÓN DEL JUSTO TÍTULO. Para calificar el título de justo no se toma en consideración si la persona de que emana es verdaderamente propietario; no es necesario que el título, para ser justo, sea otorgado por el dueño de la cosa. Así lo prueban diversas disposiciones: a) el artículo 1815, que declara válida la venta de cosa ajena, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa mientras no se extingan por la prescripción; b) el artículo 704, que no enumera entre los títulos injustos la venta de cosa ajena; c) el artículo 683, del cual se deduce que si se vende una cosa ajena y se inscribe la venta, se efectúa la tradición y por este medio el adquirente principia una posesión que le dará derecho a adquirir el dominio de la cosa por la prescripción. El dominio, en este caso, no se adquiere por tradición, pero sí por prescripción.¹⁰

681. CARACTERES DEL JUSTO TÍTULO. 1) Debe tener *apetitud suficiente para atribuir el dominio*; no la tienen los títulos que importan reconocimiento de dominio ajeno, como el arrendamiento, el comodato, la prenda.

2) El justo título debe ser *verdadero*, esto es, de existencia real. Por eso son títulos injustos el falsificado (art. 704, Nº 1º), el meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero (art. 704,

⁹ Pothier, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, Nº 57.

¹⁰ Corte Suprema, 23 de junio de 1928, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, como XXXI, sec. 1º, pág. 241; Corte Suprema, 23 de mayo de 1929, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, como XXVII, sec. 1º, pág. 386; Corte de Santiago 8 de octubre de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, como XXXVII, sec. 2º, pág. 27.

Nº 4º), el simulado absoluta o relativamente, porque es un título meramente putativo.

3) El título debe ser válido, según se desprende del Nº 3º del artículo 704, que declara título injusto el que adolece de un vicio de nulidad. Un título nulo no es apto para atribuir el dominio ni aun en el caso de que el otorgante fuera el dueño de la cosa. Según Pothier, "un título nulo no es un título, y la posesión de que él procede es una posesión sin título".¹¹

682. CLASIFICACIÓN DE LOS TÍTULOS. De acuerdo con el Código, el justo título es *constitutivo* o *traslativo* de dominio (art. 703, inc. 1º); pero la doctrina agrega, además, el título *declarativo* de dominio.

En este punto era más exacto el Proyecto de 1853, porque establecía que los títulos pueden ser constitutivos o traslativos de dominio (art. 896, correspondiente al actual 703), sin referir la clasificación *sólo* a los títulos *justos*, como lo hace el Código vigente. Y el Proyecto era más acertado, porque los títulos *injustos* también pueden ser constitutivos o traslativos; una venta nula, por ejemplo, es un título traslativo, aunque injusto.

683. a) TÍTULOS CONSTITUTIVOS DE DOMINIO. Son los que dan origen al dominio, esto es, sirven para constituirlo originariamente.

Tienen este carácter la ocupación, la accesión y la prescripción (art. 703, inc. 2º).

Producen, al mismo tiempo, la adquisición del *dominio* y la *posesión*, pero puede que en determinados casos no den el *dominio* por falta de algún requisito; en esta situación, si bien no operan como *modos de adquirir*, dan la *posesión* desempeñando su función de *justos títulos* de ésta.

Pero de los títulos constitutivos de dominio sólo la ocupación y la accesión sirven para adquirir la posesión. Ha sido un error del legislador el haber incluido la prescripción entre los justos títulos de posesión, pues la prescripción supone la posesión, "es resultado de ella cuando ha durado el tiempo señalado por la ley; y por la prescripción basada en la posesión se adquiere el dominio: la posesión es necesariamente anterior a la prescripción y no puede ser a la vez causa y efecto de ella".¹² Para adquirir una cosa por prescripción es previo adquirir la posesión de la misma por otro título, sea constitutivo o traslativo.

684. b) TÍTULOS TRASLATIVOS DE DOMINIO. Son los que por su naturaleza sirven para transferir el dominio, como la compraventa, la permuta, el aporte en propiedad a una sociedad, la transacción en cuanto transfere la propiedad de un objeto no disputado.

¹¹ *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, Nº 85.

¹² Claro Solano, ob. cit., tomo VII, pág. 477, Nº 823, in fine; Julio Venancio A., *Del título en la posesión*, Memoria de Prueba, Santiago, 1944, pág. 56, Nº 69; José Claro Vial, ob. cit., pág. 31, Nº 15.

"Hemos visto al tratar de la tradición que para la validez de este modo de adquirir se requiere un título traslativo, causa remota de la adquisición y en virtud del cual el tradente procede a hacer entrega de la cosa al adquirente y éste toma la posesión de ella. La propiedad que otorga el modo de adquirir, da al dueño derecho a la posesión de la cosa, posesión que le es imprescindible para poder ejercitar sus derechos de propietario; y por lo mismo los títulos traslativos de dominio sirven al mismo tiempo de causa para la adquisición de la posesión."

685. c) TÍTULOS DECLARATIVOS DE DOMINIO. Son los que se limitan a reconocer o declarar el dominio o la posesión preexistentes. Nada crean ni transfieren; sólo confirman, reconocen o venifican una situación ya existente.

Son títulos declarativos las *sentencias judiciales sobre derechos litigados*: no forman nuevo título para legitimar la posesión. Así, por ejemplo, la sentencia que declara que el fundo litigado corresponde a Primus por haberlo heredado de su padre, no habilita al ganancioso para adquirir la propiedad, pues ya la adquirió por sucesión por causa de muerte.

Tampoco forman nuevo título las *transacciones en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes* (art. 703, inc. final).

La *transacción* es un contrato por el que las partes, mediante reciprocas concesiones, terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Es un acto simplemente declarativo porque no hay intención recíproca de transferir o adquirir la propiedad, y lo que se renuncia no es la cosa o derecho, sino la *pretensión* que tenía sobre ellos cada una de las partes. Sin embargo, según nuestro Código, la transacción puede constituir un nuevo título en cuanto transfere la propiedad de un objeto no disputado (art. 703, inc. final). En este último caso, de acuerdo con los principios jurídicos, el título traslativo de dominio que se genera no es la transacción propiamente dicha, que por su esencia siempre recae sobre derechos dudosos, sino la convención, la cláusula contractual que se agrega o inserta en la transacción.

Expliquemos con un ejemplo cuándo, en conformidad a nuestra ley, la transacción es título declarativo y cuándo título traslativo. Si Primus y Secundus contuvieran la propiedad de dos caballos y resuelven finalmente que cada uno se quede con un caballo, la transacción se limita a declarar el derecho preexistente de cada una de las partes sobre uno de los animales. Pero si Primus y Secundus convienen en que este último se quede con ambas bestias a cambio de que entregue a Primus una vaca, la transacción es sólo declarativa de los derechos de Secundus sobre los caballos, pues se limita a reconocer su derecho de dominio preexistente sobre ellos; mas, en cuanto a la vaca que Secundus se obligó a entregar a Primus, la transacción es un título traslativo de dominio, pues se traspasa un derecho cierto y no dudoso, cual es el que tiene Secundus sobre la vaca.

686. **QUÉ CLASE DE TÍTULO ES LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE.** La clasificación del artículo 703 se refiere al justo título que procede de actos *entre*

vivos; pero el legislador ha considerado la sucesión por causa de muerte como justo título de posesión regular, según se desprende de diversas disposiciones (arts. 688, 704, 722). No es, evidentemente, un título traslativo de dominio, porque los muertos *no transfieren* sus bienes, los *transmiten*. La sucesión por causa de muerte, como título, cabe dentro de lo que la doctrina llama títulos *derivativos*, que en forma amplia suponen una transferencia de propiedad entre vivos o una transmisión por causa de muerte.

En todo caso, ésta es un justo título, que traspasa al heredero la *propiedad* de las cosas de que el difunto *era realmente propietario* y que, cuando *no lo era*, habilita al heredero para la *posesión regular* de los bienes hereditarios de que el difunto *era poseedor con justo título*. Y es un justo título la sucesión a pesar de que en este último caso no transmita la propiedad, porque si esta consecuencia jurídica no se produce, no es por defecto del título, sino por falta de derecho en la persona del causante, que no puede transmitir lo que no tenía. Así, por lo demás, lo explica Pothier.¹³

687. **LAS SENTENCIAS DE ADJUDICACIÓN EN JUICIOS DIVISORIOS Y LOS ACTOS DE PARTICIÓN.** Generalmente se pone término a la comunidad mediante la *partición de bienes*; esto es, un conjunto de operaciones que tiene por objeto separar, dividir y repartir la cosa o cosas comunes entre los coparticipes, a prorrata de sus respectivas cuotas. La *adjudicación* es el acto por el cual el derecho que cada comunero tenía en la cosa o cosas se singulariza o determina en forma exclusiva con relación a un bien. El dominio colectivo de los comuneros se transforma en individual del adjudicatario con respecto a la cosa que se le adjudica. Propiamente, la adjudicación supone que el bien se destine a uno de los comuneros; sin embargo, en las leyes y en la práctica se habla también de adjudicación cuando el bien común es adquirido en remate por un tercero extraño. De ahí que la Corte Suprema haya dicho que la adjudicación es un mero acto de *singularización o individualización* del dominio, o la *disposición a tercero*, en su caso.¹⁴

Sentadas estas nociones previas, veamos qué título es la adjudicación. El artículo 703 del Código Civil dice que *pertenecen a la clase de los títulos traslativos de dominio* las sentencias de adjudicación en juicios divisorios, y los actos legales de partición. Pero de otras disposiciones resulta que la adjudicación tiene un carácter meramente declarativo y no atributivo o traslativo de dominio. En efecto, el artículo 718 establece que "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". Por su parte, el artículo 1344 expresa que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión".

¹³ *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, párrafo II, "D'une chose pro heredité", N° 62.

¹⁴ Sentencia de 21 de agosto de 1933, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, sec. 1^a, pág. 552.

Así, pues, en tanto el artículo 703 dice que la partición pertenece a la clase de los títulos *traslativos* de dominio, los artículos 718 y 1344 llevan a la conclusión de que se trata de un título meramente *declarativo*.

Teniendo este carácter la adjudicación, sostiene la opinión mayoritaria, *no es un justo título de posesión*; la adjudicación sólo sirve para declarar un dominio anterior ya adquirido, como en el caso de los herederos, por la sucesión por causa de muerte.

Sin embargo, ha sido necesario explicar el sentido del artículo 703, que establece que pertenecen a la clase de los títulos traslativos de dominio las sentencias de adjudicación en juicio divisorio, y los actos legales de partición. ¿Cómo conciliar dicha disposición con aquellas de que se desprende el carácter declarativo de la adjudicación?

Se argumenta, en primer lugar, que al decir el legislador que dichas sentencias y actos pertenecen a los títulos traslativos de dominio, ha querido significar que pertenecen a los títulos *derivativos*, que suponen un dominio antes existente, en contraposición a los títulos *constitutivos*, que se refieren a un dominio *originario*, "porque evidentemente no son constitutivos de dominio desde que recaen sobre cosas ya apropiadas y el adjudicatario adquiere el dominio que tenía su antecesor a quien sucede inmediatamente".

Otra explicación sería que el legislador alude al caso en que el adjudicatario es un extraño y no uno de los comuneros. Es lo que dice una sentencia de la Corte Suprema. "El artículo 703 del Código Civil -afirma nuestro más alto tribunal- se limita a expresar que las sentencias de adjudicación en juicios divisorios *pertenecen* a la clase de los títulos traslativos de dominio; pero *sin incluírlos* entre ellos y sin darles expresamente esa calidad ni reconocimientos que por su naturaleza, sirven para transferir el dominio, como la venta, la permuta, la donación entre vivos. Y si bien el artículo 703 estahuye que pertenecen a la clase de los títulos traslativos de dominio, las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición, ello tiene aplicación respecto de los *terceros* que adquieren la posesión, derivándola de la sucesión del difunto; pero para los *coasignatarios* tales títulos sólo pueden ser declarativos o *determinativos* de dominio, si se atiende a lo que disponen los artículos 718 y 1344 del mismo Código Civil."

Finalmente, también se invoca la historia de la ley. El artículo 836 del Proyecto de 1853, correspondiente al actual artículo 703 del Código, establecía: "Son traslativos de dominio los que por su naturaleza sirven para transferirlo, como la venta, la permuta, la donación entre vivos, o *en una adjudicación judicial*". Con las palabras subrayadas Bello quiso aludir a una adjudicación en *juicio ejecutivo*, en el que realmente hay un título traslativo de dominio, puesto que el adjudicatario o comprador en pública subasta adquiere el dominio del dueño del bien subastado. La Comisión Revisora tergiversó la idea al cambiar la redacción primitiva y referirse a sentencias de adjudicación en juicios divisorios y a actos legales de partición.

688. LA TESIS DE LA ADJUDICACIÓN COMO TÍTULO DE POSESIÓN. No faltan autores y profesores que sostienen que las sentencias de adjudicación y los actos

legales de partición *son títulos de posesión*. Para fijar el alcance declarativo de esas sentencias y actos distinguen la situación del dominio y de la posesión y principalmente entre coparticipes y respecto de terceros. En cuanto al *dominio*, no les cabe duda el efecto declarativo que producen; pero en lo que atañe a la *posesión* y respecto de los *coparticipes*, estiman que el acto legal de partición y la sentencia de adjudicación ponen término a la posesión proindiviso y dan origen a la posesión exclusiva del adjudicatario, por lo que en cierto modo conshuyen un *título de posesión* que puede oponer el adjudicatario a los otros comuneros y que, si concurren las demás circunstancias, le habilita para adquirir por prescripción ordinaria el dominio exclusivo de la cosa.¹⁵

Los que sustentan esta tesis dan diversas razones en favor de la adjudicación como título de posesión. Desde luego, la ley le reconoce expresamente el carácter de justo título (art. 703). La posesión individual comienza a partir de la adjudicación, que pone término a la posesión proindiviso, de naturaleza jurídica diversa. Aunque por el efecto retroactivo de la partición el tiempo que duró la indivisión queda como borrado, la verdad es que esto ocurre en virtud de la adjudicación (art. 718), que es la que determina la posesión exclusiva del adjudicatario, si bien con efectos retroactivos. Estos efectos, desde el punto de vista de la posesión, miran a terceros, pero no a las relaciones posesorias de los comuneros; para éstos su posesión proindiviso cesa en virtud de la adjudicación.¹⁶

El artículo 718 autoriza al adjudicatario añadir el tiempo de la indivisión al de su posesión exclusiva; pero es un derecho *optativo*, y si no lo ejerce, es momento inicial de la posesión el del acto legal de partición. Así, por ejemplo, no es justo título el meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero (art. 704, inc. final). Si se adjudica al heredero putativo una cosa y concurre con los otros herederos, en cualquier momento podrán los demás comuneros ejercer la acción de petición de herencia, y el heredero putativo no podría alegar la prescripción adquisitiva ordinaria; más, de acuerdo con la tesis que se susenta, el heredero putativo puede alegar la prescripción adquisitiva ordinaria respecto de aquellas cosas que le hubieren sido adjudicadas si invoca como título y causa de su posesión el acto legal de partición.¹⁷

Por último, concluyen los que afirman que la adjudicación es título de posesión; no hay que olvidar que el justo título es el que habilita para poseer porque formalmente justifica el derecho a la posesión. Y si es verdad que el dominio de las cosas heredadas se adquiere por la sucesión por causa de muerte, ésta no basta por sí sola para justificar el dominio cuando hay varios herederos: en tal caso es preciso que haya habido adjudicación. Con anterioridad a la adjudicación el heredero es coposeedor, des-

¹⁵ SITICHAKIN, citado por Julio Verdugo A., ob. cit., pág. 65, N° 85, nota 162; Verdugo, según declara expresamente, sigue esta misma tendencia.

¹⁶ Verdugo, ob. cit., pág. 66, N° 86.

¹⁷ Idem.

pues es poseedor exclusivo, y si bien se entiende que lo es desde la muerte del causante, el título que le confiere tal calidad, aunque con efecto retroactivo, es la adjudicación.¹⁸

689. JURISPRUDENCIA. En un principio la jurisprudencia declaró reiteradamente que la adjudicación entre comuneros constituye un título traslativo de dominio,¹⁹ pero posteriormente se ha uniformado en el sentido de que es declarativo.²⁰

A. El justo título

690. DEFINICIONES DE TÍTULO Y JUSTO TÍTULO. Llámase *título*, en materia posesoria, todo hecho o acto jurídico, en virtud del cual una persona adquiere la posesión de una cosa.

No está tomada aquí, pues, la palabra en el sentido de instrumento. Y nótese que cuando algunas veces debe considerarse el documento en que consta un acto jurídico, se lo mira sólo como parte o expresión formal externa de este último.

Por *justo título* se entiende todo hecho o acto jurídico que por su naturaleza y por su carácter de *verdadero y válido es apto para atribuir en abstracto el dominio*.

Se exige que el título sólo en abstracto tenga aptitud para atribuir el dominio, porque se toma en cuenta el título en sí mismo, con prescindencia de otras circunstancias ajenas a él, que, en concreto, pueden determinar que a pesar de su calidad de justo, no se opere la adquisición del dominio. Por eso la venta de cosa ajena es un justo título, que habilita para poseer; pero no da al comprador el dominio: éste no se adquiere, no por defecto del título, suponiendo que sea verdadero y válido, sino porque el vendedor carecía de la propiedad de la cosa vendida.

Títulos injustos

691. CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS TÍTULOS INJUSTOS. No dio el legislador chileno una definición general del título injusto; se limitó a enu-

¹⁸ J. Venuncio A., ob. cit., pág. 87.

¹⁹ Corte Suprema, sentencias de: 9 de enero de 1909, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo VI, sec. 1ª, pág. 348; 23 de diciembre de 1911, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo X, sec. 1ª, pág. 152; 30 de junio de 1919, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XVII, sec. 1ª, pág. 369; 15 de diciembre de 1921, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXI, sec. 1ª, pág. 351.

