

Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
II Semestre 2007

Profesores: Francesco Campora  
David Núñez

DERECHO CIVIL IV

MATERIAL COMPLEMENTARIO

Posesión

Atria, Fernando. Derechos Reales, Comentario de la Jurisprudencia del año 2004. En: Revista de Derecho (U. Adolfo Ibáñez), Santiago, N°2, 2005, pp. 64-97.

que fincaba a las municipalidades para demoler las obras que particulares hayan instalado en bienes de uso público, sin perjuicio del derecho del particular a reclamar posteriormente<sup>30</sup>.

*Well con Remonet* es un buen caso para cerrar esta sub-sección sobre recurso de protección, y con ella la sección sobre acciones de protección del dominio y la posesión. Aquí se discutió sobre la arbitrariedad e ilegalidad de la decisión de un juez de letras de Puerto Montt que ordenó al conservador de bienes raíces inscribir una transferencia de propiedad que éste se había negado a realizar<sup>31</sup>. La corte de apelaciones desechó por mayoría el recurso por entender que había sido interpueso extemporáneamente, contando el plazo desde el momento en que la inscripción ordenada por el tribunal recurrido había sido practicada. La Corte Suprema ignoró este argumento, y sin referirse a él conoció del fondo del caso y revocó la sentencia de primera instancia, acogiendo el recurso. El argumento decisivo ofrecido por la Corte para acoger el recurso fue que los afectados por la orden del juez no habían sido emplazados:

Que la juez recurrida al dictar la resolución que motiva este recurso ha actuado en forma arbitraria, toda vez que dio curso a la solicitud de inscripción alterando derechos de terceros quienes no tomaron oportuno conocimiento de la misma, lo que impidió hacer valer sus derechos, vulnerándose la garantía consagrada en el artículo 19 n.º 2.º de la Constitución Política de la República, esto es el derecho de propiedad (c.º 4.º sent. seg. inst.).

Todo lo dicho en las secciones anteriores sobre el sistema de acciones de protección del dominio queda en contradição con esta decisión de la Corte Suprema y otras similares: carece de sentido entender que el legislador ha regulado las formas en que un afectado puede defender su posesión, dominio o en su caso tenencia de una cosa si todas esas regulaciones pueden ser ignoradas mediante el ejercicio de un recurso de protección.

#### LA POSESIÓN

Las decisiones en *González con Vidal, Erruticola de Ayojagosta con Escalante y en Inmobiliaria Lo Curro con Callejas* tienen el denominador común que se refieren a la posesión y en especial al valor que debe reconocerse a la inscripción conservatoria. Pero tienen un denominador común adicional: los problemas planteados en ellas fueron suscitados por legislación de saneamiento del dominio, que permite a quien no tiene la posesión inscrita legalmente acceder a ella. El problema con la legislación de saneamiento es que ella no ha sido incorporada al sistema posesorio por la dogmática

chilena, y entonces subsiste como un régimen excepcional cuyas relaciones con el régimen del Código permanecen inexploradas<sup>32</sup>. Con las limitaciones propias de un comentario de jurisprudencia, será necesario abordar este asunto antes de referirse a las decisiones relevantes.

#### *La protección de la posesión*

Como es sabido, la cuestión de los fundamentos de la protección posesoria no es particularmente pacífica. Hay dos explicaciones que en particular resultan de interés para entender el problema del sistema registral chileno y de las leyes de saneamiento. Una es la de Savigny, que entiende a la posesión como una posición jurídicamente relevante cuya protección se justifica de modo independiente a la propiedad, por referencia a la paz social y a la necesidad de prevenir actos de auto-tutela y despojo<sup>33</sup>. La otra es la de Herring, que entiende que la protección de la posesión es la protección de la propiedad<sup>34</sup>. Ya hemos visto, al tratar de los interdictos posesorios y en especial del de restitución, que esa figura no puede expresarse como reflejo de la protección de la propiedad. Este siempre ha sido el punto más fuerte de la explicación de Savigny. La de Herring por su parte, encuentra su rango preferencial de aplicación en el régimen de posesión inscrita, y por eso tendemos que comenzar refiriéndonos a ella.

Herring enfatizaba que la posesión no se protegía por el valor de ella misma, sino como un modo de proteger la propiedad. La protección posesoria, decía Herring,

ha sido instituida a fin de aliviar y facilitar la protección de la propiedad. En vez de la prueba de la propiedad, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero (reintegración), le bastará la prueba de la posesión, frente a aquél que se la ha arrebatado inmediatamente<sup>35</sup>.

La razón por la cual la protección posesoria es necesaria para proteger la propiedad es que la posesión y la propiedad habitualmente van juntas, de modo que quien protege la posesión, normalmente protege la propiedad. Adicionalmente, probar la posesión es relativamente fácil, mientras probar el dominio es normalmente difícil. Si el dueño sólo pudiera ver protegido su

<sup>32</sup> Así, el procedimiento de regularización de la posesión de ciertas bienes inmuebles no es parte de la exposición del régimen de posesión de bienes inmuebles ni (para citar algunos textos canónicos) en *Alessandrini, Somarriva y Vidanovic*, op. cit. en n. 22, vol. 4, pp. 49-74-75, ni en *Reañillo*, op. cit. en n. 22 (véase pp. 266-76), ni en *Rozas*, *El Las Bienes* (Santiago, Conosur, 1988), pp. 23-30, ni en *Vial del Ego*, *V. La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003), pp. 228-64.

<sup>33</sup> Savigny, *F. K. Tratado de la Posesión, Según los principios de Derecho Romano* (Madrid, 1845).