²⁰ Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomos: I, segunda parte, pág. 386; XXVIII, sec. 1ª, pág. 380; y sec. 2ª, pág. 1, XXX, sec. 1ª, pág. 552; XXXII, sec. 2ª, pág. 53; XXXIII, sec. 1ª, pág. 266; XXXIV, sec. 2ª, pág. 70; XXXV, sec. 1ª, pág. 424; XXXVI, sec. 1ª, pág. 284; Gaceta de los Tribunales, años: 1930, 2º semestre, sentencia N° 108; 1932, 2º semestre, sentencia N° 125, pág. 486; 1939, 2º semestre, sentencia N° 23, pág. 118; etc.

merar *taxativamente* los títulos injustos. Pero esta enumeración, si bien es taxativa, no es específica, es decir, no contempla casos especiales, sino genéricos. Una prueba es la norma que expresa no ser justo título 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 (art. 704, N° 3º). En consecuencia, este número comprende todos aquellos títulos que son nulos por falta de causa, de objeto, por error, fuerza, dolo, etc. La misma disposición deja en evidencia que es genérica, pues emplea el adverbio *como* ("como la enajenación que...") en el sentido de así, equivalente a "por ejemplo".

692. DETERMINACIÓN DE LOS TÍTULOS INJUSTOS. El artículo 704 dice que "No es justo título:

1º El falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende;

2º El conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo;

3º El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido; y

4º El meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior, etc.

Sin embargo, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido".

693. CARACTERÍSTICA GENERAL DE LOS TÍTULOS INJUSTOS. Los títulos injustos se caracterizan en general porque adolecen de vicios o defectos que impiden la transferencia del dominio, por causas que miran a la regularidad del acto mismo y no a la calidad del dueño que invisa o pueda investir el otorgante.²¹ Por eso se dice que el título es injusto cuando adolece de algún vicio o defecto o no tiene valor respecto de la persona a quien se confiere.²²

694. a) TÍTULO FALSIFICADO. El concepto de *falsificación* es amplio. En doctrina, y en general, se distingue: 1) la *falsificación propiamente tal*, que consiste en la creación completa de un instrumento que en realidad no existe; 2) la *falsedad material*, que se produce cuando, existiendo verdaderamente un documento, se altera su contenido material, mediante adiciones o enmiendas; y 3) la *falsedad intelectual* o *falta de autenticidad*, que consiste en ser falsos los hechos declarados o certificados por el funcionario.

²¹ J. Venuncio A., ob. cit., pág. 76, N° 99.

²² Claro Solar, ob. cit., tomo VII, pág. 485, N° 838.

Ahora bien, el artículo 704 dice que no es justo título "el falsificada, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende".

La jurisprudencia ha declarado que es falso un título cuando no ha sido realmente otorgado por las personas que aparecen interviniendo; o cuando no ha sido efectivamente autorizado por los funcionarios competentes que aparecen interviniendo en su otorgamiento; o cuando ha sido adulterado en condiciones que alteran o cambian su naturaleza jurídica.²³ Por tanto, ha dicho esa misma jurisprudencia, no puede calificarse de falso un instrumento en mérito de antecedentes que sólo digan relación con su falta de veracidad, si la falsedad depende exclusivamente de la ilegalidad o inexistencia de la obligación que ese instrumento representa;²⁴ y tampoco puede considerarse falso el documento destruido y reconstituido sobre un papel pegado al respaldado.²⁵

695. b) TÍTULO CONFERIDO POR UNA PERSONA EN CALIDAD DE MANDATARIO O REPRESENTANTE LEGAL DE OTRA SIN SERLO. Es lógico que en este caso el título sea injusto, pues si el que confiere el título no tiene la representación de la persona que dice representar, el acto no empece a esta última y es como si no se hubiera realizado.

De más está decir que si un representante confiere un título relacionado con bienes de su representado, pero no con su representación, el título es también injusto. Es el caso del padre que, atribuyéndose la representación legal que tiene del hijo, enajena bienes de éste comprendidos en su peculiar profesional: el título es injusto porque respecto de esos bienes no tiene representación legal alguna del hijo.

Nótese que falta la representación o el mandato no sólo cuando jamás han existido, sino también cuando, a pesar de haber existido, han cesado antes del otorgamiento del título o el conferimiento de éste implica extralimitación de las atribuciones del representante o el mandatario.

696. TÍTULO CONFERIDO POR UNA PERSONA QUE EXHIBE UN PODER DE OTRA QUE NO TIENE LA CALIDAD DE DUEÑO. Como hemos visto anteriormente, la venta obra a nombre y por cuenta de la persona que representa, si esta última no es dueño de la cosa respecto a la cual el representante confiere un título, el título es justo, tal como lo es el que otorga la misma persona que no es dueño. No se opone a esta conclusión el N° 2° del artículo 704, porque no dice él que sea injusto el título conferido por una persona que exhiba un poder de otra que no tiene la calidad de dueño, sino que

se refiere al que obra como mandatario o representante legal de otra persona sin serlo en realidad.²⁶

697. c) TÍTULO QUE ADOLECE DE UN VICIO DE NULIDAD. El título que adolece de un vicio de nulidad no es justo, pues un título nulo no es apto para operar una transferencia de dominio y, en consecuencia, la posesión no responde a un derecho, a lo menos aparente, que la justifique.²⁷

Se opone a la calidad de justo título tanto la nulidad relativa como la absoluta, pues el legislador no distingue. El Código da un ejemplo de nulidad relativa ("como la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido"); pero se trata de un ejemplo que, como tal, no limita la regla y, por otra parte, si un título nulo relativamente es injusto, con mayor razón debe serlo uno absolutamente nulo.

En la legislación francesa, sólo el título afecto a nulidad absoluta es injusto; el que adolece de nulidad relativa es justo y sirve de base a la prescripción abreviada.

Un título que en un principio fue nulo puede validarse por la ratificación o por otro medio legal, y en tal caso la validación se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título (art. 705). Pero esta disposición sólo es aplicable, naturalmente, a la nulidad relativa, porque la absoluta no admite ratificación ni saneamiento del acto.

698. ¿PUEDE UN TERCERO QUE NO HA SIDO PARTE EN EL CONTRATO VICIADO DE NULIDAD RELATIVA INVOCAR ÉSTA PARA EL EFECTO QUE SE CALIFIQUE DE INJUSTO EL TÍTULO DEL POSEEDOR QUE LE OPONE ESE CONTRATO ALGANDO POSIÓN REGULAR? Es evidente que dicho tercero puede alegar esa nulidad para el efecto de que se califique de injusto el título; pero no podrá hacerlo para que se declare la nulidad del contrato, pues en este sentido carece de acción (art. 1684), porque los efectos de la nulidad de un contrato en que él no ha sido parte no le empecen y, por el contrario, la sentencia que declarase tal nulidad alcanzaría a personas que no han sido parte en el juicio (el otorgante del título). Bien puede, pues, invocar el actor el vicio de nulidad "para el solo efecto de calificar el título de injusto, sin que ello importe una petición de que se declare la nulidad del contrato para los efectos de las prestaciones que se deban los contratantes. En otros términos, puede quedar a firme el contrato y, no obstante, reconocer el tribunal que adolece de un vicio de nulidad que le da el carácter de título injusto. Esta situación se advierte claramente en los juicios reivindicatorios en que el poseedor demandado opone al actor un título que no emana de éste, para alegar prescripción ordinaria".²⁸

²³ Corte Suprema, 8 de enero de 1925, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXIV, sec. 1ª, págs. 188 (considerando 2º, págs. 192); Corte de Chillán, 13 de diciembre de 1946, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLV, sec. 2ª, págs. 10.

²⁴ Véase la primera sentencia de la nota anterior.

²⁵ Véase la segunda sentencia de la nota 23.

²⁶ Corte Suprema, 23 de mayo de 1929, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVII, sec. 1ª, págs. 386.

²⁷ J. Verdugo, ob. cit., págs. 92, N° 128.

²⁸ J. Verdugo, ob. cit., págs. 93-94.

699. d) TÍTULO PUTATIVO. Es putativo el título en cuya existencia cree la persona que lo invoca, si bien no existe en realidad. Quien apela a él se basa en un error, en antecedentes que no son verdaderos o que dejaron de serlo al momento en que se hacen valer. No se trata de un título defectuoso, sino de uno inexistente. Por ejemplo, es meramente putativo el título del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior (art. 704, N° 4º, inc. 1º). No puede ser, pues, poseedor regular el heredero abintestato que se cree heredero por ignorar que existe otro heredero abintestato de mejor derecho; o el legatario que recibe el legado por falta de conocimiento de la revocación del testamento en que fue instituido, revocación que sólo viene a descubrirse más tarde, etc.

Sin embargo—agrega la ley—, al heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; como al legatario putativo el correspondiente acto testamentario que haya sido judicialmente reconocido (art. 704, inc. final). En consecuencia, es justo título de posesión para el heredero putativo, el decreto de posesión efectiva; y para el legatario putativo, el acto testamentario judicialmente reconocido.

Ahora bien, el heredero putativo que ha obtenido la posesión efectiva puede oponer al verdadero heredero que entabla en su contra la acción de petición de herencia, la prescripción de cinco años. En cambio, el heredero putativo que no ha obtenido la posesión efectiva, necesita diez años para adquirir por prescripción la herencia (art. 1269).

La Corte Suprema ha declarado, en relación con este punto, lo siguiente: "El heredero putativo no puede invocar como un medio de adquirir la posesión de una herencia el precepto del artículo 688 del Código Civil, porque tal disposición consagra un modo de adquirir en favor del heredero real o efectivo y no del aparente o putativo, estableciendo que en el momento de deferirse la herencia la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero.

De acuerdo con el artículo 1264 del mismo Código, mediante el ejercicio de la acción de petición de herencia el heredero persigue dos objetivos perfectamente diferenciados: a) que se le adjudique la herencia, y b) que se le restituyan las cosas hereditarias.

Según el artículo 1269, esta acción prescribe en diez años; pero si el heredero putativo a quien por decreto judicial se haya dado la posesión efectiva, ha adquirido el dominio de las cosas por la prescripción de cinco años que el mismo artículo 1269 señala, puede él oponer a la acción de petición de herencia—sólo en cuanto ésta persiga la restitución de las cosas hereditarias—, esa prescripción adquisitiva del dominio de todas las cosas hereditarias o de algunas de ellas."²⁹

²⁹ Casación de fondo, 9 de septiembre de 1953, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo I, sec. 1ª, pág. 362. Véase también en relación con esta materia, el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 31 de julio de 1953, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo I, sec. 2ª, pág. 70.

Expresa el Código que al legatario putativo servirá de justo título el correspondiente acto testamentario que haya sido *judicialmente reconocido*. La ley no exige ni especifica más. Basta, por tanto, *cualquier* reconocimiento judicial, sea en vía contenciosa o voluntaria. Servirá, por ejemplo, la resolución que concede la posesión efectiva al heredero testamentario si en el mismo testamento se encuentra instituido el legado.

El acto testamentario judicialmente reconocido sólo sirve de justo título al legatario de *especie* o *cuerpo cierto*; el legatario de género sólo tiene un crédito contra la sucesión o contra el heredero a quien el testador le impuso esa obligación, y adquiere la especie legada desde la entrega que de ella se le haga.

B. La buena fe

700. CLASIFICACIONES Y CONCEPCIONES DE LA BUENA FE EN GENERAL. Tradicionalmente, se hacen dos clasificaciones de la buena fe.

1) En un sentido, significa prohibid, lealtad, ausencia de intención mala. El Código Civil emplea esta significación cuando dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe (art. 1546).

2) En otro sentido, la palabra traduce la idea de creencia, persuasión, convicción sobre la legitimidad de una situación o hecho jurídico. El Código Civil considera este aspecto al decir que se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe (art. 702).

Surge el problema de determinar si una y otra acepción representan conceptos diversos o si en el fondo constituyen un concepto único. La teoría *dualista* opone la buena fe-estado psicológico (creencia, persuasión, convicción) a la buena fe-estado ético (honestidad, lealtad, ausencia de intención mala). Pero la teoría monista afirma la unidad esencial de ambas nociones, como aspectos de un mismo estado espiritual, que siempre sería, en su esencia, de índole ética o moral, constituido por la honradez o probidad. La común denominación probaría la identidad fundamental de la buena fe-lealtad y la buena fe-creencia. No admiten, pues, los monistas ninguna buena fe desprovista de tintes éticos y rechazan toda noción puramente intelectual de la misma.

701. DETERMINACIÓN DE LA BUENA FE-CREENCIA. La buena fe-creencia adquiere importancia práctica cuando proviene de un error. Ahora bien, para que exista buena fe es suficiente, según algunos, la ignorancia de la falta de derecho; la buena fe se determinaría de una manera *negativa*, por contraposición a la mala fe: existiría la primera cuando el sujeto no tuviera conciencia de su falta de derecho o de la ilegitimidad de su situación. El único requisito o elemento esencial de la buena fe sería la ignorancia o el error, siendo indiferente que la creencia falsa sea excusable o inexcusable. El hecho de que la ley positiva exija, a veces, que el error sea excusable, producto de una conducta diligente, no querría decir que la buena fe por sí misma

suponga un error calificado, excusable; sólo significaría que, para los efectos propios del acto de que se trata, el legislador impone, además de la buena fe, un nuevo requisito, la excusabilidad de la falsa creencia. Y tanto es así, dice Bonfante, que en el Derecho romano la *mala fides* era la antítesis de la *bona fides*, y la *negligentia* lo era de la *diligentia*, pero nunca de la *bona fides*. Y es por esto —agrega— que ciertos textos establecen que basta conducirse con *bona fides* y, en cambio, otros exigen además *diligentia*.

Sin embargo, a juicio de la opinión mayoritaria, la buena fe representa algo más que la mera ausencia de mala fe; es una convicción *positiva*: la firme creencia de no obrar contra derecho, de actuar legítimamente. Y esta persuasión sólo puede ser verdadera si tiene un fundamento de razón o que pueda aceptarse como justo.

702. LA MALA FE, EL DOLO Y EL FRAUDE. De acuerdo con lo anterior, la mala fe, como antítesis de la buena en el sentido de lealtad o ausencia de intención malevolenta, no es otra cosa que la deslealtad o la intención de dañar o perjudicar. Como idea contraria a la de la buena fe-creencia, el concepto de mala fe está condicionado, lógicamente, al que se tenga de la buena fe. Si para la existencia de ésta sólo se exige que la falsa creencia derive de un error, la mala fe será simplemente el conocimiento de la falta de derecho o de la ilegitimidad de una situación. En cambio, si se considera buena fe únicamente la que emana de una creencia excusable o diligente, mala fe será no sólo el conocimiento de la falta de derecho, de la ilegitimidad de una situación, sino también la creencia errónea, pero no excusable o diligente, de tener un derecho, de actuar legítimamente.

Como observa un autor, la mala fe no es la única noción antitética de la buena fe; también lo son el fraude y el dolo. Este último jamás traduce una creencia errónea en el que lo emplea; por tanto, sólo debe distinguirse de la mala fe-deslealtad o intención de dañar o perjudicar. Por lo que toca al fraude, es un concepto todavía más complejo: puede ser a la vez un estado del conocimiento y una disposición de la voluntad.³⁰

No resulta fácil la distinción entre mala fe, dolo y fraude. Lejos está la doctrina de haber clarificado y delimitado estos conceptos, que guardan tan estrecho parentesco. Hace notar Demogue que el autor Bedarride, después de escribir cuatro volúmenes exclusivamente sobre el dolo y el fraude, no es capaz de expresar una distinción neta entre estas figuras.³¹ Ripert, en uno de sus libros,³² analiza los diversos aspectos del fraude, pero no logra dar

³⁰ GARAND LYON CAEN, "De l'évolution de la notion de bonne foi", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo 44, año 1946, N.º 2, págs. 77.

Véase también: GÓMEZ ACEÑO, "La buena y la mala fe en el Código Civil", *Revista de Derecho Privado*, año XXXVI, Madrid, 1952, especialmente págs. 192 y siguientes; y JOSÉ MARIÁ PIÑEZ, *La buena fe en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia*, Memoria de Prueba, Concepción, 1950; ANITA RICHARDS A., *La mala fe en el Código Civil*, Memoria de Licenciación, Santiago, 1961.

³¹ DEMOGUE, *Das obligations en general*, tomo I, págs. 536, nota 3.

³² *La règle morale dans les obligations civiles*, N.º 157 y siguientes.

una fórmula general, y se limita a decir que es una de las manifestaciones de la mala fe.

A juicio del redactor, el dolo, dentro de la celebración de los actos jurídicos y mirándolo desde el lado de la parte que se vale de él, es una especie de mala fe que se caracteriza por la intención de producir en una persona un error o de mantenerla en él para determinarla, por virtud de tal error, a emitir una declaración de voluntad que, de otro modo, no emitiría o emitiría en otro sentido o condiciones.

El fraude —que representa otra especie de mala fe— es uno de esos conceptos que se sienten pero que resulta angustioso definir. No constituye —como el error, el dolo o la violencia— un vicio de la voluntad del declarante, sino un *comportamiento ilícito* de su autor y consiste en un obrar malicioso, desleal, que se sabe que producirá un daño a otro, aunque la intención directa del que se vale de él pueda no ser esa.³³ Por tal razón no es impredecible para la existencia del fraude civil la intención de dañar; basta el conocimiento del daño que se va a causar con el medio empleado.

Insístese, en un esfuerzo de clarificación, que el *fraude* es un obrar malicioso y desleal en daño ajeno, conducta en la cual debe percibirse, agravada, la mala fe en sentido objetivo (mala fe-estado ético o deslealtad). Sin embargo, agrégase, no debe mirarse el fraude como una especie de dolo considerado como vicio del querer y, menos todavía, como una forma de simulación (Messineo).

703. CONCEPTO DE LA BUENA FE EN MATERIA DE POSESIÓN. El primer requisito de la posesión regular, el justo título, según vimos, no se encuentra definido por la ley; pero sí el segundo, la buena fe, que "es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio" (artículo 706, inciso 1º).

"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" (artículo 706, inciso 2º).

La creencia que importa la buena fe debe ser *firme*: el que duda de la legitimidad de la adquisición, posee de mala fe. Trasluce claramente esta idea las palabras que usa la ley: "conciencia", "persuasión"; implican ambas un convencimiento y no una aprensión o un juicio vacilante.

704. MOMENTO EN QUE SE REQUIERE LA BUENA FE PARA LA EXISTENCIA DE LA POSESIÓN REGULAR. El Derecho Comparado revela que no están de acuerdo las legislaciones respecto a si basta la buena fe *inicial* del poseedor o si es preciso que *continúe* la misma durante todo el tiempo de la posesión o prescripción. El Derecho romano aceptó el primer criterio reflejado en la regla de que la mala fe sobreviniente no perjudica (*mala fide superveniens non nocet*). El Dere-

³³ Véase MESSINEO, *ob. cit.*, vol. I, párrafo 15 bis, N.º 17, págs. 148.

cho canónico, por el contrario, desde la Edad Media tiene establecido que la buena fe debe subsistir durante todo el plazo de la prescripción. El Código alemán consagra esta misma solución (art. 937).

El Código francés siguió el principio romano. También el nuestro se pronunció en el sentido de que basta la buena fe *inicial* para la existencia de la posesión regular. En efecto, el legislador chileno dice que se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido *adquirida* de buena fe, aunque ésta no subsista después de adquirida la posesión; por consiguiente, se puede ser poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular (art. 702, inc. 2°).

El Código ha aceptado esta solución benigna, dicen Coln y Capitant,³⁴ porque ha pensado, sin duda, que el que entra en posesión ignorando el vicio que afecta al acto traslativo en virtud del cual tiene la cosa, no es merecedor de grandes reproches si, al conocer después la falta de derecho de su causante, conserva, sin embargo, la cosa poseída. La ley impone la honradez, pero no la delicadeza. La prescripción ordinaria será concedida a este poseedor, de virtud mediocre, sí, pero que en ningún caso puede asimilarse a un estafador.

705. CARÁCTER PERSONAL DE LA BUENA FE. La buena fe es un elemento personal o individual, y exige la consideración de los antecedentes del caso para establecerla.³⁵

Para determinar si el poseedor es regular o no, hay que mirar sólo al poseedor mismo; la buena fe no se traspasa de un poseedor a otro.

706. PREGUNTA DE HECHO Y DE DERECHO RELATIVAS A LA BUENA FE. Según varios fallos de la Corte Suprema, la buena fe considerada como requisito constitutivo de la posesión regular es un hecho que corresponde establecer privativamente a los jueces del fondo, mediante el examen y apreciación de los diversos antecedentes que suministra el proceso. Escapa, por tanto, a la censura de la Corte de Casación,³⁶ Empero, una sentencia del mismo tribunal declara ser una cuestión jurídica y no de hecho la calificación de la buena o mala fe del poseedor.³⁷

Nosotros pensamos que un análisis de la esencia de los dos asertos lleva a la conclusión de que son conciliables. La ley, para considerar que existe buena fe en el poseedor, le exige tener conciencia de la legitimidad de su adquisición, es decir, le pide una creencia firme y reflexiva sobre dicha

³⁴ Curso elemental de Derecho Civil, traducción castellana, tomo II, volumen 2, Madrid, 1923, págs. 933-934.

³⁵ Corte Suprema, 23 de julio de 1928, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVI, sec. 1ª, págs. 241.

³⁶ Corte Suprema, sentencias de 17 de octubre de 1905, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo III, sec. 1ª, págs. 161 (considerando 6º, págs. 171), y de 22 de mayo de 1929, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVII, sec. 1ª, págs. 336.

³⁷ C. Suprema, 27 de julio de 1954, R. de D. y J., tomo LI, sec. 1ª, págs. 325.

legitimidad. Determinar si un individuo tiene esa conciencia, esa persuasión, o sea, la buena fe, importa apreciar una cuestión de hecho, privativa del tribunal de fondo, no censurable por la vía de la casación. Nada significa que sea controvertible u opinable si la conducta del poseedor es constitutiva de buena fe; desde el momento en que la establece el tribunal de fondo, el de casación no puede enmendar el punto, porque se trata de un hecho, de la apreciación de un hecho. Cosa distinta es si el tribunal de fondo consideró de buena fe a un poseedor que no tiene la creencia firme de la legitimidad de su adquisición, que denota dudas sobre ella; en esta hipótesis, si dicho tribunal, por equidad o cualquiera otra razón, mira como de buena fe a ese poseedor, se pronuncia sobre una cuestión jurídica e infringe la ley, porque entra a calificar una situación con prescindencia de un elemento que aquélla toma en cuenta para configurar ésta.

707. INFLUENCIA DEL ERROR EN LA BUENA FE. El error puede referirse a un hecho determinante de la posesión, o al *derrocho*, es decir, a las disposiciones legales que establecen las condiciones de validez del acto de que procede la posesión.³⁸

a) *Error de hecho*. Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe (art. 706, inc. 3°).

No cualquier error es compatible con la buena fe; sólo lo es el justo error de hecho, y debe entenderse por tal, según el significado natural y obvio de las palabras, el que tiene un fundamento de razón o aceptable conforme a los principios de justicia.³⁹ Corresponderá en cada caso determinar al juez. Habría, por ejemplo, un justo error de hecho de parte del que compra una plegadera de marfil a una persona conocida y a la cual ha visto por mucho tiempo usar como suya, aunque en realidad no le perteneciera. Pero no concurriría un justo error de hecho si el mismo objeto se comprara a un desconocido que, por diversas circunstancias, revela o parece que lo ha habido mal. De la misma manera -y para poner un ejemplo clásico- habría justo error de hecho si la compra se hiciera a un menor de edad que afirma ser mayor y cuya apariencia física parece corroborar la aserción; pero si a pesar de ésta, el aspecto del vendedor es ostensiblemente el de un menor de edad, no podría aducirse por el comprador una justa causa de error.

Digamos, de paso, que es fácil engañarse con los cretinos, que cuando son jóvenes parecen viejos, y que cuando llegan a la vejez "parecen más jóvenes de lo que son, porque suelen modificarse muy poco físicamente".

b) *Error de derecho*. Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario (art. 706, inc. final). Es una consecuencia del principio de que nadie puede alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia (art. 8°).

³⁸ Claro Solaz, ob. cit., tomo VII, págs. 493, N° 832.

³⁹ Don Luis Claro Solaz llega a la conclusión de que justo error de hecho es aquel en que puede incurrir una persona prudente y que presta a sus negocios el cuidado ordinario y mediante un buen padre de familia (ob. cit., tomo VII, págs. 493, N° 833). Véase la retención a la tesis que liga la inexistencia de culpa a la buena fe, en G. Lyon Caen, ob. cit., págs. 99-100, N° 29.

Y así, por ejemplo, no podría invocar la buena fe el comprador del inmueble de un menor si la venta se realizó sin las formalidades prescritas por la ley, aunque creyera que el representante legal podía celebrar el contrato por sí solo.

En otras legislaciones el error de derecho no se opone a la buena fe. La gran mayoría de los autores franceses opina en este sentido, porque la ley de su país no contiene distinción alguna al respecto entre error de hecho y de derecho. Sin embargo, como excepción, no se admite alegar la buena fe si el error de derecho implica transgresión de una disposición de orden público. En cuanto a la presunción de buena fe, se limita al error de hecho; el error de derecho está obligado a justificarlo el que lo invoca, "pues a nadie es permitido ignorar la ley".

708. APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA PRESUNCIÓN DE MALA FE SOBRE EL ERROR DE DERECHO. La regla de que el error de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario no es de aplicación general. Se refiere sólo a la posesión, según se desprende del mismo Título en que se encuentra y de los antecedentes sobre esta materia. Si la disposición del inciso final del artículo 706 se hiciera extensiva, por ejemplo, a los contratos, resultaría el absurdo jurídico de que por el solo hecho de declararse la ilegitimidad de ellos, se declararía también la mala fe de las partes, y por tratarse de una presunción de derecho no les sería permitido probar lo contrario.⁴⁰

709. PRESUNCIÓN DE BUENA FE: EXCEPCIONES. La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe debe probarse (art. 707).

Si se quiere alegar posesión regular no es necesario, pues, probar la buena fe; basta exhibir justo título, pues la buena fe se presume. La parte que impugne ésta deberá probar la mala fe del poseedor.

La buena fe no se presume sólo en los casos en que la misma ley establece la presunción contraria. Y, así, la ley dispone que el error de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario; que constituye mala fe en los poseedores de los bienes del desaparecido el haber sabido y ocultado la verdadera muerte de éste, o su existencia (art. 94, regla 6^a); que la existencia de un título de mera tenencia hace presumir mala fe, y no da lugar a la prescripción extraordinaria, a menos de concurrir determinadas circunstancias (art. 2510, regla 3^a).

710. GENERALIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE. La jurisprudencia chilena, como la francesa, no limita la presunción de buena fe a la posesión; la extiende a todo el ámbito del derecho, y sea que se trate de la buena fe-

⁴⁰ Corte de Concepción, 3 de abril de 1894, Gaceta de los Tribunales, año 1894, tomo I, pág. 583, sentencia 773.

creencia (subjetiva) o de la buena fe-faith de conducta (buena fe objetiva). Ha recalcado que el principio de la presunción de la buena fe impera no sólo en la esfera del Derecho Civil o del Derecho Privado, sino que, con trascendencia más amplia, en todo el campo jurídico. Y esto porque la ley presume lo normal, habitual y corriente, esto es, la reacción normal de un sujeto de derecho (conciencia y actuación de buena fe).⁴¹

La doctrina apoya en diversas razones la aplicación general de la presunción de buena fe. Dice que los términos en que se establece en el artículo 707 son muy generales y comprensivos, sin que se pueda aducir en pro de una aplicación restrictiva el hecho de que la disposición esté ubicada en el Título "De la posesión", porque hay muchas normas en el Código que tienen carácter general a pesar de encontrarse escritas dentro de una materia determinada. Por ejemplo, la teoría de la prueba se aplica a todos los actos y hechos jurídicos no obstante el legislador trataría sólo como prueba de las obligaciones. Del mismo modo, las normas sobre los "intereses" son de aplicación general sin embargo de considerarse la ley en el mutuo.

Se agrega que la mala fe guarda parentesco estrecho con el dolo, y si se pretendiera que la buena fe debe probarse, equivaldría a sostener que la presunción es la mala fe y no la buena. Y esto no estaría en el espíritu del legislador, según fluye del artículo 1459, que en forma expresa dice que el dolo no se presume.

Finalmente, en favor de la tesis de que la presunción de buena fe es general y no sólo aplicable en materia de posesión, se dice que únicamente en el artículo 707 el legislador establece la presunción de buena fe y, por el contrario, en muchos casos determinados sienta en forma expresa la presunción contraria. Y esto demostraría que es la buena fe la que se presume y no la mala: si el legislador en casos específicos se ve obligado a declarar expresamente la presunción de mala fe, es porque se trata de excepciones; la regla general no necesita ser reiterada.

Los que sostienen que la presunción de buena fe sólo se circunscribe al campo de la posesión, arguyen que las presunciones legales son preceptos de excepción y, por ende, de interpretación restrictiva, que no pueden extenderse a otros casos que los expresamente consagrados por la ley. Al redactor le parece inaudito este argumento. Porque sostiene implícitamente una presunción general de mala fe que en ninguna parte el legislador ha establecido. Si cada vez cuando no hay un texto expreso se impone cargar con la prueba de la buena fe, prácticamente se erige en presunción la mala fe. ¿En qué queda entonces el argumento de que las presunciones legales son de derecho estricto? La verdad es que por este camino la convicción no llega. Pero sí del hecho de que las presunciones de mala fe sean siempre específicas o taxativamente declaradas, lo cual demuestra que, por lógica, la

⁴¹ Corte de Santiago, 14 de diciembre de 1911, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XI, sec. 1^a, pág. 294 (considerando 7^o, pág. 298); Corte Suprema, 10 de octubre de 1931, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXIX, sec. 1^a, pág. 75; Corte de Concepción, 22 de marzo de 1971, revista citada, tomo LXVIII, sec. 2^a, pág. 7 (considerando 16, pág. 14).

regla general o el principio subentendido es el contrario, el de la buena fe, que, por lo demás, se conforma con lo normal y corriente. Resulta obvio exigir prueba a lo que se aparta de la normalidad.

Como dijimos, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado por la tesis de que la presunción de buena fe es general y que no sólo rige en la posesión. Ha aplicado principalmente este criterio en la institución del *matrimonio putativo*. Este, en términos generales, es un matrimonio nulo, celebrado ante el oficial del Registro Civil, que produce los mismos efectos que el válido en razón de haberse contratado de buena fe y con justa causa de error, por ambos cónyuges o uno de ellos.

Ahora bien, la Corte Suprema ha dicho que la buena fe de los cónyuges se presume y no necesita ser alegada.⁴²

También en Derecho Público, en materia tributaria, los jueces aplican el principio cuando un texto legal expreso no exige determinadamente la prueba de la buena fe.

C. La tradición

711. CUÁNDO ES REQUISITO DE LA POSESIÓN REGULAR. Para que la posesión regular tenga existencia legal y pueda invocarse como base de la prescripción adquisitiva ordinaria, es necesario que proceda de justo título y haya sido adquirida de buena fe. Tales condiciones bastan cuando se invoca un título constitutivo de dominio; pero cuando la posesión arranca de un título *translativo* de dominio, es preciso no sólo que la posesión proceda de justo título y haya sido adquirida de buena fe, sino también es menester que se haya realizado la *tradición* (art. 702, incs. 2º y 3º).

La diferencia según el título invocado se explica. Tratándose de título constitutivo de dominio, no se requiere la tradición porque él importa un modo de adquirir que por sí mismo da la posesión; pero los títulos traslativos de dominio (como la venta, la permuta, la donación entre vivos) sólo dan un derecho personal para exigir la tradición, y es ésta la que coloca la cosa en poder del adquirente.

712. PRESUNCIÓN DE TRADICIÓN. La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hace presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título (art. 702, inc. final). En este último caso la presunción no entra en juego, porque, de acuerdo con la ley, la inscripción del título es la única manera de efectuar la tradición.

Por tanto, la presunción de la tradición basada en la posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, queda reducida a los bienes muebles y a las servidumbres, pues su tradición no se efectúa por

⁴² Véase la segunda sentencia citada en la nota anterior.

la inscripción del título. Pero —subrayamos— la presunción de tradición en referencia es inaplicable al dominio de los bienes raíces y a los derechos reales constituidos en ellos que deben transferirse por la inscripción del respectivo título en el Registro del Conservador; a su respecto, la inscripción es el único medio que la ley reconoce de realizar la tradición.

II. POSESIÓN IRREGULAR

713. DEFINICIÓN. Posesión *irregular* es la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular (art. 708). Por tanto, es la posesión que no procede de un justo título, o ha sido adquirida de mala fe, o sin que haya mediado la tradición si el título es traslativo de dominio. Si no concurre uno de estos requisitos, la posesión es irregular; con mayor razón es si faltan dos o más.

714. BENEFICIOS DE LA POSESIÓN IRREGULAR COMPARADOS CON LOS DE LA REGULAR. La posesión es un hecho que produce consecuencias jurídicas. Se traducen éstas en otros tantos beneficios para el poseedor. Pero las ventajas del poseedor irregular son mucho menores que las del regular.

1) Tanto uno como otro pueden adquirir por prescripción el dominio de la cosa poseída; pero al poseedor regular le basta la prescripción adquisitiva *ordinaria* (que es de *dós años* para los *muebles* y de *cinco años* para los *bienes raíces*, conforme al artículo 2508); en cambio, el poseedor irregular necesita de la prescripción adquisitiva *extraordinaria*, que es de *diez años*, sin distinción de muebles y bienes raíces (art. 2511).

2) Sabido es que la *reivindicación* es la acción que tiene el *dueño* de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 889). Pero la ley concede esta misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión *regular* de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. Es la acción *publiciana* del Derecho romano. No vale, si, ni contra el verdadero dueño ni contra el que posea con igual o mejor derecho (art. 894). La acción reivindicatoria del artículo 894 o *publiciana* sólo está, pues, a disposición del poseedor *regular*; el que tiene la posesión irregular no puede valerse de ella.

3) La presunción de que el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo (art. 700, inc. final), se aplica tanto al poseedor regular como al irregular: la ley no distingue.

4) Los interdictos posesorios pueden entablarse tanto por el poseedor regular como por el irregular, pues la ley no limita este beneficio al primero. En efecto, el Código Civil, después de expresar que las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos (art. 916), agrega que no puede instaurarse sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo (art. 918), año que se cuenta hacia atrás desde la fecha del embar-

zo o despojo. Cumpléndose los requisitos de la tranquilidad y continuidad de la posesión por un año completo, hay derecho para usar de los interdictos si ha habido embarazo o despojo de la posesión; es indiferente que ésta sea regular o irregular.

III. POSESIONES VICIOSAS

715. ESPECIES. Son posesiones viciosas la *violenta* y la *clandestina* (art. 709).

716. a) POSESIÓN VIOLENTA. Posesión *violenta* es la que se *adquiere* por la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente (art. 710), es decir, puede consistir en vías de hecho o en amenazas.

El carácter violento *inicial* es el que vicia la posesión; si el origen de ésta es pacífico y la fuerza se emplea después para mantenerse en la posesión, ella no deja de ser pacífica.

Pero el que *en ausencia del dueño* se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento (art. 711). Y existe el vicio de violencia sea que 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 (art. 712, inc. 1°).