<sup>34</sup> Herring, *R. "La posesión. Teoría simplificada"*, en *Estudios Jurídicos* (Buenos Aires: Editorial, 1974, edn orig. 1869), pp. 161-222; Herring, *R. "La Voluntad en la Posesión* (Madrid: Reus, 2003) edn orig. 1889); y Herring, *R. "La Teoría de la Posesión* (Madrid: Reus, 2004) edn orig. 1869).

<sup>35</sup> Herring, *R. "La posesión. Teoría simplificada"*, cit. en n. 34, pp. 161-222.

<sup>30</sup> *Trigo con Roco*, comentado más arriba, fue un caso análogo, aunque ahí se intentó una querrela de amparo. Casos de la misma especie fueron comentados en I Com. 578ss.

<sup>31</sup> Véase el comentario a *Heiritz con Conservador*, en I Com. 555s.

dominio después de haber probado judicialmente su condición de dueño, la protección a la que podría acceder sería extraordinariamente limitada y costosa. Al protegerse jurídicamente la posesión, el dueño (habitualmente poseedor) no necesitará probar su condición de dueño para acceder a la protección del derecho, le bastará probar su condición de poseedor. La única excepción a esto es el caso en que el dueño pretende recuperar la cosa de manos del poseedor, en que deberá usar la acción reivindicatoria y probar su dominio. Pero que el dueño sea "habitualmente" poseedor no significa que lo sea en todos los casos; y aquí encontramos la paradoja: "la protección posesoria, establecida para el propietario, beneficia de este modo a una persona para quien no se ha instituido"<sup>36</sup>. El derecho de este modo protege a quien no debería poseer y llega al extremo de volverse en contra de aquél a quien buscaba proteger: "es posible que el no propietario triunfe en el [juicio] posesorio contra el propietario. La institución hecha para éste se resuelve en su contra"<sup>37</sup>. En derecho es común encontrar situaciones en las que (como la lluvia que riega lo mismo a los que la necesitan que a los que no la necesitan, dice Ihering<sup>38</sup>) la protección de *x* que opera a través de la protección de *y* (cuando *y* es más píblica que *x*, o más fácil de probar, etc) se vuelve en contra de *x*: "la concesión de la protección posesoria al que no tiene derecho, cuando el *fin* legislativo no atiende más que al derechohabiente, aparece como una consecuencia no querida, pero inevitable"<sup>39</sup>.

El sistema registral del Código Civil ofrece, como ya ha sido dicho, una constatación particularmente conspicua de la observación de Ihering. La prueba del dominio, de acuerdo al derecho chileno, puede en muchos casos ser difícil o incluso fácticamente imposible. La prueba de la posesión, en particular de un bien inmueble inscrito, es particularmente fácil, porque para ella basta la inscripción. Pero al mismo tiempo quien puede probar la posesión de un bien (inscrito o no) puede fácilmente probar la propiedad, porque la posesión hace presumir la propiedad (art. 700 inc. 2º cc). Por supuesto, esa presunción es simplemente legal, y puede ser atacada, pero el que la ataque no será exitoso a menos que pueda probar su propiedad, lo que adicionalmente deberá hacer sin poder recurrir a la presunción de que dispondrá la contraparte. Para (casi) todos los efectos prácticos, la presunción del inciso segundo del artículo 700 será suficiente.

Pero la cuestión tiene un matiz adicional. La ley exige ciertos requisitos formales para la transferencia de la propiedad sobre los bienes inmuebles, al menos en los casos más importantes (tradición: artículo 686 cc), y esto plantea el problema que en el origen es responsable del surgimiento de la protección posesoria: es posible que los requisitos formales no se hayan cumplido, y por eso que la propiedad no se haya transferido, aun cuando

<sup>36</sup> *Ibid.*, 183.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, 185.

ambas partes de la convención hayan creído que la propiedad fue transferida. Y nótese que en ausencia de *usucapion* (a la que volveremos) este problema se comunicará a todos los sucesores tanto de la parte que creyó desahucarse de la propiedad, que renuncian entonces el dominio, como de la que creyó adquirirlo, que carecerán de derechos sobre la cosa. Esto tiene una consecuencia altamente inconveniente para un régimen de propiedad: la demarcación material y explotación económica de la cosa, que es después de todo el aspecto sustantivamente más relevante de la propiedad, empiezan a separarse, más o menos lentamente, del derecho de propiedad. En efecto, el que creía ser dueño tendrá la cosa y la usará como dueño, pero no será dueño. El dueño será el que hizo la tradición defensiva, que no fue apta para transferir el dominio. Pero la verdad es que tampoco podremos asegurar que ese tradente es dueño, porque la situación en que quedó el tradido como resultado de la tradición vitada podría ser; después de todo, la situación en la que el ahora tradente, pero en su momento tradido, se encuentra (ya la de él o la de alguno de sus supuestos antecesores en el dominio). Así llegará el día en que nadie pueda tener certeza del hecho de ser dueño de algo, ni pueda asegurar que quien aparece como dueño es efectivamente tal.

La protección de la posesión soluciona este problema. El que tiene la detentación de la cosa, y al mismo tiempo una razón jurídicamente justificada, aunque sea errónea, para creerse dueño de algo es declarado poseedor. Quien es poseedor puede adquirir la propiedad por usucapion, en un plazo que, en el caso de los inmuebles, es de 4 o 10 años. De este modo se logran varias finalidades, solucionando los problemas mencionados: en primer lugar, la posesión, caracterizada *in extremis* de modo exclusivamente fáctico, resulta tender hacia la propiedad, por lo que la tendencia a la divergencia entre control sobre la cosa y propiedad es reemplazada por una tendencia a la convergencia. En efecto, si ambas condiciones se separan, porque ha habido, como en el caso imaginado más arriba, un defecto formal en la tradición, el tradido quedará normalmente en situación de poseer, lo que quiere decir que quedará en camino de hacerse dueño. Toda divergencia entre control sobre la cosa y propiedad tiene ahora una tendencia hacia la consolidación de ambas posiciones. Lo interesante de esta forma de reintroducir una tendencia a la consolidación de norma (*propiedad*) y hecho (detentación) es que ella se produce alterando la titularidad del derecho para asignarla al que detenta contra derecho. A diferencia de lo que caracteriza a las expectativas normativas por contraposición a las cognitivas, que cuando son deprecionadas *insisten* y no *aprenden*, aquí el derecho aprende, no insiste.