La solución relativa al caso del que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, es la misma que consagraba el Derecho romano, de acuerdo con la opinión de Ulpiano (Digesto, libro 40, título 2, fragmento 6, párrafo 1). Y la explicación, según Pothier, es sencilla: el dueño que se ausenta de la heredad conserva la posesión por la voluntad que tiene de volver a ella y, por tanto, sólo en el momento en que se le repele por el que ha entrado en la propiedad, se consuma el despojo de la posesión mediante la fuerza. Pero el fundamento que da Pothier no es valadero dentro de las disposiciones de nuestro Código, según el cual "se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya..." (art. 726). En realidad, como dice Claro Solar, "el artículo 711 ha consagrado una regla tradicional, que antes se aplicaba principalmente tratándose de la posesión de bienes raíces, y que hoy se halla considerablemente restringida en su aplicación práctica, desde que la posesión de los bienes raíces inscritos en el Registro del Conservador no se pierde sin la cancelación de la inscripción".⁴³

La ley dice que es también poseedor violento el que en ausencia del dueño se apodera de la cosa y volviendo el dueño *le repele*. Se ha entendido que se repele al dueño no sólo cuando se le arroja con violencia, sino también cuando simplemente se le rechaza y se le niega la devolución de la cosa. La Corte Suprema ha establecido que si el querrelado detenta injustamente el inmueble sobre el cual versa el interdicto y no permite la entrada

de los querrelantes, sus legítimos poseedores, implícitamente afirma la calidad violenta de su posesión (la del querrelado).⁴⁴

717. INDIFFERENCIA DE LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA VIOLENCIA. Existe el vicio de violencia, sea que 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 (art. 712, inc. 1°).

Es indiferente, pues, para caracterizar la posesión de violenta, el sujeto que sufre las vías de hecho o las amenazas, porque lo que le da a la posesión el carácter de violenta es la fuerza empleada para adquirirla y no la persona contra la cual se ejercita.

Por otro lado, lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente (art. 712, inc. 2°).

La solución en cuanto a los casos en que la violencia no es obra personal del que adquiere la posesión por ese medio y que es ratificada por el interesado después de producida, es una aplicación lógica de los principios generales de la representación.

718. CARACTERES DEL VICIO DE VIOLENCIA. 1) La violencia es un vicio *relativo*; sólo puede invocarse por la persona que ha sido víctima de las vías de hecho o de las amenazas. Si el poseedor actual expulsó a una persona que se pretendía propietario, evidente es que tiene una posesión violenta con respecto a ella; pero si el verdadero propietario es un tercero, a quien los actos violentos no han alcanzado, la posesión estará exenta de violencia en cuanto a él y no podrá alegar la fuerza ejercida contra la persona que pretendía ser dueño.⁴⁵

2) También se dice que la violencia, en nuestro Código, como en el francés, es un vicio *temporal*: el carácter vicioso de la posesión desaparece desde que la violencia cesa. Si bien el Código Civil chileno carece de una disposición expresa en el sentido indicado, la mayoría de los autores concluye que la posesión deja de ser viciosa desde que la fuerza cesa. Para justificar el aserto dicen que "desde que el último acto de violencia se produce, el dueño o poseedor violentado puede entablar la acción posesoria correspondiente dentro del año siguiente a ese último acto de fuerza. Si no la entabla, es de presumir que ha intervenido algún acomodo entre él y el que empleó la fuerza, y en todo caso, habiendo sido tranquila y sin acto alguno de violencia la posesión de este último durante un año, es él quien tendrá a su favor la acción posesoria para amparar o recuperar su posesión; y si esta posesión tranquila se prolonga durante diez años, se presumirá de derecho

⁴⁴ Sentencia de 7 de agosto de 1928, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVI, sec. 1ª, pág. 446 (considerando 8º, pág. 450).

⁴⁵ PLANIOL, *Tratado elemental de Derecho Civil*, "Los bienes". Traducción castellana de la 12ª edición francesa, México, 1945, pág. 105, N° 2.280.

la buena fe y podrá prescribir el dominio, a pesar del vicio original con que la inició".⁴⁶

Otros dicen que la *posesión violenta es, relativamente a la prescripción, perenne y de mala fe aunque case de hecho la violencia*, pues la posesión se califica de violenta atendiendo al momento de su adquisición. El hecho de que tratándose de las *acciones posesorias* dé el Código a entender que es un vicio temporal, no altera la situación anterior, pues son diversos los fundamentos que se han tenido en vista para hacer temporal el vicio en materia de interdictos posesorios. En efecto, la única manera de evitar la justicia privada es dando acciones judiciales a los interesados y este propósito no se conseguiría si aquellas se negaran al que, no obstante haber iniciado violentamente su posesión, posee hoy tranquila y pacíficamente; además, en los juicios posesorios sólo se discute una cuestión de hecho: la posesión. Y por último es razonable que se le concedan acciones posesorias al que ha poseído tranquilamente un año o más.⁴⁷

719. b) *POSESIÓN CLANDESTINA.* La *clandestinidad* de la posesión es un vicio que se opone a la cualidad de *pública*. Y es *clandestina* la posesión que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 713). Por tanto, no es necesario que el ocultamiento de la posesión se haga respecto de todo el mundo.

La clandestinidad es un vicio que contamina la posesión en cualquier momento de su vida y no sólo en el inicial, en el de la adquisición, cual ocurre con la violencia. De ahí que el Código diga que posesión clandestina es la que se *ejerce* (y no la que se adquiere) ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella.

720. *CARACTERES DE LA CLANDESTINIDAD.* La clandestinidad, como la violencia, es un vicio *relativo*; sólo puede alegarla la persona que tiene derecho para oponerse a la posesión y respecto de la cual se ocultó ésta. En otros términos, como dicen Colín y Capitant, la clandestinidad sólo puede invocarse contra el presunto poseedor por aquel en cuyo perjuicio han sido realizadas las maniobras destinadas a disimular la posesión.

La clandestinidad es un vicio *temporal*; desde que cesa, la posesión deja de ser viciosa.

Fácilmente se concibe la posesión clandestina de los muebles; pero no la de los bienes raíces. Como ejemplo teórico se cita el del que construye subterráneamente, bajo la casa del vecino, una bodega, un acueducto o un camino para transitar, sin que ningún signo exterior revele la usurpación.

721. *UTILIDAD DE LA POSESIÓN VICIOSA; OPINIÓN CONTRARIA.* Tradicionalmente se afirma que en nuestro Derecho, como en casi todas las legislaciones, la

⁴⁶ Claro Solar, ob. cit., tomo VII, pág. 509.

⁴⁷ E. Benkar C., "Sobre la utilidad de la violencia viciosa", artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLV, sec. Derecho, pág. 34, nota 14.

posesión viciosa es *inútil*, principalmente para el ejercicio de las acciones posesorias y para la adquisición de la propiedad por prescripción. Estos dos efectos, que constituyen las principales ventajas de la posesión, sólo son producidos, según la opinión general, por una posesión exenta de vicios.

Sin embargo, hay quienes sostienen que, de acuerdo con los textos del Código Civil chileno, los vicios de la posesión pueden acompañar tanto a la posesión regular como a la irregular; una posesión regular puede ser al mismo tiempo viciosa sin dejar de ser regular. Sería éste el caso del individuo que ejerce clandestinamente la posesión *después* de haber adquirido una cosa con justo título, buena fe y tradición; la posesión sería regular, porque hubo buena fe inicial y concurren los demás requisitos (justo título y tradición); la clandestinidad posterior constituye una mala fe sobrevenida, que como tal, por no concurrir en el momento de la adquisición de la posesión, no afecta a la regularidad de ésta, de acuerdo con el artículo 702. Con mayor razón la clandestinidad puede acompañar a una posesión irregular, como cuando a sabiendas se compra una cosa al ladrón y desde un comienzo se ejerce la posesión ocultándola al legítimo dueño de la cosa. Por tanto, no se puede decir que la posesión clandestina es inútil, pues también lo serían, eventualmente, en dichos casos, las posesiones regular e irregular. La teoría de la utilidad de la posesión viciosa expresa, además, que si bien la posesión regular nunca puede ser violenta, porque está reñida con la buena fe inicial, nada se opone a que ese vicio acompañe a la posesión irregular y el poseedor violento pueda prescribir extraordinariamente cuando posee sin título, pues ninguna disposición del Código Civil permite sostener lo contrario. El artículo 2510 niega la prescripción adquisitiva extraordinaria al poseedor violento sólo *cuanndo existe un título de mera tenencia* (regla 3^a), porque sólo en este caso se reconoce dominio ajeno, y no cuando no hay título, como tratándose del ladrón que aunque *comenzó* el dominio ajeno no lo *reconoce*.

En fin, los sostenedores de la teoría en examen sintetizan sus conclusiones en las proposiciones siguientes:

- 1) La clandestinidad puede acompañar a la posesión regular; pero una posesión regular no puede jamás ser clandestina desde un comienzo, *ab initio*, porque está reñida con la buena fe.
- 2) La clandestinidad puede acompañar a una posesión irregular.
- 3) La posesión regular nunca puede ser violenta, y, en consecuencia, la posesión violenta será siempre irregular.
- 4) El poseedor violento puede prescribir cuando posee sin título.
- 5) No se concibe un poseedor violento con título.
- 6) El poseedor clandestino puede prescribir: a) cuando no tiene título, y b) cuando posee en virtud de un título traslativo.
- 7) El poseedor violento ni el clandestino pueden prescribir cuando su tenencia, o mejor, el *corpus* que tienen, es en virtud de un título de mera tenencia.

Reconócese, sí, por los partidarios de la teoría de la utilidad de la posesión viciosa, que estas conclusiones, si bien se desprenden de los diversos preceptos del Código Civil, no guardan todas ellas armonía con la doctrina

general de la prescripción adquisitiva y algunas están lejos de satisfacer la equidad.⁴⁸

3. LA MERA TENENCIA

722. GENERALIDADES. Una persona puede encontrarse en tres situaciones con respecto a una cosa: 1) como *propietario*, el estado más perfecto; 2) como *poseedor*, que es la posición de un propietario aparente, y 3) como *mero tenedor*.

Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (art. 714). Resulta, pues, que el mero tenedor sólo tiene el elemento de la posesión llamado *corpus*, pero no el *animus*; la intención de comportarse como señor o dueño de la cosa.

Dentro de nuestro Derecho, *posesión* y *tenencia* son conceptos excluyentes, y términos que siempre contrastan; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Esta última nunca conduce a la prescripción, porque para prescribir es necesario poseer, y el que tiene la mera tenencia no posee.

Generalmente, hay mera tenencia cuando se tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el arrendatario, etc., son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, usufructuada o arrendada (art. 714).

723. MERA TENENCIA A VIRTUD DE UN DERECHO REAL Y A VIRTUD DE UN DERECHO PERSONAL. El mero tenedor puede encontrarse en dos situaciones que jurídicamente son diversas: 1) puede tener la mera tenencia de la cosa a virtud de un derecho real sobre la misma, y 2) puede tener la mera tenencia a virtud de un título personal que lo une con el dueño de la cosa.

Son meros tenedores, por ejemplo, el usufructuario, el que tiene sobre la cosa el derecho de uso o habitación, el que tiene el derecho de prenda. En estos tres casos, se es mero tenedor de la cosa a virtud de que en ella se tiene un derecho real, cuales son el usufructo, el uso o habitación y la prenda.

Pero también, como acabamos de indicar, se puede ser mero tenedor de una cosa sin tener un derecho en ella misma, sino porque liga al mero tenedor un vínculo personal con el dueño de la cosa: el comodatario, el depositario y el arrendatario. En estos tres casos, el mero tenedor tiene la mera tenencia de la cosa porque lo liga un vínculo personal, contractual, con el propietario de ella.

Y la diferencia de situaciones es importante: el titular del derecho real es *mero tenedor de la cosa*, pero, en cambio tiene la *posesión de su derecho real*.

⁴⁸ Véase el estudio de Eouarbo Berman C., citado en la nota anterior.

Ejemplo: Pedro es usufructuario de una cosa. Con respecto a la cosa misma, Pedro es un mero tenedor; en cambio, con relación al derecho de usufructo que tiene en la cosa, es poseedor de su derecho de usufructo. Y, en este caso, la mera tenencia de la cosa le es completamente indispensable para ejercer su derecho real. Por el contrario, cuando la mera tenencia emana de un vínculo personal, en la cosa misma no hay ningún derecho; sólo existe un vínculo jurídico entre el mero tenedor y el dueño de la cosa.

724. CARACTERÍSTICAS DE LA MERA TENENCIA. 1) La mera tenencia es *absoluta*: se es mero tenedor tanto con respecto al propietario de la cosa, como con respecto a los terceros extraños. De aquí se deduce que si al mero tenedor se le arrebatara la cosa, no podría entablar acciones posesorias diciéndose poseedor, porque aun con respecto a los terceros extraños es también un mero tenedor.

2) *Es perpetua*: si el causante es mero tenedor, también el causahabiente o sucesor es mero tenedor, porque, de acuerdo con el artículo 1097 del Código Civil, el heredero sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante. Y si, por ejemplo, fallece una persona que arrienda una propiedad y, por lo tanto, es mero tenedor, el heredero de la persona tiene igual carácter y está obligado a devolver la cosa a su dueño, cuando venza el contrato.

Sin embargo, esta característica de perpetua que tiene la mera tenencia, hay que aceptarla con cierto beneficio de inventario; puede suceder que siendo el causante un mero tenedor de la cosa, el heredero o causahabiente se transforme en poseedor. Así, por ejemplo, fallece una persona que es arrendatario de una casa y, por ende, mero tenedor, dejando esta casa en legado; si bien el causante no era dueño, la sucesión por causa de muerte le servirá de justo título al legatario para empezar una prescripción. Si el legatario cree que el causante era dueño de la casa, su buena fe, unida al justo título que le da la sucesión por causa de muerte, le servirá para empezar una posesión regular.

3) *Es inmutable o inderogable*: la mera tenencia no puede transformarse en posesión, a virtud del principio que dice que nadie puede mejorar su propio título. Así lo establece el artículo 716 del Código Civil, al decir que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión. También confirma este criterio la norma según la cual "si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas" (art. 719, inc. 2^o).

El principio anterior tiene excepciones.

1) La contemplada expresamente en el artículo 716, que después de sentar la regla de que la mera tenencia no se transforma en posesión, agrega: "salvo el caso del artículo 2510, regla 3^a", que dice que la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir las dos circunstancias que señala. Esto lo estudiaremos al hablar de la prescripción, anticipando desde ya que es un caso más bien de excepción aparente que real.

2) Veamos la segunda excepción. De acuerdo con la ley, el que usurpa una cosa no adquiere la posesión, ni hace perder la posesión anteriormente existente, salvo que el usurpador enajene la cosa a su propio nombre, pues entonces la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior. 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 (art. 730).

4. LA POSESION NO SE TRANSMITE NI SE TRANSFIERE

725. LA POSESION NO SE TRANSMITE. Fuera de la cuestión relativa a si en el Derecho romano la posesión era un hecho o un derecho, los investigadores discuten la razón por la cual esa legislación admita la transmisión de la usucapión a los sucesores del difunto. No nos corresponde entrar a estudiar el punto. En el Derecho chileno la posesión es un hecho, y en los hechos no hay sucesión: *in facta non est successio*.

Varias disposiciones ponen en evidencia que la posesión es intransmisible, que el sucesor a título universal no continúa la posesión de su causante, sino que adquiere una mera posesión.

a) Según el artículo 688, "en el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero". Es, pues, la ley la que da la posesión al heredero y, como no la recibe de su causante, comienza en él.

b) El artículo 722 establece que "la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore". El artículo 869 del Proyecto de 1853, que corresponde al 722 del Código, expresaba que "la posesión de la herencia se transmite". El cambio no es de palabras, sino de conceptos; si se sustituyó la palabra *transmite* por la de *adquiere*, es evidente que el legislador, en definitiva, se pronunció en contra de la sucesión en la posesión y en favor de la intransmisibilidad de la misma: "el heredero comienza una posesión nueva, que le es conferida por la ley y que no deriva de su predecesor".⁴⁹

c) El precepto más categórico es el artículo 717, que dice: "Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios". Si aquí el Código declara que la posesión principia en el sucesor, evidente es que a éste no se transmite la posesión del causante.

726. LA POSESION NO SE TRANSFIERE. La posesión tampoco se transfiere o traspasa por acto entre vivos. Varias disposiciones llevan envuelta esta afirmación.

⁴⁹ D. DEL RIO R., *La sucesión de posesiones*, Memoria de Prueba, Santiago, 1951, pág. 19, N.º 28.

a) El artículo 717, recién mencionado, al decir que la posesión del sucesor principia en él, sea que se suceda a título universal o singular, no distingue si el sucesor a título singular sucede por causa de muerte o por acto entre vivos; luego, tanto el sucesor por causa de muerte como el por acto entre vivos principia una nueva posesión.

b) El artículo 2500 dispone que "si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más personas, el tiempo del antecesor puede o no agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 717", o sea, la posesión de que se apropia el último es con las mismas calidades y vicios que tenía en el antecesor.

Como puede observarse, tampoco el artículo 2500 distingue entre sucesores por causa de muerte y sucesores por acto entre vivos. Y —como subrayan los comentaristas— "resulta evidente que si el sucesor puede agregar el tiempo del antecesor, es porque la posesión de aquél es distinta de la de éste; si hubiera transferencia de posesión, el causahabiente simplemente continuaría la posesión del autor, y forzosamente el primero no gozaría del beneficio de la agregación. Tal beneficio es una confirmación del principio de las dos posesiones distintas y separadas, porque no se unen o agregan sino cosas separadas".

c) El artículo 683 señala que la tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. Y así, por ejemplo, el poseedor violento no puede adquirir por prescripción ordinaria; pero si ese poseedor violento transfiere la cosa, el adquirente de buena fe puede ganar el dominio de la cosa por prescripción ordinaria, precisamente porque la posesión suya es independiente de la del poseedor violento: no hay transferencia de la posesión de éste al adquirente.

727. VENTA DEL CARÁCTER INTRANSMISIBLE E INTRANSFERIBLE. El hecho de que la posesión no se transmite permite mejorar los títulos de las propiedades, pues impide que la posesión de los bienes pase al heredero o adquirente con los mismos vicios que tenía en el causante o tradente.

728. DISPOSICIONES QUE ESTABLIRAN EN PUGNA CON EL SISTEMA SEGÚN EL CUAL LA POSESION NO SE TRANSMITE NI TRANSFIERE. 1) Dice el artículo 696: "Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena". Algunos afirman que esta disposición incurre en un "deslíz" al hablar de transferencia de posesión; otros juzgan que no hay quebranto alguno del sistema, pues el artículo 696 no establece que se traslada la posesión *proptia del tradente al adquirente*; sólo quiere significar que se transfiere la posesión en sí misma considerada.⁵⁰ Semillante explicación carece de sentido. La verdad es que debió decirse sólo "no darán", suprimiéndose las palabras "o transferirán".

⁵⁰ DEL RIO, ob. cit., pág. 20, N.º 30.

2) El artículo 2500, inciso 2º, dispone: "La posesión principiada por una persona difunta *continúa* en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero". Esta disposición tan breve ha recibido con justicia críticas muy largas. En primer lugar, porque induce a calificar la herencia yacente como persona jurídica, pues se la considera como capaz de poseer a nombre del heredero, y como ella no es persona natural, habría que calificarla de jurídica, ya que sólo pueden poseer las personas, naturales o jurídicas. En segundo lugar, si la herencia yacente se entiende poseer a nombre del heredero, significa que detenta a nombre ajeno, y en ese caso no sería más que un mero tenedor y, como tal, incapaz de poseer por cuenta de otro. Finalmente, el inciso 2º del artículo 2500 rompe la unidad del sistema que consagra el Código de la intransmisibilidad de la posesión, pues dice que la posesión principiada por una persona difunta *continúa* en la herencia yacente.

La transmisibilidad de la posesión está indicada por el tenor literal de este precepto, el cual, en su redacción, implica un resabio del sistema imperante en el proyecto de 1853, que aceptaba la transmisibilidad de la posesión a los sucesores universales (art. 860). Esta concepción fue alterada por el Proyecto Inédito en los mismos términos del Código actual. Ahora bien, los intérpretes han tratado de acomodar, mediante la exégesis, esta disposición perturbadora. Y, así, dicen que si bien su tenor literal es claro, no lo es su sentido si se trata de entenderlo con el resto de los preceptos legales; por tanto, para interpretarlo, puede consultarse su espíritu, manifestado a través del contexto de las diversas partes del Código. Tal contexto, representado por una serie de disposiciones (arts. 688, 717, 722), demuestra que la posesión no se transmite, sino que principia en el sucesor. Por tanto, el artículo 2500, inciso 2º, interpretado armónicamente con dichas disposiciones, sólo tendría el alcance de significar que mientras está yacente la herencia, los bienes del causante no quedan sin posesión, sino que ésta corresponde al heredero, como quiera que "la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es defendida, aunque el heredero lo ignore" (art. 722, inc. 1º), y como quiera que los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido defendida (art. 1239). En dos palabras, lo que quiere significar el inciso 2º del artículo 2500 es que la herencia, después de muerto el causante, no queda sin posesión, por el hecho de permanecer yacente; terminada la posesión del causante, empieza inmediatamente la del heredero.

3) También podría pensarse que el artículo 725 contradice el principio de que los hechos no se transfieren ni se transmiten, al decir que "el poseedor conserva la posesión, aunque *transfiera la tenencia* de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquiera otro título no traslativo de dominio". Pero se ha observado que en este caso el legislador ha usado la palabra *transfiera* en su sentido vulgar; ha querido decir que el poseedor conserva la posesión, aunque pase, lleve o entregue la tenencia, de sus manos a las del arrendatario, comodatario, etc.⁵¹

⁵¹ Véase la nota anterior.

4) El artículo 919 expresa que "el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese". Esta norma parece dar a entender que la posesión del heredero es la misma que la del causante. Tal anomalía se debe a que no se cambió la disposición del artículo 919 después de haberse deseñado el criterio del Proyecto de 1853, que, como hemos advertido, reconocía en su artículo 819 la transmisión de la posesión. Hoy la norma del artículo 919 está en contradicción con el sistema de intransmisibilidad de la posesión, que acogió en definitiva el Código. Para salvar la anomalía, el profesor Somarriva cree que hay que limitar la aplicación del artículo 919 al caso en que el heredero hace uso del derecho de agregar a su propia posesión la del causante.

729. AGREGACIÓN, ADJUNCIÓN, ACCESIÓN O UNIÓN DE POSESIONES; REFERENCIA. Aunque la posesión del sucesor a título universal o singular, principia en él, la ley lo faculta para *añadir* a su propia posesión la de su antecesor; pero en tal caso se apropia de la posesión de éste con sus calidades y vicios (art. 717). Esta materia la analizaremos al estudiar la prescripción adquisitiva.

5. ADQUISICION, CONSERVACION Y PERDIDA DE LA POSESION

I. GENERALIDADES

730. LA POSESION PUEDE ADQUIRIRSE NO SÓLO PERSONALMENTE SINO TAMBIÉN POR INTERMEDIO DE OTRA PERSONA. Puede tomarse la posesión no sólo por el que trata de adquirirla para sí, sino por su mandatario, o por sus representantes legales (art. 720).

731. CAPACIDAD DEL ADQUIRENTE. Como la posesión está constituida por el *corpus* y el *animus*, la aprehensión real o ficta de la cosa y la voluntad de poseer, resulta que las personas que carecen de la razón o del discernimiento necesario para darse cuenta del acto que ejecutan, no pueden adquirir la posesión. Por tanto, los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros (art. 723, inc. 2º). Dichos incapaces absolutos sólo pueden adquirir la posesión por intermedio de sus representantes legales; la voluntad que a aquéllos les falta es suplida por la de éstos.

a) Pero las personas que tienen el suficiente discernimiento para darse cuenta del hecho que ejecutan, pueden adquirir la posesión de las cosas *muebles*, sin autorización alguna. De ahí que la ley disponga que los que no pueden administrar libremente lo suyo (personas bajo guarda, hijo de familia), no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una *casa mueble*, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal (art. 723, inc. 1º, primera parte).

Entre las personas que no pueden administrar libremente lo suyo se encuentra el incapaz absoluto llamado *impuber*. Este, si no es infante o niño, o sea, si es un *impuber* mayor de siete años, puede adquirir la posesión de las cosas muebles; sólo no puede adquirirla el *impuber* menor de esa edad, el infante o niño (art. 26), por haberlo excluido expresamente la ley en razón de faltarle el discernimiento mínimo.

Nótese que los que no pueden administrar libremente lo suyo, si bien están capacitados para adquirir la posesión de las cosas muebles, *no pueden ejercer los derechos de poseedores*, sino con la autorización que compete (art. 723, inc. 1°, segunda parte), porque el ejercicio de los derechos de poseedor se traduce en actos jurídicos que esas personas no pueden realizar por sí solas.

b) La adquisición de la posesión de las cosas *inmuebles* exige en el sujeto adquirente la plena capacidad de ejercicio o la autorización que corresponde tratándose de los incapaces que tienen el suficiente discernimiento, pues de esta autorización sólo pueden prescindir, conforme a la ley (art. 723, inc. 1°), para adquirir la posesión de una cosa *mueble*.

735. MOMENTO EN QUE OPERA LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN REALIZADA POR INTERMEDIO DE OTRO. DISTINCIÓN. a) *Adquisición de la posesión por medio de mandato o representación legal*. Si una persona toma la posesión de una cosa en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representado principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento (art. 721), inc. 1°).

b) *Adquisición de la posesión por medio de un agente oficioso*. Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su mandatario ni representante, tal persona no adquiere la posesión sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotrae su posesión al momento en que fue tomada a su nombre (art. 721, inc. 2°).

La distinta solución en uno y otro caso tiene su fundamento. La posesión del mandante principia en el mismo acto en que el mandatario toma la posesión de la cosa en lugar o a nombre de aquél, porque el mandato supone en el mandante la voluntad de adquirir la posesión de la cosa que el mandatario recibe para él y en su nombre; lo mismo ocurre con el representado legalmente: los actos del representante que obra dentro de los límites de su representación legal se reputan actos del representado.²² Pero cuando el que toma la posesión para otro no es su mandatario ni representante legal, sino un agente oficioso, la posesión de la persona en cuyo nombre se tomó sólo principia desde el momento en que conoce y acepta el hecho, pues sólo desde entonces existe su voluntad de poseer; sin embargo, la posesión se retrotrae al momento en que fue tomada a su nombre, pues se considera que con la ratificación acepta el acto del agente oficioso como si ella misma lo hubiera ejecutado desde el instante en que dicho agente tomó la posesión.

²² CAVO SOLAR, ob. cit., tomo VII, N° 863, págs. 532 y 533.

En todos los casos, para que opere la adquisición de la posesión es preciso que el que obra a nombre de otro tenga la capacidad para adquirir la posesión en el momento de tomar ésta y que su voluntad esté dirigida a realizar la adquisición para la persona en cuyo nombre obra. Esto último es evidente en el agente oficioso.

733. PRINCIPIO GENERAL RELATIVO A LA ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN. Si por definición la posesión supone la unión, en las mismas manos, de la tenencia de una cosa determinada (*corpus*) y el ánimo de señor o dueño (*animus*), natural es que ella no se adquiriera, en principio, sino a partir del instante en que se reúnan esos dos elementos constitutivos de la posesión. Por lo demás, la misma ley positiva así lo enuncia. Refiriéndose a los que no pueden administrar libremente lo suyo, dice que no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, "con tal que concurren en ello la voluntad (*animus*) y la aprehensión material o legal" (*corpus*) (art. 723).

734. POSESIÓN DE LA HERENCIA. Como un caso de excepción, en que para adquirir la posesión no se requiere *corpus* ni *animus*, se señala la herencia: su posesión se adquiere desde el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore; si éste válidamente repudia una herencia, se entiende no haberla poseído jamás (art. 722). Sabido es que la herencia se deferred en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata (art. 956). Esta posesión, conferida por el solo ministerio de la ley, se llama *legal*; su objeto es evitar la solución de continuidad en la posesión de los bienes del difunto; cesada la posesión de éste, comienza inmediatamente una nueva, la del heredero.

735. ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN DE LOS BIENES MUEBLES Y DE LOS INMUEBLES. Fuera del caso de la adquisición de la posesión de la herencia, siempre es indispensable que con la voluntad de poseer concurre la aprehensión material o legal de la cosa. Pero es forzoso, para precisar cómo se realiza la adquisición de la posesión, distinguir entre la de los bienes muebles y la de los inmuebles. Otro tanto ocurre respecto de la conservación y pérdida de la posesión. De ahí que estudiaremos todos estos puntos separadamente respecto de cada una de esas dos categorías de bienes.

II. LA POSESIÓN DE LOS BIENES MUEBLES

A. Adquisición de la posesión

736. CÓMO Y EN QUÉ MOMENTO OPERA LA ADQUISICIÓN. La posesión de los bienes muebles se adquiere desde el momento en que concurren la voluntad de poseer y la aprehensión material o ficta.

La tenencia corporal de la cosa mueble "se efectúa ordinariamente poniendo la mano sobre ella, teniéndola real y materialmente el que adquiere la posesión u otra persona en lugar y a nombre de él, o por un medio equivalente que someta la cosa al poder de hecho de la persona que adquiere o para quien se adquiere la posesión, de que hemos hablado al ocuparnos de la tradición de las cosas corporales muebles."⁵³

B. Conservación de la posesión de los bienes muebles

737. LA POSESIÓN SE CONSERVA MIENTRAS SUBSISTA EL "ÁNIMUS". Para adquirir la posesión es necesario, como se ha explicado, que concurren el *corpus* y el *animus*; pero para conservarla basta este último, la intención de comportarse como señor o dueño de la cosa, aunque momentáneamente no se tenga el *corpus*. Y la voluntad de conservar la posesión subsiste mientras no se manifiesta una voluntad contraria. Por eso la ley dice que la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero (art. 727). Ejemplo: si he olvidado el sitio en que dejé en mi casa el paraguas, no pierdo la posesión de éste por el hecho de no poderlo usar durante el tiempo en que ignoro su paradero. Y, entre paréntesis, la rabia no me hará creer nunca la afirmación de un pensador chino según el cual, "después de tres días, nada hay más aburrido que la lluvia y la mujer..."

738. PERSISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE CONSERVAR LA POSESIÓN. La persistencia de la voluntad de conservar la posesión no significa que deba ser continua, es decir, *no es necesario que exista momento a momento una voluntad positiva y formal de poseer*; la ley supone que se conserva esta voluntad mientras no aparece una *voluntad contraria*. Por eso no puede ponerse en duda que conservamos la posesión durante el sueño, aunque en este estado seamos incapaces de tener voluntad positiva de poseer las cosas que poseíamos antes de dormirnos. Del mismo modo la persona que queda privada de la razón y por tal hecho se hace incapaz de voluntad, conserva no obstante la posesión de las cosas que poseía antes del trastorno.

La voluntad de conservar la posesión se supone siempre, mientras no aparezca una *voluntad contraria*. Y esta voluntad contraria puede ser del mismo *poseedor* (como cuando enajena la cosa o la abandona para que la haga suya el primer ocupante), o de un *tercero*, y así se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya... (art. 726).

739. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN A PESAR DE TRANSFERIRSE LA MERA TENENCIA. Se puede conservar la posesión lo mismo que puede adquirirse por intermedio

⁵³ Claro Solari, ob. cit., tomo VII, N° 866, pág. 538.

de un tercero; éste es un instrumento inteligente de la posesión de aquél. De acuerdo con tal principio, la ley estatuye que el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquiera otro título no traslativo de dominio (art. 725).

En todos estos casos el poseedor conserva la posesión, pues si bien se desprende de la tenencia de la cosa, conserva el ánimo de señor y dueño; el mero tenedor o detentador tiene la cosa en su poder, pero en lugar y a nombre del poseedor.

C. Pérdida de la posesión de los bienes muebles

740. a) PÉRDIDA SIMULTÁNEA DE LOS DOS ELEMENTOS DE LA POSESIÓN. "Ordinariamente el que pierde la posesión pierde al mismo tiempo el *corpus* y el *animus*. Este resultado se produce en dos series de casos diferentes:

- 1) Cuando hay *enajenación*: el anterior poseedor de la cosa la entrega al adquirente, quien posee, en adelante, en su lugar.
- 2) Cuando hay *abandono*: el poseedor abandona su cosa, con la intención de renunciar a ella; entonces ésta se convierte en una *res derelicta*.⁵⁴

741. b) PÉRDIDA DEL ELEMENTO CORPORAL. La segunda manera de perder la posesión consiste en perder el *corpus* conservando el *animus*. Y esto acontece:

- 1) Cuando otro se apodera de la cosa poseída con ánimo de hacerla suya (art. 726).
- 2) Cuando sin pasar la posesión a otras manos, se hace imposible el ejercicio de actos posesorios. Tal cuando una heredad ha sido permanentemente inundada (art. 2502, N° 1°); pero, como anotian los autores, debe entenderse por *permanentemente inundada* la heredad que lo ha estado por cinco años o más; pues antes de este término el terreno restituído por las aguas vuelve a sus antiguos dueños, y no accede a las heredas coníguas como aluvión (art. 653). Del mismo modo se pierde el *corpus* cuando un animal bravo recobra su libertad natural (art. 619), o un animal doméstico pierde la costumbre de volver al amparo y dependencia de quien lo poseía (art. 608, inc. 2°).

También se pierde la posesión por no subsistir el *corpus* cuando se arrojan cosas a la mar para alijar la nave. Sin embargo, el dominio de tales cosas no se pierde por sus dueños, quienes pueden reivindicarlas si son salvadas por otra persona. La ley dice expresamente que no se presumen abandonadas por sus dueños las cosas que los navegantes arrojan al mar para alijar la nave (art. 624, inc. final).

De igual manera se pierde la posesión de las cosas materialmente perdidas y que *no se hallan bajo el poder del poseedor*. Nótese la diferencia de esta

⁵⁴ PLANOL, ob. cit., pág. 101, N° 2.279.

situación con la contemplada por el artículo 727, según el cual la posesión de la cosa mueble no se entienda perdida *mientras se halla bajo el poder del poseedor* aunque éste ignore accidentalmente su paradero. Este último es el caso del que tiene un objeto en su casa, pero no sabe dónde se encuentra o el lugar en que lo dejó. En cambio, el primero es el caso, por ejemplo, del viajero a quien durante el trayecto caen las cosas del carruaje que las lleva.

En todos los casos, dice Planio!, en que el poseedor no puede ejercer de hecho, sobre la cosa, los actos materiales que constituyen la posesión, quedará vanamente animado del deseo de poseerla; pierde la posesión; su intención no es suficiente para conservarla.⁵⁵

742. c) Pérdida DEL ELEMENTO INTENCIONAL. "La tercera manera de perder la posesión por la pérdida del *animus* solamente, es más difícil de concebir; no se puede imaginar nunca una persona que deje de tener la intención de poseer, y siga ejecutando los actos materiales de la posesión. Pero se puede suponer que el poseedor, al vender la cosa, consista en conservarla por cuenta del comprador, cuando con anterioridad la poseía por su propia cuenta. Esto es lo que los antiguos autores llamaban el *constituito possorio*; el vendedor se constituye poseedor a nombre ajeno. Desde entonces la posesión verdadera pertenece al comprador, el vendedor que ha conservado el *corpus*, pierde la posesión al perder el *animus*."⁵⁶

III. LA POSESIÓN DE LOS BIENES RAÍCES

743. DISTINCIÓN ENTRE LOS BIENES INMUEBLES INSCRITOS Y LOS NO INSCRITOS. Cuando estudiamos la institución del Conservador de Bienes Raíces, hicimos presente que don Andrés Bello no se había atrevido a exigir en forma imperativa la inscripción de todos los bienes raíces, porque creyó que era una medida demasiado radical que podía traer serias perturbaciones en la vida jurídica. Sin embargo, estimó que con el devenir del tiempo llegarían a estar en Chile inscritas todas las propiedades. Desgraciadamente el vaticinio del señor Bello no se ha cumplido; y es así como actualmente subsisten en Chile dos clases de bienes inmuebles: los bienes inmuebles *inscritos* y los bienes inmuebles *no inscritos*.