En segundo lugar, la protección de la posesión y la posibilidad de usucapion dan a la propiedad un fundamento independiente, lo que hace in-

necesario remontarse hasta el acto original de ocupación para probar de modo definitivo el dominio<sup>40</sup>. Si quien alega ser dueño muestra además que ha poseído la cosa por un plazo superior al plazo máximo de prescripción, entonces su dominio es jurídicamente inatacable, porque ahora es indiferente si alguno de sus antecesores en el dominio sólo parecía ser dueño sin serlo. Como su dominio ahora tiene el fundamento independiente de la posesión, la pregunta por la corrección de todas las transferencias o transmisiones que median entre él y el que ocupó originalmente la cosa deviene irrelevante.

De la segunda consecuencia se desprende una tercera: la prueba de la propiedad se simplifica. Ahora para probar la propiedad bastará probar posesión por un lapso de 10 años. Queda ha probado en juicio que ha poseído por 10 años ha probado en juicio que es dueño.

Ilustradoras a este respecto son las dos reglas contenidas en el inciso primero del artículo 717 del Código Civil. Conforme a la primera, en todo caso la posesión del poseedor principia en él. Esto quiere decir que el poseedor no recibe el status de poseedor de aquél de quien recibe (o cree recibir) el dominio, porque si fuera así entonces su condición de poseedor sería dependiente de la condición de poseedor o de dueño de quien hizo la transferencia. En este caso la posesión no podría constituir un fundamento independiente de la propiedad<sup>41</sup>, porque la determinación de si quien pretenda ser poseedor lo es, y por consiguiente sería enteramente innecesaria.

La segunda regla contenida en el inciso primero del artículo 717 permite agregar posesiones contiguas. Ella asegura la tendencia a la consolidación en un título del control material sobre la cosa y su dominio, porque en su ausencia sería posible que la divergencia se mantuviera si la aparente propiedad es transferida antes del cumplimiento del plazo de prescripción. Si bien la posesión del sucesor no depende de la posesión del antecesor, la razón que jurídicamente justifica la posición del poseedor es la misma que justifica la del antecesor (esto quiere decir que las posesiones sean jurídicamente contiguas: que el sucesor se cree dueño porque el antecesor se crea dueño, y que las posesiones sean contiguas es una exigencia del inc. 2º del art. 717 CC para que puedan agregarse).

La misma consideración que justifica la agregación de posesiones jurídicas entender que la posesión es una situación de hecho. El poseedor es

40 En estricto rigor en ausencia de usucapión no es posible la prueba del acto original de ocupación, porque ello requiere prueba de que la cosa era *res nullius*, es decir prueba negativa del dominio. El otro modo de adquirir originario, la acción, supone que el adquirente es dueño de la cosa principal, por lo que es incapaz de dar fundamento independiente a la propiedad.

41 Véase I. Coss, 449, para las consecuencias que se siguen de entender a la posesión como un derecho, es decir, como una posición que se detenta en la medida en que se ha recibido debidamente de otro.

quien detenta la cosa como dueño, aunque carezca de todo título a ello. Esto, por supuesto, parece estar en contradicción con la exigencia legal de lo que se denomina *ánimus possessionis*, entendida, como se ha sostenido más arriba, como una creencia jurídicamente justificada, aunque sea falsa, de ser el pretendido poseedor dueño. Un arrendatario o comodatario, por ejemplo, no es poseedor porque no tiene ánimo. Y esta carencia de ánimo significa: detenta la cosa a nombre de otro. Pero esto, que parece ser un enunciado de hecho, sobre los estazos mentales del sujeto en cuestión, en realidad no lo es, porque seguiría detentando la cosa a nombre de otro aunque él se convenciera a sí mismo que es dueño, así como puede tener ánimo quien sabe que no es dueño. El arrendatario y el comodatario carecen de ánimo no porque no crean ser dueños (eso es contingente), sino porque el arrendamiento y el comodato no son títulos aptos para justificar jurídicamente su creencia de ser dueño. Nótese la diferencia con el que ha comprado la cosa y la ha recibido en una tradición que no satisface los requisitos legales: aquí él cree que es dueño de la cosa, y su creencia tiene una justificación jurídica — la compraventa seguida de tradición. Por eso el art. 704 permite definir al título (antes de decidir si es justo o no, o traslado o consuntivo de dominio) como el antecedente jurídico que “por su naturaleza” es apto para adscribir el dominio, es decir, el que en abstracto, y con prescindencia de que lo sea en concreto, es apto para justificar la creencia de ser dueño que la ley le imputa al que lo puede invocar.

El lector atento notará que el párrafo anterior comienza hablando del ánimo y termina hablando del título. Esto no es un deslizamiento inconsciencia. Al contrario, puede decirse que en la posesión regular *el ánimo se conjuga con el título seguido* (cuando el título es traslado de dominio) *de tradición*, en el sentido de que quien invoca un título (y en su caso, tradición) tiene ánimo: no es posible que se pruebe que hay justo título (y tradición) pero que no hay posesión porque no hay ánimo. Si la ley reconociera sólo la posesión regular, entonces tendríamos que decir que el que no tiene título (y tradición) no puede tener posesión, y esto reintroduciría la inestabilidad del dominio que la posesión pretende corregir.

Esto es así porque el derecho no imputa a quien no sea dueño una creencia jurídicamente justificada de ser dueño si no ocupa una posición de *aparencia de dueño*. En la posesión regular, esa apariencia es *material*: no basta que el que se pretende dueño parezca dueño en el sentido fáctico de que actúe como dueño, es necesario que adicionalmente la diferencia entre el hecho (actúa como si fuera dueño) y su calificación jurídica (no es dueño) se deba a un error excusable. Ese error sólo puede ser un “justo error de hecho” (art. 706).

La posesión regular es, por eso, una especie de estación intermedia entre norma y hecho, porque media entre el dominio, jurídicamente consti-

taído, y la posesión irregular, que es puramente fáctica, como lo muestra la regla de clausura del sistema posesorio del Código Civil, el artículo 2510: El dominio de cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse: 1ª Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno. 2ª Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio. 3ª Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir esas dos circunstancias: 1. Que al que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; 2. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia dandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Aquí la relevancia legal de la apariencia cuando es distinta de su calificación jurídica no es medida por un justo error de hecho. La ley hace ahora relevante la apariencia en sus propios términos, es decir, inmediatamente: apariencia significa apariencia. Han desaparecido todos los requisitos de la posesión regular que tendían a identificarla como una situación caracterizada por una facticidad cuyo déficit normativo se compensaba por el justo error de hecho: ni título ni tradición, y la buena fe se presume de derecho. Lo que es lo mismo que decir que ella es irrelevante. No se opone al reconocimiento legal de posesión irregular ni siquiera detentar con un título de mera tenencia, cuando esa detentación ha sido en los hechos como dueño, lo que significa que debe cumplir con dos exigencias adicionales puramente fácticas: que el que alega la posesión haya detentado pública y pacíficamente, y que no haya realizados actos que importen el reconocimiento del derecho de otro. Pero por supuesto, la satisfacción de estos dos requisitos sólo cumple la función de individualizar a quien efectivamente ha actuado, y en público, como dueño. Nadie que haya detentado como dueño una cosa queda excluido por la regla tercera, porque detentar como dueño y satisfacer esas exigencias son nociones co-extensivas. Por eso puede decirse que ésta es la regla es la regla de clausura del sistema posesorio: aquí son abandonados todos los requisitos que pretenden condicionar el status de poseedor a la satisfacción de requisitos normativamente orientados (justo título o simplemente título, buena fe, etc.). Si el que se pretende dueño ha actuado como dueño por 10 años, es dueño.

#### *La posesión inscrita y sus problemas*

Pero por supuesto, el derecho pretende sujetar la facticidad del mundo a ciertos estándares normativos, por lo que esta solución (mantener la correspondencia entre norma y hecho ajustando la norma a los hechos) parece, como hemos visto, paradójica. El genio de Hebering lo llevó a notar

que la paradoja es más profunda, porque se reproduce en un nivel más alto: el derecho pretende proteger al que tiene la cosa bajo su control porque (cuando) ese control es legítimo (de acuerdo a los estándares del propio derecho) y ese control legítimo se denomina "propiedad". Pero la protección que el derecho puede dar al detentador legítimo (dueño) depende de que "mero" control y control legítimo (posesión y derecho a poseer, es decir, dominio) tiendan a coincidir, de modo que los casos de mero control (posesión del no dueño) pueden ser tratados como patológicos. La regla del 2510 N° 3 asegura esa coincidencia concediendo al "mero" control status de control "legítimo". Por estas razones, la regla comentada no es un límite a la protección de la propiedad, sino que es constitutiva de ella: no hay protección de la propiedad sin una regla de clausura como la comentada.

Toda la argumentación anterior era necesaria para explicar la necesidad de una regla de clausura como la del artículo 2510 N° 3. Esta conclusión era a su vez necesaria porque muestra el problema central del régimen de posesión inscrita: carece de una regla de clausura como ésta.

Como se sabe, a la dogmática civil chilena le tomó algún tiempo construir, a partir principalmente de las disposiciones contenidas en el título VII del libro II y del párrafo 2 del título XIII del libro cuarto del Código Civil, el régimen de posesión de bienes inmuebles. Aunque estas afirmaciones nunca son en todo sentido correctas, puede reconocerse el crédito a Humberto Trucco quien, en su artículo "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil Chileno"<sup>42</sup> figó, en 1910, la "teoría" de la posesión inscrita.

Lo característico de la doctrina de la posesión inscrita es que ella elimina de la posesión su facticidad. Para ser poseedor no es necesario ni suficiente detentar la cosa como dueño o actuar respecto de ella como sólo lo hace un dueño: es suficiente y necesario ser titular de la inscripción conservatoria respectiva. La vinculación interna que, en el régimen general, hay entre posesión y control sobre la cosa se rompe. Como lo dijo Andrés Bello en el *Mensaje* del Código Civil,

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.

Puede apreñarse que la posesión inscrita (regular o irregular) es el equivalente de la posesión regular de muebles e inmuebles no inscritos. Como en la posesión regular de muebles, la apariencia (detentación material) en sus propios términos es inútil. Si en la posesión regular de muebles la diferencia entre la apariencia (actúa como dueño) y la

<sup>42</sup> Trucco, H: "Teoría de la posesión inscrita dentro del código civil chileno", en 7 RJP (1910) I, pp. 131-255.

calificación jurídica (no es dueño) era mediada por un justo error en materia de hecho, en la posesión de bienes inmuebles inscritos ella es mediada por la inscripción. La diferencia, por supuesto, es que en la posesión de muebles la no concurrencia de los requisitos para la posesión regular no impedía la posesión irregular. En la posesión de inmuebles inscritos, tanto la posesión regular como la irregular está mediada por la inscripción. No hay tratándose de bienes inmuebles inscritos, de acuerdo al régimen del solo Código Civil, protección inmediata de la apariencia posesoria. Esto es lo que tradicionalmente se ha expresado diciendo que la inscripción es una *fiction legal* de posesión.