Para estudiar esta materia de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, es necesario, pues, distinguir entre los inmuebles no inscritos y los inmuebles inscritos.

⁵⁵ *Ibidem*, Nº 2.271.

⁵⁶ *Ibidem*, Nº 2.272.

A. Adquisición de la posesión de los inmuebles no inscritos

744. DISTINCIÓN SEGÚN EL ANTECEDENTE QUE SE INVOQUE PARA POSEER. ¿Cómo se adquiere la posesión de un bien raíz no inscrito? La respuesta varía según sea el antecedente que se invoque para poseer. Al respecto, es preciso distinguir:

- a) Cuando se invoque el simple apoderamiento de la cosa con ánimo de señor y dueño;
- b) Cuando se alega un título no traslativo de dominio, y
- c) Cuando se hace valer un título traslativo de dominio.

a) *Simple apoderamiento de la cosa con ánimo de señor y dueño*. Si el que alega la posesión de un inmueble no inscrito invoque como antecedente de su posesión el simple hecho del apoderamiento material del bien raíz con ánimo de señor y dueño, la posesión se adquiere por ese hecho.

La afirmación anterior se desprende de los artículos 726 y 729. Dice el primero que se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya, menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan; y entre los casos exceptuados no se encuentran los inmuebles no inscritos. El artículo 729 no hace más que confirmar el precepto recién transcrito, pues declara que "si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde". Lógicamente, si el que tenía la posesión la pierde, es porque la adquiere el que se apodera del inmueble no inscrito.

No hay necesidad de realizar, en este caso, ninguna inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Parece que esta conclusión está en pugna con el artículo 724, según el cual "si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio". Pero más adelante precisaremos el alcance del artículo 724 y veremos cómo se armoniza con el 729.

b) *Título no traslativo de dominio*. Títulos no traslativos de dominio son la sucesión por causa de muerte (que no es traslativo sino transmisorio de dominio) y los títulos constitutivos de dominio: ocupación, accesión y prescripción (art. 703, inc. 2°). En ninguno de estos casos es necesario para adquirir la posesión de un inmueble no inscrito la inscripción conservatoria.

1) En efecto, tratándose de la *sucesión por causa de muerte*, el heredero, aunque lo ignore, adquiere, por ministerio de la ley, la posesión de la herencia desde el momento en que le es deferida (arts. 688 y 722). Y recuérdese —para evitar la confusión de ideas— que las inscripciones prevenidas en el artículo 688 no tienen por objeto otorgar al heredero la posesión de los bienes raíces hereditarios (que él adquiere por sucesión por causa de muerte) sino habilitarlo para disponer de los mismos.

2) Tampoco, como hemos dicho, es necesaria la inscripción conservatoria cuando se invoque un título constitutivo de dominio. Veamos.

a) Desde luego, hay que descartar la *ocupación*, que, por su propia naturaleza, jamás puede invocarse como título para adquirir la posesión de los

inmuebles, ya que ese modo de adquirir el dominio sólo opera respecto a bienes que no pertenecen a nadie, y sabido es que en Chile no hay inmuebles sin dueño, pues, a falta de otro, son bienes del Estado (art. 590). Empero, se ha opinado, en contra, que la ocupación, si bien no sirve como modo de adquirir el dominio de las cosas raíces, puede invocarse como título de su posesión, pues ningún precepto establece que el Estado tiene, por el ministerio de la ley, la *posesión* de las tierras que carecen de otro dueño; el artículo 590 se refiere únicamente al *dominio*. La verdad es que esto nadie lo pone en duda, pero la ocupación, sea que obre como modo de adquirir el dominio, sea como título de posesión, implica, por definición, como objeto, una cosa sin dueño, y ya se ha dicho por el legislador que los inmuebles en Chile siempre tienen dueño. En la nomenclatura técnica del Código Civil la ocupación supone cosas que no pertenecen a nadie (art. 606), y por eso cuando alguien se apodera de una cosa ajena con ánimo de hacerla suya, el Código no habla de *ocupación* sino simplemente de *apoderarse de la casa* (arts. 726 y 729).

Los que aceptan que la ocupación puede servir de título a la posesión de un inmueble no inscrito, concluyen que esta posesión es *irregular*, porque en todo caso se adquiriría de mala fe, sabiendo que el inmueble tiene por dueño, a falta de otro, al Estado (arts. 590, 708 y 8°).

Los que niegan que la ocupación puede servir de título a la posesión de un inmueble, expresan que cuando una persona se apodera de un bien raíz no inscrito adquiere la posesión, no por ocupación, sino precisamente por la concurrencia de los dos requisitos que constituyen la posesión, la aprehensión material (*corpus*) y el ánimo de poseer como señor y dueño. Y tal posesión sería *irregular*, no sólo por la mala fe del adquirente, sino por la carencia de título.

Sea cual fuere la postura que se adopte en esta materia, lo cierto es que el apoderamiento de un inmueble no inscrito, realizado con ánimo de señor y dueño, hace adquirir la posesión sin necesidad de inscripción conservatoria, pues tal adquisición se produce con el hecho del apoderamiento del inmueble no inscrito acompañado del ánimo de señor y dueño.

Debe advertirse que respecto de bienes raíces no inscritos la legislación actual toma una serie de estrictas medidas, para resguardar los intereses del Estado, que hacen imposible la posesión y posterior adquisición por prescripción de las tierras que, estando situadas dentro de los límites territoriales, son del Estado por carecer de otro dueño. Así fluye de varios preceptos del Decreto Ley N° 1.939, publicado en el Diario Oficial de 10 de noviembre de 1977, que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado. De ese decreto ley se desprende lisa y llanamente que el Estado, respecto a las tierras que la ley le atribuye el dominio a falta de otro dueño, no reconoce ninguna ocupación ni adquisición que no emane de una autorización, concesión o contrato otorgado conforme a las leyes. Nos remitimos a lo expuesto en nuestro número 206.

b) La *accessión* (otro título constitutivo de dominio) puede invocarse como fundamento o antecedente de la posesión; pero tampoco es preciso que se realice inscripción conservatoria alguna, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal: si se posee lo principal, también se posee lo accesorio sin necesidad de ningún acto especial, "si se reconoce la posesión de un inmue-

ble principal no inscrito, por el mismo hecho se reconoce posesión sobre la parte que a él se junta por *accessión*." 57

c) Finalmente, el último título constitutivo de dominio, la *prescripción*, no puede considerarse como título de adquisición de la posesión, pues, por el contrario, es la posesión el antecedente necesario para que la prescripción se produzca. Nótese que la exigencia legal de inscribir la sentencia que declara la prescripción (art. 689) constituye sólo un requisito para hacer oponible dicha sentencia a los terceros; pero no significa que la inscripción sea un modo de adquirir el dominio, ya adquirido por la prescripción, y menos un título de posesión, como quiera que ésta es el antecedente de la prescripción.

c) *Título traslativo de dominio*. Cuando para adquirir la posesión de un inmueble no inscrito se invoca un título traslativo de dominio, la inscripción es necesaria siempre, según algunos autores; otros afirman que sólo lo es cuando se trata de adquirir la posesión regular, pero no la irregular.

1) Sabemos que posesión *regular* es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, siendo también necesaria la tradición si el título es traslativo de dominio (art. 702). Ahora bien, la única manera de efectuar la tradición del dominio de los bienes raíces y de los derechos reales constituidos en ellos, salvas las servidumbres, es por la inscripción del título en el Conservador (arts. 686 y 698). Por tanto, resulta un corolario lógico la disposición que preceptúa que "si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por ese medio" (art. 724).

No hay duda, pues, que para adquirir la posesión regular de los bienes raíces no inscritos, cuando se invoca un título traslativo, es menester realizar la inscripción conservatoria: la exigencia de la inscripción la formula el artículo 686 sin distinguir entre inmuebles inscritos y no inscritos, siendo por tanto aplicable a ambos, y toda posesión de bienes raíces que procede de un título traslativo de dominio para poder calificarse de regular necesita la tradición, o sea, la inscripción conservatoria.

Como en este caso se trata de la primera inscripción, deben cumplirse con las formalidades propias de ella (arts. 693 del Código Civil y 58 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces), estudiadas por nosotros al hablar de la tradición.

2) Si bien nadie ha cuestionado la necesidad de la inscripción para adquirir la posesión regular de un inmueble no inscrito cuando se invoca un título traslativo de dominio, no sucede lo mismo para la adquisición de la *posesión irregular*.

a) Algunos estiman que también es necesaria en esta hipótesis la inscripción. Aducen en pro la razones siguientes:

⁵⁷ HUMBERTO TRUCCO, "7^{er} entry de la posesión inscrita dentro del Código Civil Chileno", estudio publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo VI, sec. Derecho, pág. 140.

Primera: La letra del artículo 724, que dice: "Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por la inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio". La norma no distingue en cuanto a la naturaleza de la posesión y, por tanto, la exigencia de la inscripción lógicamente debe aplicarse tanto para adquirir la posesión regular como para adquirir la posesión irregular.

Segunda: Como la ley no hace esa distinción, resulta que la inscripción, cuando se invoca un título traslativo de dominio, no es un simple elemento de la posesión regular, sino un requisito indispensable para adquirir toda clase de posesión de propiedades raíces inscritas o no. De ahí que sea inaceptable el argumento en contra de que, según el artículo 702, la tradición es sólo un elemento constitutivo de la posesión regular y su falta, conforme al artículo 708, sólo hace irregular la posesión sin inscripción (tradición), pero no impide adquirir la posesión del inmueble no inscrito. Tal conclusión, verdadera como regla general, encuentra su excepción en el artículo 724 tratándose de inmuebles para cuya posesión se invoca un título traslativo de dominio.

Tercera: El espíritu del legislador es lograr que todas las propiedades se inscriban para que llegue una época en que inscripción, posesión y propiedad sean conceptos que se identifiquen. Por eso el artículo 724, con sus términos ampliamente generales, tiende a que cada vez que un inmueble cambie de poseedor a virtud de un título traslativo de dominio, se haga la inscripción en el Registro Conservatorio. Si fuera posible adquirir la posesión de un bien raíz no inscrito sin la correspondiente inscripción cuando se invoca un título traslativo de dominio, el espíritu del legislador quedaría en gran parte frustrado.

b) Los que sostienen que no es necesaria la inscripción para adquirir la posesión irregular de un inmueble no inscrito cuando se hace valer un título traslativo de dominio, apoyan su pensamiento en las razones que se exponen a continuación:

Primera: La disposición del artículo 724, que, en síntesis, preceptúa que nadie podrá adquirir la posesión de los inmuebles cuando se invoca un título traslativo de dominio sino por la inscripción, se refiere sólo a los bienes raíces que ya han entrado al régimen de la propiedad inscrita. Así lo confirmarían el inciso 2º del artículo 728 y el artículo 729. Dice el primero 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". Agrega el artículo 729: "Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde". Estos artículos indican que la garantía que otorga la inscripción es para el poseedor inscrito y no para el poseedor de inmuebles no inscritos. Si se reconoce que la posesión de estos últimos se pierde por el apoderamiento violento o clandestino, lógico es suponer que también se pierda en virtud de un título traslativo de dominio, cuando el adquirente toma posesión de la cosa.

Segunda: La tesis de que no es necesaria la inscripción para adquirir la posesión de un inmueble no inscrito cuando se invoca un título traslativo de dominio, estaría confirmada por el artículo 730, que dice:

"Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior.

Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción".

Claramente aparece que el inciso 1º de esta disposición no hace distinción alguna entre muebles e inmuebles y que el inciso 2º, que exige la inscripción del tercero adquirente, lo hace sólo en el caso de que el usurpador tenga la cosa en lugar y a nombre de un poseedor *inscrito*. Hay congruencia, pues, entre el artículo 730 y los artículos 728, inciso 2º, y 729, que sólo al poseedor inscrito reconocen la garantía que otorga la inscripción. Y no cabe otra interpretación del artículo 730, porque si se pretendiera que en su primer inciso exige inscripción para los inmuebles, forzosamente habría que concluir que el inciso 2º estaría de más, pues el caso de que se ocupa estaría implícitamente contenido en el inciso 1º. El inciso 2º es una excepción a éste, pues hace exigible la inscripción, pero sólo para los inmuebles inscritos.⁸⁸

B. Adquisición de la posesión de los bienes inmuebles inscritos

745. Teoría de la posesión inscrita. La teoría de la posesión inscrita está formada por una serie de disposiciones que, designadas a través del Código, son perfectamente armónicas.

1) El artículo 686 del Código Civil expresa que la tradición de los inmuebles o derechos reales constituidos en ellos, se hace por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces.

2) El artículo 696 dice que los títulos cuya inscripción se señala en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en los dichos artículos se ordena.

3) El artículo 702, inciso final, expresa que el que tiene la cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hace presumir la tradición, a menos que ésta se haya debido efectuar por la inscripción del título, es decir, salvo que se trate de la inscripción de inmuebles.

4) El artículo 724 dice que "si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".

5) En franca armonía con el artículo 724 está el artículo 728, según el cual "para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se

⁸⁸ José Clavo Vall, ob. cit., N° 28, págs. 56 a 58.

cancelar, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor incribo transfiriere su derecho a otro, o por decreto judicial". Y agrega este mismo artículo 728: "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".

6) El artículo 730 afirma que "si el que tiene la cosa en lugar o a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión, ni se adquiere por otra". Y el mismo artículo 730 agrega, en el inciso 2º: "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".

7) El artículo 2505 manifiesta que no hay prescripción contra título inscrito, sino a virtud de otro título incribo, y la prescripción comienza a correr desde esta inscripción.

8) Y finaliza esta serie de artículos armónicos, el artículo 924, según el cual "la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras esta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla".

Vemos, entonces, que en el Código Civil chileno la teoría de la posesión inscrita se encuentra en las disposiciones de los artículos 686, 696, 702, inciso final; 724, 728, 730, inciso final; 2505 y 924.

746. INAVIGABILIDAD DE LAS DISPOSICIONES SOBRE POSESIÓN INSCRITA A LOS INMUEBLES POR DESTINACIÓN. Los artículos 724, 728 y 924 del Código Civil se refieren a la posesión inscrita, que sólo cabe hacer valer respecto de los inmuebles por naturaleza y no de cosas muebles que pasan a ser inmuebles por destinación. Así se desprende claramente del tenor literal de esas mismas disposiciones y del contexto de los artículos 568, 570 y 686 del Código Civil.⁵⁹

747. FINES DE LA INSCRIPCIÓN. De la serie de disposiciones citadas oportunamente se desprende lo que declaramos al tratar de los bienes que deben inscribirse en el Registro del Conservador de Bienes Raíces: la inscripción sirve como *requisito y prueba* de la posesión de los bienes raíces inscritos.

748. COMO SE ADQUIERE LA POSESIÓN DE UN INMUEBLE YA INSCRITO EN EL REGISTRO DEL CONSERVADOR; DISTINCIÓN. Para determinar cómo se adquiere la posesión de un inmueble ya inscrito en el Registro del Conservador de Bienes Raíces es preciso distinguir según se invoque como antecedente para poseer un título no traslativo de dominio o uno traslativo.

a) Cuando se hace valer un título no traslativo de dominio no hay necesidad de inscripción para adquirir la posesión del inmueble inscrito. Las razones son en general las mismas que dimos al tratar de los bienes no inscritos.

El artículo 724, calificado como "la llave de la posesión inscrita en nuestro Código", dispone: "Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio". Valiéndonos de un rodeo de lenguaje o circunloquio, esta disposición legal expresa que la posesión de bienes raíces que procede de un título traslativo de dominio no puede adquirirse sino por medio de la inscripción conservatoria. Por tanto, si no se hace valer un título de esa especie, la adquisición de la posesión no está sujeta a dicha inscripción.

El análisis de los títulos no traslativos de dominio lleva a idéntica conclusión y por las mismas razones generales que dimos al referirnos a la posesión de los inmuebles no inscritos. Si se invoca como título de posesión la sucesión por causa de muerte, la inscripción es innecesaria para adquirir la posesión, puesto que la posesión de la herencia se adquiere por el ministerio de la ley en el momento en que es deferida, aunque el heredero lo ignore (arts. 688, inc. 1º y 722).

Entre los títulos constitutivos de dominio el Código señala la ocupación, la accesión y la prescripción (art. 703, inc. 2º). La ocupación no procede como título de posesión de inmuebles, según lo explicamos con anterioridad. La accesión no exige inscripción conservatoria para adquirir la posesión del bien raíz que accede, pues, conforme al adagio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la inscripción del inmueble principal cubre los aumentos que éste recibe por accesión. Finalmente, la prescripción no es un título de posesión; sólo constituye un modo de adquirir el dominio, y nada más: la posesión con otros elementos conduce a la prescripción y, producida ésta, surge el dominio. En consecuencia, si una persona posee después de haber prescrito a su favor un bien, posee en razón de su dominio y no de la prescripción. La sentencia judicial que declara la prescripción debe inscribirse en el Registro del Conservador (arts. 689 y 2513); pero tal inscripción se exige sólo para que la prescripción produzca efectos contra terceros y para mantener la continuidad de la historia de la propiedad raíz: la inscripción de la sentencia que declara la prescripción no importa un modo de adquirir el dominio, pues éste ya está adquirido por la prescripción, y tampoco es un medio de adquisición de la posesión, ya que ésta lógicamente debe existir en favor del que obtuvo la sentencia declaratoria de la prescripción adquisitiva.

b) Descartados los títulos no traslativos de dominio, quiere decir que la exigencia de la inscripción conservatoria para adquirir la posesión de un inmueble (art. 724), queda restringida a los títulos traslativos de dominio.

Nadie discute que para adquirir la posesión regular de un inmueble inscrito, cuando se invoca un título traslativo de dominio, es necesaria la inscripción conservatoria de dicho título. La exigencia es indudable: la ley

⁵⁹ Corre Suprema, sentencias de 13 de enero de 1911, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo IX, sec. 1º, págs. 224, y de 4 de julio de 1928, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, sec. 1º, págs. 306. En una ocasión la Corte Suprema resolvió lo contrario; pero fue por razones de equidad: Corre Suprema, 7 de julio de 1921, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XX sec. 1º, págs. 513.

dice expresamente que para la existencia de la posesión regular es necesaria la tradición cuando se hace valer un título traslativo de dominio (art. 709, inc. 3º), y la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador (art. 686, inc. 1º). Pero, en cuanto a la posesión irregular, hay controversia.