Esto no es casual, desde luego. Sólo porque no hay protección inmediata de la apariencia podía Andrés Bello abrigar la gloriosa ilusión<sup>43</sup> de que propiedad, posesión y detención material convergerían:

Son patentes lo beneficios que se deborban a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos.

Por esto puede decirse que Bello toma la tesis de Jhering de que la posesión existe sólo para proteger a la propiedad y la extrema. La posesión protege injustificada, pero inevitablemente al no dueño, y así es el precio que debe pagarse para poder dar fundamentos sólidos al régimen de la propiedad. La protección del no dueño es una especie de rebalse a ser lamentado. Bello entendió esto, y el régimen de posesión inscrita es su solución: si bien debe protegerse al no dueño, esa protección debe ser tan limitada como sea posible. Y conforme al derecho chileno, el que no tiene inscripción no puede tener ni dominio ni posesión. La posesión de bienes inmuebles es un concepto puramente jurídico, no fáctico: el ánimo es el de la posesión regular (es decir, es ánimo mediado por el derecho) y el *corpus* es indiferente, porque es enteramente reemplazado por la inscripción.

Una primera forma de indicar el problema que esto genera es mencionando la cuestión de las llamadas "inscripciones de papel", nombre que dio Leopoldo Urrutia a

Inscripciones de cosas que nunca se han poseído, inscripciones que son frecuentes, según lo manifiesta, entre otros que conozco, el siguiente ejemplo. Se trató de una gran hacienda inscrita con estos límites arcaicos: al norte, una laguna; al sur, un río; al oriente, la Cordillera de la Costa; y al poniente, el mar pacífico. Dentro de este gran predio existían seis u ocho cuadras que, desde tiempos inmemoriales, poseían unas familias de pescadores con casillones de cercas perfectamente notorias. El predio se había transmitido de padres a hijos sin título inscrito, sin haberse producido entre ellos ninguna dificultad. El propietario inscrito pretendió desposeer a estos ocupantes sin inscripción. Fue rechazada la acción a presen-

<sup>43</sup> Pevsio, *V. Manual de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978), vol. IV, 148.

de no tener título inscrito los poseedores demandados, rechazo que se fundó en el antecedente de que la inscripción de deslinde arcaicos del fundo no podía comprender las cuadras de las familias de los pescadores, desde que ni a la fecha de la inscripción ni después habían sido ocupadas alguna vez por los propietarios del gran predio, dentro del cual se hallaban ubicadas: posesión de hecho que siempre había correspondido a aquellas familias<sup>44</sup>.

Nótese que, a pesar de que Urrutia le da gran importancia a este hecho, que menciona dos veces, el problema no surge por el hecho de que los deslinde del predio sean arcaicos, ni porque ellos sean vagos. No cambia nada en el ejemplo de Urrutia si "una laguna" y "un río" se entendie que en el caso al que se refiere son una laguna y un río determinadamente individualizados. Tampoco cambia nada importante si el predio no es una "gran hacienda" o si la detención del que alega posesión material no es "inmemorial" sino sólo por un par de décadas. En otras palabras, el problema no se encuentra en la negligencia del funcionario a cargo del registro conservador o en una peculiaridad de la propiedad que es inscrita, sino la propia filosofía del sistema. O la posesión es un concepto fáctico, por lo que para decidir quién es poseedor habrá que mirar, en definitiva, a quien tiene la cosa dentro de su esfera real de control, o es posesión inscrita, caso en el cual la facticidad de la historia, la pregunta por quién había de hecho ocupado el predio de que se trataba, es detentadamente irrelevante. La decisión a la que alude Urrutia, en esta comprensión, no sólo no es correcta en derecho, sino que niega la filosofía básica del sistema de posesión registral, en el cual posesión e inscripción se asimilan. Sólo de esta manera puede precenderse que posesión, propiedad e inscripción convergen.

La razón por la cual Urrutia creyó que podía justificar la corrección de la solución a la que alude es que entendió que la posesión no era reducible a la inscripción, sino que era sólo, solemnidad de un hecho, asegura la posesión de suerte que, faltando el hecho de la posesión, nada solemniza ni asegura<sup>45</sup>. Pero si esto es así, entonces o el hecho por sí solo basta y la solemnidad sólo facilita su prueba o la solemnidad es constitutiva del hecho. En el primer caso la inscripción deja de jugar el rol central que le asignaba Bello en el mensaje, porque es perfectamente posible poseer sin inscripción y usurpar al inscrito; en el segundo el problema de las familias que preoocupaba a Urrutia se mantiene, porque no podían alegar ser dueños ni poseedores mientras no inscriban<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Urrutia, *loc. cit.* "Valgrización sobre la posesión ante el Código Civil chileno", en 31 *REV.* (1928), pp. 5-12, p. 10.

<sup>45</sup> *Ibid.*, *id.*  
<sup>46</sup> De hecho, el uso que Urrutia hace de las técnicas parece tralacionado. Usualmente se denomina "solemnidad" a una formalidad que tiene una función constitutiva, de modo que su omisión no puede ser suplidida por otras pruebas. Nuestros manuales suelen distinguir formalidades *ad informandum* de formalidades de prueba.

Habitualmente en este punto debe recordarse que en la doctrina hay dos maneras de comprender la función de la inscripción en la posesión de bienes inmuebles, que suelen denominarse "inscripción-ficción" e "inscripción-garantía"<sup>47</sup>. Estas dos escuelas entienden la función de la inscripción de una de las dos maneras indicadas en el párrafo anterior; es decir, como *constitutiva* de la posesión. (La inscripción como una ficción legal que hace irrelevante la concurrencia de hecho de *corpus y animus*) o como *privilegio* de ella (la inscripción hace presumir la concurrencia de los requisitos materiales de la posesión, pero no los hace irrelevantes). Sin embargo, como hemos visto, la disputa es hasta cierto punto sólo aparente. Quienes defendían la doctrina de la llamada "inscripción-garantía" aceptan también que ella es una ficción, aunque pretendan limitar su alcance.

El caso más evidente es el del propio Urrutia, que inventó como hemos visto la expresión "inscripción de papel" y que es usualmente clasificado entre los partidarios de la "inscripción-garantía". Esa clasificación toma sus dichos de la sección VII del artículo citado (sobre inscripciones de papel), pero ignora sus dichos anteriores:

La inscripción es en el fondo solemnidad de un hecho, asegura la posesión, de suerte que, faltando el hecho de la posesión, *nada* solemniza ni asegura.<sup>48</sup>

Pero la verdad es que aquí borra Urrutia con el codo lo que ha escrito en las secciones anteriores de su artículo, donde enfatizaba que

La posesión natural se adquiere por el apoderamiento de la cosa que se toma con ánimo de hacerla propia. Este apoderamiento físico pone fin a la posesión anterior, aunque el acto de asir la cosa sea violento, clandestino o lo preceda una base de usurpación.<sup>49</sup>

La inscripción, sostiene Urrutia, pone la posesión de un inmueble a salvo de estos actos materiales de apoderamiento:

Mientras subsista la inscripción, *nada* valen los ataques físicos contra la posesión inscrita.<sup>50</sup>

Esta es la marca de la escuela de la "inscripción-garantía": una inscripción de papel no da posesión (porque sería prueba de un hecho falso), y por lo tanto la inscripción no es ficción. Pero la inscripción garantiza la posesión, poniéndola a salvo del apoderamiento.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Véase, para la controversia y sus fuentes, Pisano, op. cit. en n. 43, cit. p. 343ss.

<sup>48</sup> Urrutia, op. cit. en n. 44, p. 12 (destacando agregado).

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 50 *ibid.* n. (destacando agregado).

<sup>50</sup> Otro de los miembros de la escuela de la "inscripción-garantía" Tomás Ramírez, sostiene que "será infiel que otro trate de prescribir, ni por goce secular una cosa que está arcaalmente inscrita a nombre ajeno, porque no es poseedor ante la ley siendo indispensable para ello que la inscripción se haga a su nombre" (Ramírez, carta a H. Trucco, reproducida en Trucco, op. cit. en n. 42, aquí p. 147).

Esta posición, sin embargo, no difiere sino accesoriamente de la sostenida por la "inscripción-ficción". La manera en que la ley protege al poseedor que ha perdido el *corpus* y con él el control sobre la cosa, que de haberse tratado de una cosa mueble le habría hecho perder la posesión, es reconocidamente posesión pese a no reunir los requisitos del artículo 700, es decir, fingiéndolos. Los partidarios de la inscripción-garantía reconocen en la inscripción una ficción, aunque no lo digan, porque de otro modo la inscripción no puede garantizar posesión alguna.<sup>52</sup>

La diferencia se reduce casi exclusivamente a dos puntos: el de las inscripciones de papel y el de las dobles inscripciones. A las dobles inscripciones nos referiremos más adelante; al comentar un caso en que se planteó un problema de ese tipo. Respecto de las inscripciones de papel, recordémosle la estrategia seguida por Urrutia: las características de modo tan rigurosamente exigente que él podía esperar que se mantendrían en todo caso excepcionales y que en esos casos excepcionales podría apelar al sentido de justicia de todos, que reconocerían, en una especie de "consenso por superposición", la arbitrariedad de reconocer posesión al que posee de papel. Por eso debía tratarse de predios cuyos límites fueran arcaísmos, de enorme extensión, en los cuales los poseedores materiales hayan detenido "desde tiempos inmemoriales". Pero la razón misma que Urrutia da para negar posesión al inscrito en este caso impide sostener que el artículo 709 proteja al que por apoderamiento ha perdido el *corpus*; si la inscripción hace presuntir *corpus y animus*, pero en una presunción simplemente legal, ¿qué es entonces lo que se garantiza en el caso del artículo 709, si como consecuencia del apoderamiento el poseedor inscrito ha perdido el *corpus*?

Si las inscripciones de papel constituyen un problema relevante, ello es porque son características como lo hizo Urrutia) sólo el caso más extremo de un problema mucho más común: el del que posee (*in re*) tiene *corpus* y *animus*) sin inscripción (por ejemplo, como veremos, porque recibió de buena fe la cosa en tradición *longa manus*).

Si, pese a no ser un problema interno del régimen de posesión inscrita, el problema de las inscripciones de papel es reconocido como un problema, ¿La inscripción, continua apareciendo en los autores que afirman que la inscripción no es una ficción. Es apreciable, por ejemplo, en Rozas, op. cit. en n. 32. Cuando el autor comenta el art. 730 CO, sostiene que si el artículo 724 exige la inscripción para la posesión de ciertos bienes, ello no significa que baste esa sola inscripción para que haya posesión. Para que exista es indispensable el *corpus* y el *animus*. En resumen, las inscripciones de papel no dan posesión" (ibid., 238). Pero si la posesión de inmuebles exige no sólo inscripción, sino adicionalmente *corpus* y *animus*, entonces no puede decirse que ella se pretenda sólo por la cancelación de la inscripción" (ibid., 238, destacado agregado), ni menos que "el apoderamiento de un inmueble inscrito no hace adquirir ni una posesión irregular" (ibid., 239). Las afirmaciones de la página 235 son correctas porque en el sistema del Código la inscripción es necesaria y suficiente para adquirir y mantener la posesión, pero esto eso aunque que baste la sola inscripción para adquirir posesión o conservarla, lo que es directamente negado en la afirmación de la p. 238.