Una opinión minoritaria sostiene que la inscripción conservatoria no se requiere para adquirir la posesión irregular de un inmueble inscrito cuando se invoca un título traslativo de dominio. La exigencia perentoria del artículo 724 sólo comprende la posesión regular, porque sólo en ella se necesita esencialmente la tradición; la posesión irregular, la violencia y la clandestinidad no requieren de la tradición, pueden existir sin la inscripción en el Registro del Conservador, según se deduce de diversas disposiciones (arts. 702, 708, 729 y 730).

La doctrina anterior está hoy abandonada. Casi todos nuestros autores y maestros piensan, en la actualidad, que tanto la adquisición de la posesión regular como la de la irregular de un bien raíz inscrito cuando se hace valer un título traslativo de dominio, necesitan de la inscripción en el Registro del Conservatorio. Numerosas razones apoyan el aserto.

1ª. Es verdad que la posesión no necesita de tradición, de inscripción; pero también lo es que la ley declara reiteradamente que el poseedor inscrito no pierde su posesión mientras subsiste la inscripción a su favor, y para que ésta no subsista es preciso que el adquirente realice una inscripción nueva (arts. 728, 729 *a contrario sensu*, 730 y 2505). Sin una nueva inscripción no se adquiere ninguna clase de posesión sobre un inmueble inscrito cuando se invoca un título traslativo de dominio, pues las mencionadas disposiciones declaran que el poseedor inscrito conserva su posesión, mientras la inscripción a su favor no se cancele. Siendo así, de seguir la opinión contraria, que estima innecesaria la inscripción cuando se trata de adquirir la posesión irregular, resultaría que el poseedor inscrito, conforme a los preceptos citados, conservaría la posesión regular y, al mismo tiempo, según la opinión que se combate, el que adquiere materialmente la cosa y la conserva bajo su poder físico, tendría una posesión irregular. Es evidente el absurdo de admitir la posibilidad de la existencia simultánea de un poseedor regular y de otro irregular sobre la misma cosa.

2ª. El artículo 2505 dispone que "contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales contenidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo". Ahora bien, si la posesión irregular pudiera adquirirse sin la inscripción, habría prescripción contra título inscrito sin otro título inscrito, pues podría prescribirse extraordinariamente el inmueble inscrito a virtud de la posesión irregular adquirida sin inscripción. La infracción del artículo 2505 sería flagrante, ya que éste no distingue entre prescripción ordinaria y extraordinaria; en la hipótesis que consideramos, rechaza ambas.

3ª. El Mensaje del Código Civil afirma que "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". Se reitera, pues, que el

que no inscribe el título no es siquiera poseedor irregular, puesto que se le califica de mero tenedor.

4ª. Todo el sistema del Código tiende a que los inmuebles se incorporen al régimen del Registro Conservatorio, y sería absurdo pensar que el legislador dejara abiertas las puertas para que, después que un inmueble ha entrado a ese régimen, pudiera salir de él mediante la adquisición de la posesión del bien raíz sin inscripción.

Puede concluirse que la posesión, tanto regular como irregular, de un inmueble inscrito no se puede adquirir, cuando se invoca un título traslativo de dominio, sino mediante la inscripción de éste.

En el mismo sentido se inclina la jurisprudencia dominante. Así, un fallo de la Corte Suprema declara que el artículo 2505, al disponer que contra un título inscrito no tiene lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces sino en virtud de otro título, también inscrito, constituye una disposición especial relativa a la propiedad del inmueble inscrito, que prevalece sobre la consignada en el artículo 2510, que rige la prescripción extraordinaria de toda clase de bienes.⁶⁰

C. Conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles no inscritos

740. LA FALTA DE ALGÚN ELEMENTO DE LA POSESIÓN HACE PERDER LA DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS. Los inmuebles no inscritos se encuentran en la misma situación que los bienes muebles. Por tanto, su posesión se pierde si falta el *corpus* o el *animus* y, con mayor razón, si faltan ambos.

A los inmuebles no inscritos se aplican los artículos 726 y 729.

Dice el artículo 726: "Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan".

Como vemos, aquí se pierde el *corpus*, el elemento material.

Dice el artículo 729: "Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde". Porque también pierde el *corpus*, el elemento material.

Además, es evidente que si el dueño de un inmueble no inscrito lo enajena, también pierde la posesión, de acuerdo con las reglas generales. Y en este caso pierde la posesión, porque le falta el *corpus* y porque le falta el *animus*, es decir, los dos elementos de la posesión.

En esto ninguna dificultad hay y nadie siquiera ha osado discutirlo.

750. USURPACIÓN DEL MERO TENEDOR. Dice el inciso 1º del artículo 730: "Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a

⁶⁰ Sentencia de 30 de junio de 1930 ("Sucesión de Guillermo Lyon con Contreras"), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 73.

menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior".

La norma es casi redundante, pues sólo consagra principios ya establecidos en los artículos 716 y 719, inciso 2º, realtina, si, la característica de indeleble que tiene la mera tenencia.

751. INSCRIPCIÓN DE UN TÍTULO RELATIVO A UN INMUEBLE NO INSCRITO QUE NO EMANA DEL POSEEDOR. Supóngase que una persona, sabedora de que el poseedor de un inmueble no lo tiene inscrito, otorgue o celebre un acto o contrato y el adquirente inscriba a su favor el título que comprende dicho predio no inscrito. Por virtud de esa sola inscripción, perdería su posesión el poseedor no inscrito, a pesar de no haber intervenido para nada en el acto o contrato constitutivo del título que se inscribió?

Los que piensan que la inscripción conservatoria es una *fiction* legal que representa abstractamente los dos elementos de la posesión (*corpus* y *animus*, tenencia y ánimo de señor y dueño) responden afirmativamente: la inscripción hace adquirir la posesión. Y el poseedor no inscrito que de esta manera llega a perder su propiedad de nada tendrá que quejarse, porque fue negligente al no realizar la inscripción para gozar de todas las garantías que el Código otorga a la posesión inscrita, y porque también incurrió en otra negligencia al dejar que el falso adquirente inscribiera a su nombre sin formular oposición.

Los que sostienen que la inscripción es sólo una *garantía* de la posesión, es decir de un hecho real, responden negativamente: la inscripción es un requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor o dueño y si esa tenencia no existe, si no hay una posesión material, la inscripción por sí sola nada significa, es una *inscripción de papel*, o sea, una mera anotación en el Registro del Conservador sin que el titular de ella tenga la posesión física y material del inmueble; nada contiene ni representa. De los artículos 685 y 730 —prosiguen los defensores de esta tesis— se deduce que, tratándose de inmuebles no inscritos, para que la tradición (inscripción) dé al adquirente la posesión, es necesario que el tradente que la enajena como suya tenga la posesión material o, a lo menos, la mera tenencia, o bien que el adquirente haga esa aprehensión por sí mismo. Consecuentemente, para que cese la posesión del bien raíz no inscrito es necesario que haya apoderamiento material de él, conforme también lo preceptúa la regla general del artículo 726.⁶¹

En cuanto a la imputación de negligencia del poseedor no inscrito, se ha contestado que la ley no hizo obligatoria la inscripción inmediata de los inmuebles, por lo cual mal puede sancionarse tal imprevisión. Relativamente a la negligencia del poseedor material de no oponerse a la pretensión del

falso adquirente de inscribir a su nombre la propiedad, se contesta que si bien es verdad que en las transferencias entre vivos la primera inscripción se hace previa publicación de avisos, este medio imperfecto de notificar al poseedor material no inscrito no puede producir el importante efecto de privarle de su posesión sin que medie el apoderamiento de que habla el artículo 726. No hay duda de que esta última reñutación carece de valor; no reñuta nada. Es verdad que el medio de notificar a los posibles afectados es imperfecto, pero es el que ha establecido el legislador. En todo caso, como veremos oportunamente, el poseedor material, según lo ha reconocido la jurisprudencia, tiene acción judicial para pedir que se le ampare en el ejercicio de su posesión, perturbado por la inscripción.

La jurisprudencia de estos últimos tiempos se ha inclinado a la segunda de las tesis expuestas. Y así ha dicho:

"La inscripción exigida por la ley para perfeccionar en ciertos casos la posesión de bienes raíces u otros derechos reales, no es por sí sola medio constitutivo de una posesión que no se tiene, sino requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor, que es lo único que caracteriza la posesión. Sin tenencia con ánimo de dueño no hay posesión, y si bien es cierto que el artículo 724 exige inscripción especialmente respecto de ciertos bienes, no es menos evidente que esta formalidad es requerida en consecuencia con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión, tal como se halla definida en el artículo 700. Otra interpretación conduce al absurdo jurídico de que cualquier poseedor de propiedad no inscrito, aun cuando ejerza el pleno goce, tranquilo y no interrumpido de sus bienes, pueda perder su posesión porque otra persona sin conocimiento del poseedor verifica la inscripción de un título otorgado por tercero".⁶²

También se ha fallado que "la persona que inscribe a su nombre un bien raíz con posterioridad a la época desde la cual posee el mismo bien otra persona, la posesión de la primera es 'de papel': no representa una realidad posesoria. Por ende, es inaplicable al caso el artículo 728 del Código Civil, ya que no se trata de hacer cesar la 'posesión' inscrita, pues no lo es la de papel. Tampoco resulta aplicable esa norma porque mal puede haberse apoderado de la cosa la persona que la posea desde antes y siguió poseyéndola después del otorgamiento de la escritura por un tercero, sobre el mismo bien, hecha a favor del que la inscribió.

Si el vendedor del que tiene la posesión de papel no tenía dominio ni posesión del predio, la escritura de venta inscrita no es propiamente un título traslativo. Tal vendedor nada transfirió y la respectiva inscripción es ineficaz e inocea. En consecuencia, no procede aplicar el caso del artículo 2505 del Código Civil, que dice que contra un título inscrito no tiene lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales cons-

⁶¹ Tomás Ramírez, "Carra a don Humberto Trucco", publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo VII, sec. Derecho, pág. 148; Casco Vidal, ob. cit., pág. 154.

⁶² Véase la serie de sentencias pronunciadas de acuerdo con esta doctrina en el "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Código Civil, tomo II, Nos. 3º y 4º de la Jurisprudencia del artículo 724.

titudos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empieza a correr sino desde la inscripción del segundo".⁶³

D. Conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles inscritos

752. NECESIDAD DE CANCELAR LA INSCRIPCIÓN PARA QUE CESE LA POSESIÓN INSCRITA; INEFICACIA DE LOS ACTOS FÍSICOS DE APODERAMIENTO. Dice el artículo 728 del Código Civil: "Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se *cancele*, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial. 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".

La Corte Suprema ha dicho reiteradamente, aplicando este artículo, que respecto de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad raíz inscrita, la inscripción otorga el goce de la posesión a favor de la persona a cuyo nombre se encuentra inscrita la propiedad, con exclusión de toda otra persona, para que termine tal posesión es necesario que se cancele la inscripción a su favor, y mientras esto no suceda el que se apodera materialmente del predio no adquiere su posesión ni pone fin a la posesión existente.⁶⁴

753. EL APODERAMIENTO MATERIAL, ¿PERMITE LA POSESIÓN IRREGULAR? Algunos opinan que en los casos en que alguien se apodera materialmente de una cosa cuyo título está inscrito, podría adquirir la posesión irregular de la cosa, opinión esta que se basa en el ya conocido argumento de que la posesión irregular es aquella a la cual le falta un elemento de la regular, y, por lo tanto, se dice, al aprehender materialmente, el título del poseedor no podrá ser regular, porque no tiene inscripción; pero, en cambio, puede ser irregular.

Esta manera de pensar va en contra de la letra misma del artículo 728, que dice 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. El artículo 728 rechaza la adquisición de cualquiera posesión por parte del usurpador, pues no distingue entre la regular y la irregular.

La doctrina que sostiene que el usurpador material del inmueble inscrito adquiere la posesión irregular de éste, atenta también contra la letra y el espíritu del artículo 2505, según el cual contra un título inscrito no tiene lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales consuntivos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, pues permitiría al usurpador material adquirir la posesión irregular del inmueble inscrito y, consiguientemente, adquirirlo por la prescripción adquisitiva extraordinaria al cabo de diez años.

Aún más, ya nosotros hemos explicado que la posesión tiene un gran parecido con el derecho de propiedad o el dominio, en el sentido de que la posesión es exclusiva y excluyente, que no puede haber dos poseedores absolutos con respecto a una misma cosa. Ahora bien, según la opinión que comentamos, existirían aquí dos poseedores: 1) la posesión inscrita, que el artículo 728 dice que no cesa por el apoderamiento material, y 2) también existiría la posesión del que se apodera de la cosa. Y esto constituye una aberración, ya que no puede haber sobre una misma cosa dos poseedores absolutos.

Pero la doctrina en análisis se hace cargo de la objeción, y afirma que en este caso la posesión irregular viene a interrumpir la posesión del poseedor inscrito, de acuerdo con el artículo 2502, N° 2º, del Código Civil, que dice: "La interrupción es natural: 1º Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona". Sin embargo, en este caso, el mismo artículo 728 afirma 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. De modo que los propios términos del artículo 728 están demostrando que los actos materiales de apoderamiento no constituyen interrupción de la posesión; porque la interrupción surge cuando se ha perdido la posesión y otro ha entrado en ella; y el artículo 728 afirma expresamente que el poseedor inscrito, mientras subsista su inscripción, no pierde la posesión por el apoderamiento físico que un tercero haga del inmueble a que se refiere el título inscrito.

En suma, podemos llegar a esta conclusión: frente a una posesión inscrita, no valen absolutamente de nada los actos materiales de apoderamiento de la cosa que haga un tercero; ellos, por un lado, no hacen perder la posesión del poseedor inscrito, ni tampoco, por otro, le dan posesión alguna al tercero.

Entre los últimos fallos que no se apartan de esta línea puede citarse uno de la Corte Suprema de 25 de noviembre de 1986, que declara: "Según se desprende del artículo 2505 del Código Civil, la prescripción extraordinaria no puede hacerse valer contra los títulos inscritos y para que la aplicación de esos títulos cese, es necesario un nuevo título, sin el cual aquél mantiene su vigencia. Por lo tanto, esa prescripción extraordinaria no puede ser alegada para obtener el dominio o propiedad de un bien raíz inscrito con anterioridad a nombre de un tercero".⁶⁵

754. LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN PONE FIN A LA POSESIÓN INSCRITA; CLASES DE CANCELACIÓN. ¿Cómo se pone fin a la posesión inscrita? El artículo 728 responde con claridad: "Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele".

El mismo artículo indica las formas de cancelación, que son tres: 1) voluntad de las partes; 2) una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro; 3) decreto judicial.

⁶³ Corte de Santiago, 15 de diciembre de 1970, R. de D. y J., tomo LXXVII, sec. 3ª, pág. 153.

⁶⁴ Véase Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil, tomo II, N° 4 de la jurisprudencia del artículo 728.

⁶⁵ R. de D. y J., tomo LXXXIII, sec. 1ª, pág. 157; Fallos del Mes, N° 386, sent. 14, pág. 782.

755. a) CANCELACIÓN VOLUNTARIA DE LAS PARTES. La voluntad de las partes a que alude el artículo 728 es la convención o el acuerdo celebrado por dos o más personas con el objeto de dejar sin efecto una inscripción. Se presenta este caso, por ejemplo, si dos personas habiendo celebrado un contrato de compraventa de una casa y hecho la tradición por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, con posterioridad acuerdan dejar sin efecto el contrato y cancelar la inscripción que se había hecho con motivo de la compraventa.

Tal acuerdo, en que necesariamente ha de tomar parte el poseedor a que la inscripción se refiere (pues de lo contrario sería ilícito decir que una inscripción ha cesado en forma voluntaria), carece de existencia legal si no consta en instrumento auténtico, porque sólo mediante su exhibición puede el Conservador hacer la correspondiente inscripción.

Esta cancelación debe efectuarse *materialemente* en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Sin embargo, una sentencia de la Corte Suprema⁶⁶ aceptó la cancelación *virtual* de la inscripción por voluntad de las partes manifestada tácitamente, por haber tolerado, durante más de treinta años el titular de la inscripción actos de dominio ejecutados por los poseedores materiales del predio. Este fallo aislado mereció muchas críticas, aunque morigeradas algunas en razón de que en el caso concreto del pleito concurrían circunstancias de equidad.⁶⁷

756. b) CANCELACIÓN POR DECRETO JUDICIAL. Se produce cancelación por decreto judicial cuando se ha seguido un juicio y en él obtiene una de las partes el reconocimiento de la posesión que mantiene o la orden de que se le dé o devuelva la posesión que mantiene ilegalmente la otra.

Así, por ejemplo, uno de los juicios en que se ordena cancelar la inscripción conservatoria *reconociendo* la posesión existente es aquel en que los contendores tienen inscripción y discuten cuál de ellos es el poseedor. Y ejemplo de juicio para *dar* o *recuperar* la posesión poniendo fin a la posesión inscrita existente es el reivindicatorio: si el verdadero dueño interpone demanda reivindicatoria contra el poseedor inscrito y obtiene fallo en que se reconoce su derecho de dominio, el juez dicta un decreto en que ordena que se cancele la inscripción del poseedor no dueño.

Las cancelaciones voluntarias y por decreto judicial se hacen *materialemente* por medio de una subinscripción al margen de la inscripción (Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces, arts. 88 y 91). La cancelación material se contrapone a la *virtual*, que se produce en el caso a que nos referimos a continuación.

757. c) CANCELACIÓN POR UNA NUEVA INSCRIPCIÓN EN QUE EL POSEEDOR INSCRITO TRANSFIERE SU DERECHO A OTRA PERSONA. Es el caso de más ordinaria ocurrencia. Ejemplo: Pedro es dueño de una propiedad y la tiene inscrita en el Conservador de Bienes Raíces; si la vende a Juan, éste debe hacer su inscripción, que constituye, como sabemos, la tradición. Ahora bien, esta nueva inscripción que se hace del inmueble a nombre de Juan, tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior. Propiamente, pues, esta cancelación no es material sino *virtual* y se produce en forma automática por el hecho de que el poseedor inscrito transfiera a otra persona su derecho; simultáneamente con efectuarse la tradición, mediante la inscripción a favor del comprador, queda cancelada la inscripción anterior. En la nueva inscripción debe hacerse mención a la inscripción precedente (Código Civil, art. 692, y Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces, art. 80) para mantener la continuidad de la historia de la propiedad raíz.

758. ¿PRODUCE EL TÍTULO INJUSTO LA CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN ANTERIOR? Se presenta el problema de determinar qué efectos produce la inscripción de un título injusto, como el conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo; el que adolece de un vicio de nulidad, etc.

En un principio la Corte Suprema estableció que, exigiendo el artículo 728 para la cancelación de la inscripción una nueva en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, y no teniendo el título traslativo injusto tal virtud, no produce el efecto de cancelar la inscripción, ni, consiguientemente, el de poner fin a la posesión existente.⁶⁸

Con posterioridad, la jurisprudencia ha establecido lo contrario, esto es, que la *inscripción de un título injusto sirve para cancelar una inscripción anterior y hacer cesar la posesión inscrita que a ella correspondía*. Razones: a) si puede prescribirse sin título alguno (art. 2510, N° 1°), con mayor razón se podrá prescribir con un título injusto, que, cancelando la posesión inscrita anterior, dé nacimiento a una posesión irregular, que sirva de base a la prescripción extraordinaria; b) los artículos 728 y 2505, que se refieren a la cancelación de la posesión inscrita por la inscripción de un nuevo título traslativo de dominio, no distinguen entre títulos justos e injustos; y c) el artículo 730 considera precisamente un caso de cancelación de una inscripción mediante la inscripción de un título injusto, como es el título que deriva del usurpador, que más injusto no puede ser.⁶⁹

759. INSCRIPCIÓN TOTALMENTE DESLIGADA DE LA ANTERIOR; INTELIJENCIA DE LA FRASE "COMPETENTE INSCRIPCIÓN". Para que una inscripción ponga fin a la

⁶⁶ Sentencia de 20 de junio de 1930. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 252 (juicio "Osorio con Yanetti").

⁶⁷ Corte Suprema, 20 de junio de 1930. R. de D. y J., tomo XXVIII, sec. 1ª, pág. 252, y "Repertorio" citado, Código Civil, tomo II, art. 728, N° 10, II y notas, pág. 141 de la 2ª edición.

⁶⁸ Sentencia de 28 de diciembre de 1907. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo V, sec. 1ª, pág. 419.

⁶⁹ Corte de Santiago, 29 de agosto de 1945. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XLIII, sec. 2ª, pág. 65 (considerando 64, pág. 85).

posesión anterior y dé origen a una nueva, ¿es necesario que esta nueva inscripción guarde relación, aunque sea sólo aparente, con la anterior? Cuando una persona suplanta al poseedor y se presenta como mandatario suyo sin serlo, aparentemente es siempre el poseedor inscrito el que transfiere su derecho; en el Registro del Conservador no hay solución de continuidad, la cadena de poseedores inscritos no se interrumpe. Pero si la inscripción nueva ni siquiera aparentemente guarda relación con la antigua, ¿puede aquélla cancelar ésta y permitir la posesión del titular de la nueva inscripción? Supóngase que el inmueble está inscrito a nombre de Primus; algún tiempo después Secundus, arrendatario de aquél, se dice dueño del inmueble y se lo vende a Tertius. Este inscribe. La cuestión se plantea en esta forma: ¿la inscripción de Tertius produce o no el efecto de cancelar la inscripción de Primus?

Dice el inciso 1° del artículo 730: "Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior".

Un mero tenedor que, precisamente, es el que tiene la cosa a nombre de otro, aun cuando la usurpe, no mejora su título: porque la mera tenencia es inmutable, y porque es un principio universalmente reconocido que nadie puede mejorar su propio título. Pero, en cambio, si el mero tenedor enajena a su propio nombre la cosa, según el artículo, se pone fin a la posesión anterior y se da nacimiento a una nueva posesión: porque el artículo 717 establece que la posesión es personal, que no se transmite ni se transfiere. Luego, no obstante que el título emana de un mero tenedor, la persona a quien se enajena pasa a ser poseedor. Y es también por esto que el artículo 683 establece que si bien el tradente no puede ganar la cosa por prescripción, el adquirente puede ganarla; en otras palabras, cuando el tradente es mero tenedor, si transfere a otra persona, ésta puede ganar la cosa por prescripción.

Como la disposición del inciso 1° del artículo 730 no distingue, se aplica tanto a los bienes *muebles* como a los *raíces no inscritas*.

El inciso 2° del artículo 730 contempla el caso referente a los *bienes raíces inscritas*, y dice: "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".

Ejemplo: Pedro, dueño y poseedor inscrito, me arrienda un inmueble. Yo, arrendatario, descubro que el título de Pedro tiene cierto defecto legal y, sintiéndome con mejor derecho, le hago entrega material de la propiedad a Juan. Ahora bien, esta entrega material que yo, mero tenedor, hago a Juan, no hace que Juan adquiera la posesión, y tampoco que Pedro pierda la suya "sin la competente inscripción"; en otros términos, con la competente inscripción cesa la posesión anterior inscrita del poseedor, y la adquiere el adquirente del mero tenedor.

Y aquí surge la cuestión planteada más arriba: ¿qué entiende el legislador por *competente inscripción*?

Se han formulado dos interpretaciones: 1) la "competente inscripción" de que habla el artículo 730, inciso 2°, es la inscripción que emana del verdadero poseedor; 2) "competente inscripción" es la realizada con las solemnidades legales por el funcionario competente, en el Conservador del departamento de la ubicación del inmueble que se transfiere.

1) La primera doctrina sostiene que *competente inscripción* es la adecuada para poner fin a la posesión existente y dar origen a una nueva; tal inscripción sólo puede ser aquella en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otra persona, porque si bien es cierto que hay dos medios más por los cuales se puede cancelar una inscripción y hacer cesar la posesión inscrita existente (voluntad de las partes y decreto judicial), ellos, por su propia naturaleza, no proceden en el caso del mero tenedor de un inmueble inscrito que se da por dueño de él y lo enajena. Sólo considerando como competente inscripción la que emana del poseedor inscrito anterior se puede mantener la continuidad de la propiedad inscrita y la cadena eslabonada de las inscripciones.

Puede que parezca extraño —dicen los sostenedores de esta doctrina— que se exija que la inscripción sea la del poseedor inscrito que transfiere su derecho a otra persona cuando justo se trata de la hipótesis del usurpador que, pasando sobre el poseedor inscrito, enajena la cosa. Sin embargo, hay casos que explican esta aparente contradicción: a) el del poseedor inscrito que ratifica la venta hecha por el usurpador del inmueble (C. Civil, art. 1818); b) el del usurpador que, después de enajenar el inmueble, lo adquiere por acto entre vivos o por sucesión por causa de muerte, validándose entonces retroactivamente la venta (C. Civil, art. 1819), y c) el caso del usurpador que, tomando el nombre del verdadero dueño, haciéndose pasar por él, suplantándolo, vende el inmueble usurpado inscrito: la inscripción de este título injusto cancela la inscripción anterior, sin perjuicio de que el verdadero dueño conserve su derecho para impetrar judicialmente la cancelación de la nueva inscripción, realizada dolosamente, mientras no se extinga tal derecho por prescripción.

Esta restringida aplicación del inciso 2° del artículo 730 a que conduce la doctrina de que competente inscripción es sólo la que emana real o aparentemente del poseedor inscrito anterior, ha sido refutada. Dicen los impugnadores que los casos a) y b) tienen más relación con el dominio que con la posesión y que el caso de la letra c) está expresamente excluido por la letra de la disposición citada, que se refiere al usurpador que, dándose por dueño de la cosa raíz, la enajena a su propio nombre.

En resumen, la doctrina en comentario afirma que la competente inscripción de que habla el artículo 730 no puede ser otra que la que según el artículo 728 es capaz de cancelar la inscripción anterior. Sólo así se armonizan los dos preceptos.

2) La segunda doctrina afirma que la competente inscripción a que se refiere el inciso 2° del artículo 730, necesita para que la persona que adquiere un inmueble de manos del usurpador que se da por dueño de él entre en

posesión y ponga término a la posesión anterior inscrita, es la inscripción de la enajenación en el Registro que corresponda según la ubicación del inmueble, efectuada con las solemnidades legales.

La ley admite que el poseedor inscrito pueda perder la posesión como consecuencia de la enajenación de la cosa por el usurpador, seguida de la competente inscripción, y, por consiguiente, esta inscripción no puede ser otra que la del título de enajenación derivado del usurpador. No ha podido referirse la ley a una inscripción que proceda del poseedor inscrito, pues a ese caso alude el artículo 728, y el artículo 730 se coloca en el supuesto de que no es el poseedor inscrito el que enajena la cosa, sino, por el contrario, el que la pierde por obra del usurpador. De otro modo la disposición del artículo 730, inciso 2º, no tendría aplicación y estaría de más, porque se ocuparía de un caso ya previsto y resuelto por el artículo 728.

Y la verdad es que el alcance de uno y otro precepto es diverso. En tanto el artículo 728 se refiere a la cesación de la posesión inscrita a virtud de una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, el artículo 730 alude, en cambio, a la pérdida de la posesión por parte del poseedor inscrito, a virtud de la inscripción de un título de enajenación conferido a un tercero, por el que tenía la cosa en lugar y a nombre del poseedor inscrito.

La competente inscripción de que habla el inciso 2º del artículo 730 no puede ser otra que la que se efectúa con las solemnidades legales por el funcionario competente, en el Conservador del Departamento de la ubicación del inmueble que se transfiera. La nueva inscripción así practicada tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior que existe sobre la misma propiedad.

La jurisprudencia ha oscilado entre las dos doctrinas; pero últimamente ha venido uniformándose en favor de la segunda.⁷⁰

760. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL CASO DEL ARTÍCULO 730. En el caso del artículo 730 del Código Civil la nueva inscripción practicada de acuerdo con los requisitos exigidos por el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior existente sobre la misma propiedad. No es necesaria la cancelación material de la inscripción anterior, pues ella no podría ser válidamente cancelada por el que enajenó la cosa.⁷¹

761. APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LA DISPOSICIÓN DEL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 730 AL CASO QUE CONTEMPLA. El inciso 2º del artículo 730 es una disposición excepcional y, por tanto, debe aplicarse restrictivamente al caso que contempla. Y no sería éste, por ejemplo, el de una persona que sin ser arrendatario ni

⁷⁰ Véase *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena*, Código Civil, tomo II, 2ª edición, Nº 9 de la jurisprudencia del artículo 728 y Nº 8 de la del 730.
⁷¹ Idem, Nº 11 de la jurisprudencia del artículo 730.

detentador de la cosa por cualquier otro título de mera tenencia, aprovechándose de que al fallecimiento de una persona, habían quedado momentáneamente vacantes los bienes, y mientras estaba pendiente el caso de aceptación por su legítimo heredero, hace la transferencia a un tercero según documentos que no testimonian dominio anterior del vendedor. La inscripción de ese título no puede producir efectos legales y debe considerarse inexistente; la inscripción legítimamente hecha a favor del heredero subsiste en todo su vigor. Así lo ha declarado la Corte Suprema.⁷²

Sin embargo, algunos autores dan al inciso 2º del artículo 730 una interpretación amplia: no circunscriben su aplicación al tenedor de la cosa a nombre de otro que la usurpa, sino que la extienden a todo tenedor material de un inmueble que lo enajena a su propio nombre. Estiman que aun que la letra del artículo 730 no autoriza esta inteligencia amplia, la legítima o justa fe del espíritu del legislador, el cual sería que toda inscripción habilita para adquirir la posesión, siempre que concurren los requisitos de la tenencia y de ánimo de señor y dueño.

762. EL ADQUIRENTE DEL USURPADOR DE UN INMUEBLE NO INSCRITO, ¿NECESITA INSCRIBIR SU TÍTULO PARA ADQUIRIR LA POSESIÓN? La *competente inscripción*, ¿debe realizarse también el adquirente del usurpador de un inmueble *no inscrito*? Supóngase que Primus sea dueño de un bien raíz no inscrito y que Secundus sea su arrendatario. Si el último, dándose por dueño, lo vende a Tertius, para que este adquiriera la posesión y Primus la pierda, ¿será necesaria o no la competente inscripción?

1) La respuesta, según algunos, es de carácter afirmativo, porque "el legislador no ha podido querer decir que sólo necesite el adquirente inscribir su título cuando se trata de un inmueble inscrito, sino que, refiriéndose a un caso en que el poseedor tiene inscrito el título sobre la cosa que a su nombre detenta otro y que éste usurpa y enajena, manifiesta que la posesión inscrita perdura mientras el adquirente no inscriba a su vez. El artículo 730 está contemplando particularmente la *pérdida* de la posesión, no su *adquisición* sobre la cual ya se ha establecido en el artículo 724 la regla general, que si la posesión procede de un título traslativo de dominio, la posesión tratándose de inmuebles no puede adquirirse sino por la inscripción en el Registro del Conservador; nadie podrá adquirir la posesión de la cosa sino por este medio..."⁷³

2) A juicio de otros, no es forzoso que el adquirente del usurpador de un inmueble no inscrito realice la inscripción de su título para adquirir la posesión. Razones: a) el inciso 2º del artículo 730 se refiere al caso de un poseedor *inscrito* y no puede extenderse la exigencia de la inscripción al caso de un poseedor no inscrito; b) habría inconsecuencia en exigir la inscripción si se toma en cuenta que los artículos 726 y 729 expresan que el

⁷² Idem, Nº 7 de la jurisprudencia del artículo 730.

⁷³ Caso Solar, ob. cit., tomo VII, pág. 562.

simple apoderamiento material de una cosa es suficiente para adquirir la posesión de un inmueble no inscrito.

Según Somarriva, si se usurpa un inmueble no inscrito y el usurpador lo enajena, hay que distinguir si el adquirente va a adquirir la posesión regular o la irregular. Si la regular, se precisa la tradición hecha por medio de la inscripción, que debe realizarse, no en mandato del artículo 724, sino en el del artículo 702, como quiera que cuando se invoca un título traslativo de dominio, debe haber tradición, y la forma de hacerla, tratándose de inmuebles, es por medio de la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Pero no es menester la inscripción si el adquirente del usurpador adquiere la posesión *irregular* de la cosa.

6. FICCIÓN Y PRESUNCIONES RELATIVAS A LA PRUEBA

763. RECUPERACIÓN DE LA POSESIÓN PERDIDA; FICCIÓN DE HABERLA TENIDO DURANTE TODO EL TIEMPO INTERMEDIO. La ley concede las acciones posesorias para conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. Y el que recupera legalmente la posesión perdida, se entiende haberla tenido durante todo el tiempo intermedio (art. 731).

Esta ficción de la ley cobra importancia para la prescripción adquisitiva, que se funda en un estado posesorio continuado, sin interrupción durante el tiempo fijado por la ley. Existe una de las especies de interrupción natural de la posesión cuando se ha perdido por haber entrado en ella otra persona (art. 2502, N° 2°). Y esta interrupción natural proveniente de un acto humano produce el efecto de hacer perder todo el tiempo de la posesión anterior, a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el título *De las acciones posesorias*, pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído" (art. 2502, inc. final).

Nótese que la ficción legal del artículo 731 "no es una simple aplicación de la presunción probatoria que establece el inciso final del artículo 719 al disponer que 'si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio', porque la prueba del despojo o usurpación de la cosa en el tiempo intermedio destruye los efectos de la presunción simplemente legal; sino que importa establecer que no ha existido interrupción para el desposeído si legalmente ha recuperado la posesión".⁷⁴

764. PRESUNCIONES PARA FACILITAR LA PRUEBA DE LA POSESIÓN. 1) Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega (art. 719, inc. 1°). Basta, pues, que el que invoca la posesión a nombre propio pruebe que en esa calidad empezó

⁷⁴ Claro Soler, ob. cit. tomo VII, pág. 577, N° 896.

a poseer para que la ley presuma la continuidad de la posesión propia hasta el momento en que se alega. Tal presunción es simplemente legal y la parte contraria podría destruirla demostrando que la posesión inicial se transformó después en mera tenencia.

2) Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno,⁷⁵ se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas (art. 719, inc. 2°). Por tanto, el que alega que actualmente posee a nombre propio, habiendo empezado a detentar la cosa a nombre de otro, deberá probar la existencia de un título nuevo que le atribuya carácter de poseedor a nombre propio.

Guarda armonía el inciso 2° del artículo 719 con el artículo 716, según el cual "el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión...".

3) Si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio (art. 719). Por tanto, en este caso, para que entre en juego la presunción hay que demostrar previamente dos extremos: el hecho de la posesión actual y el de que el poseedor actual ha poseído anteriormente.

Con la presunción de la posesión en el tiempo intermedio la ley favorece al poseedor, pues a éste sería muy difícil, y a veces imposible, demostrar la continuidad de la posesión en todos los instantes del tiempo requerido.

Esta presunción, como todas las del artículo 719, es simplemente legal que cede ante la prueba contraria.

⁷⁵ Se ha tachado de contradictoria la expresión "poseer a nombre ajeno" empleada por el inciso 2° del artículo 719, porque la posesión es a nombre propio y la tenencia a nombre ajeno. Y así es en verdad si se considera la terminología estricta que, según el Mensaje, sigue el Código. Empero, la comodidad de lenguaje justifica el uso de esas palabras, y, por otra parte, no debe olvidarse que en un sentido general y amplio la idea de la posesión es, como advierte la doctrina, un estado de hecho por el cual alguien tiene una cosa *con* o *sin* intención de tenencia como propia. La crítica es, por tanto, sutil y discutible.