Y no simplemente ignorado, eso mostraría que, contra lo que creía Ihering el fundamento de la posesión no es reducible a la propiedad<sup>53</sup>. Si lo fuera, el sistema de Bello, como ha sido construido por la dogmática chilena, sería subdente. Pero la posesión también debe protección a quien ha descansado en la apariencia de las cosas, en el hecho de que una persona se ha comportado como dueño sin que nadie le dispute tal título. Aquí se ha producido la misma divergencia que antes observábamos, pero ahora se produce entre propiedad y posesión, por un lado, y detentación material por el otro. La posesión, nacida para servir de puente entre la propiedad y su contenido económico, "se hace símulo" de la propiedad, como quería Bello, al precio de perder su conexión con la detentación material. Por eso hay algún sentido en que la manera correcta de entender el sistema de posesión inscrita de bienes inmuebles en el Código Civil chileno es sostener que en Chile la posesión de inmuebles no está protegida por el derecho.

¿Qué significa esto? Aquí es importante introducir una consideración que suele no estar presente en nuestros textos jurídicos. El régimen de posesión inscrita original del Código Civil era un régimen que tenía presente los intereses de los grandes terratenientes, de quienes podía efectivamente suponerse que conocerían la ley y que tomarían las debidas precauciones para que sus haciendas rescribieran la protección de la ley cuando fuere necesario. La situación de los campesinos en el campo o de los trabajadores en las ciudades no preocupaba al legislador en 1855: ellos, que no tenían fácil acceso a la asesoría jurídica y por consiguiente al conocimiento legal, verían dificultado su acceso a la propiedad inmobiliaria. Pero el código Civil no era para ellos, que estaban excluidos de *facto* (no, desde luego, de *iure*) de la propiedad. Por eso no es extraño que, a medida que la relevancia política de estos grupos empieza a aumentar (que es la constante del siglo XX, culminando en lo que a la tenencia de la propiedad inmobiliaria se refiere con la reforma agraria en la década de los 60) el régimen estricto del Código Civil se hace cada vez menos sostenible, y comienza a ser modificada. La doctrina nacional, sin embargo, se ha resistido a reconocer en estas modificaciones algo más que regulaciones excepcionales que dejan incólume al régimen posesorio general. Eso explica la situación insostenible en la que habitualmente se encuentran nuestros jueces. A estas cuestiones deberemos atender ahora, comenzando por el principio.

#### *El retorno a un concepto fáctico de posesión:*

##### *La legislación de saneamiento del dominio*

La afirmación de que el Código Civil no protege la posesión de bienes inmuebles es una exageración, pero no porque no sea una correcta

<sup>53</sup> Hernández Gil, A.: *La Función Social de la Posesión* (Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1967), 15-31.

descripción del régimen del Código como ha sido construido por la dogmática. La exageración radica en que esa afirmación ignora la legislación adicional a la del Código, la que se ha dictado precisamente para vincular nuevamente propiedad (y ahora posesión) y detentación material.

Lo que esta legislación significa es precisamente que la posesión registral de bienes inmuebles no cumple el objetivo que corresponde a la posesión. Las reglas sobre saneamiento de la posesión contienen el verdadero régimen de la posesión de bienes inmuebles en el derecho chileno<sup>54</sup>. En ellas lo determinante vuelve a ser el hecho del control material de la cosa, de actuar como dueño de algo aun cuando no haya, en el sentido del régimen general, posesión.

Para verificar este aserto basta considerar los requisitos para poder solicitar una inscripción regularizadora. Los fija el artículo 2 del decreto ley 2669: posesión, actualmente no litigiosa, del inmueble, que sea continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, por cinco años. Desde luego, el uso de la expresión "posesión" en el artículo 2 merece cierto comentario, porque la referencia no debe ser entendida al régimen de posesión de bienes inmuebles del Código Civil (si el inmueble se posee en términos del artículo 700: la cosa debe estar bajo el control del solicitante quien debe públicamente detentarla como dueño. Es decir, el decreto ley 2669 abandona la "gloriosa ilusión" de Bello y vuelve al concepto tradicional, fáctico, de posesión en que la apariencia es intrínsecamente relevante. Esto es particularmente evidente al tenor de lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 2: No será obstáculo para el ejercicio de este derecho la circunstancia de que existan inscripciones del dominio anteriores sobre el mismo inmueble.

Posee un inmueble, entonces, aun uno inscrito, el que lo detenta incluso contra el poseedor inscrito. Esto es perfectamente análogo a la regla del Nº 3 del artículo 2510, que reconoce posesión incluso al que detenta con título de mera tenencia. En efecto, la situación del que detenta sin inscripción un inmueble inscrito es análoga a la del que detenta una cosa mueble con un título de mera tenencia. El Código soluciona el segundo caso *in extremis*, pero no el primero. La legislación sobre saneamiento de posesión de inmuebles, entonces, es el equivalente funcional del art. 2510: es la verdadera regla de clausura del sistema de posesión de inmuebles.

<sup>54</sup> Desde luego, el régimen se aplica a los predios urbanos cuyo avalúo fiscal para los efectos del pago del impuesto territorial sea inferior a ochocientas unidades tributarias, y a los urbanos de avalúo inferior a trescientas ochenta unidades tributarias (art. 1 del 2669). Para los de avalúo superior no hay saneamiento posible. Esto es razonable atendido el hecho de que mientras más valioso el predio menos probable es que quien lo detenta carezca de acceso a la asistencia legal.

La regularización de posesión ha sido regulada por sucesivas disposiciones jurídicas<sup>55</sup>. La primera fue la ley 6982, de 1939, sobre cooperativas de pequeños agricultores, cuyo título 4º establecía normas para el saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola. En 1960 esta ley fue derogada, salvo su título IV, que es el que nos interesa, y pasó a denominarse "Ley de saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola", manteniendo su número (art. 133 DFL de 1960). En 1963 se dictó el DL RRA 7 que creaba un procedimiento especial de saneamiento para la pequeña propiedad agrícola a la que se refería el artículo 80 de la ley 15020<sup>56</sup>. Este decreto no se refirió al régimen establecido por la ley 6982, que continuó vigente. El DL 6 de agricultura, de 1968, unificó todas las reglas sobre saneamiento de títulos de dominio de pequeños predios rústicos o urbanos, derogando lo que quedaba aun vigente de la ley 6982. El DL RRA 7 no fue derogado, pero el DL 6 fijó su texto refundido (véase su art. 35), por lo que en todo caso podría concluirse que está orgánicamente derogado (en realidad, el DL 6 hizo más que fijar el texto refundido el texto del DL RRA 7 de 1963, como veremos). El DL 6 estuvo en vigor hasta la dicitación del decreto ley 2695, que lo derogó, aun cuando su contenido prácticamente lo reproduce (las modificaciones introducidas por el DL 2695 al DL 6 fueron fundamentalmente procesales). El decreto ley 2695, con algunas modificaciones, se encuentra actualmente vigente.

El régimen contenido en la ley 6982 era significativamente distinto al de la legislación posterior, en que no pretendía afectar el régimen general del Código Civil. En efecto, para solicitar el saneamiento de la posesión era necesario "haber poseído materialmente sin violencia, clandestinidad ni interrupción" por el lapso de 10 años (art. 2 1. 6982). Sin embargo, era condición negativa de la solicitud que el predio no "forme parte de otro predio inscrito a favor de un tercero" (*ibid*).

Adicionalmente, el que pretendía regularizar no podía invocar su oposición material contra la inscripción del oponente si había oposición fundada en posesión inscrita. La ley 6982 no lo decía expresamente, pero esa conclusión parece desprenderse tanto del mencionado requisito negativo del artículo 2 como de su regulación del caso en que hay oposición:

<sup>55</sup> A continuación nos referiremos a las normas de saneamiento de general aplicación, excluyendo referencia a disposiciones legales como la ley 16471 sobre poblaciones en situación irregular. Al respecto, véase Penhallio, D., "Saneamiento de títulos de dominio", en *160 Revista de Derecho. Universidad de Concepción* (1971), pp. 81-83, 75ss. Tampoco es relevante para nuestros fines el comentario de las reglas de saneamiento de pleno derecho por expropiación contenidas en la ley 16640, de reforma agraria (sobre lo que véase *id*, 7938).

<sup>56</sup> El DL RRA 7 de 1963 antecede a la Dicitación de Tierras y Bienes Nacionales del Ministerio La representación del solicitante bajo ciertas circunstancias, y en ese caso se aplicaba el procedimiento allí establecido. Véase *ibid*, texto que sigue a la n. 57.

Si, a la inversa, se dedujere oposición por cualquiera persona que alegare tener igual o mejor derecho, se procederá de conformidad a lo prevenido en los artículos 704 a 715, inclusive, del Código de Procedimiento Civil (art. 5 1. 6982).

A la fecha, esas disposiciones regulaban el procedimiento aplicable a la querrela de amparo. La referencia de la ley 6982 es solamente al procedimiento, por lo que no debe entenderse hecha inmediatamente a la regulación substantiva de la querrela de amparo contenida en el título XIII del libro II del Código Civil. Pero tanto esa referencia como el hecho de que no haya una regla especial para el caso de que la posesión material que satisface los requisitos del artículo 2 de la ley 6982 parece implicar que en ese procedimiento ha de aplicarse el artículo 924 del Código Civil, que deja al tenedor material indelincuente ante la posesión inscrita del otro si ésta tiene al menos un año.

Sin embargo, la inscripción de saneamiento obtenida conforme a las disposiciones de esta ley tenían un efecto radical: daba inmediatamente el dominio del bien inmueble al solicitante. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4, no habiendo oposición a la solicitud de saneamiento, "el tribunal declarará que el poseedor es dueño del predio y ordenará que éste sea inscrito a nombre del interesado". El artículo 8, por su parte, disponía que

Las inscripciones que se ordenen hacer en estos juicios se reputaran como título de dominio saneado de 15 años.

De acuerdo a lo anterior, el que obtenía la inscripción de saneamiento era, conforme a la ley, dueño, y no sólo poseedor, de la cosa de la que se trataba.

Pese a lo anterior, como el régimen de la ley 6982 no entraba en conflicto con el contenido en el Código Civil, no podía ser la regla de clausura que faltaba al Código Civil. Y por eso no solucionaba el caso de los bienes inmuebles en los que la detención material se había separado de la posesión inscrita por las mismas viejas razones que llevaron en su origen al surgimiento de la protección posesoria: por ejemplo, porque se había celebrado una compraventa de inmuebles que había sido cumplida de buena fe por las partes, haciendo tradición *longa manus* del inmueble. En esas circunstancias el adquirente jurídicamente no sólo no adquiere la propiedad, sino que tampoco será poseedor y no podrá adquirir aunque detente por décadas. Eso además lo deja expuesto a la acción reivindicatoria (9), en la práctica, a la acción de precario) del verdadero o de sus sucesores en el dominio. Sería el legislador del DL RRA 7 de 1963, el que introdujese esa regla de clausura.

El régimen creado por el DL RRA 7 fue un régimen especial aplicable a la pequeña propiedad agrícola definida en el artículo 80 de la ley 15020<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Según el art. 80 1. 15020, "Para los efectos de la presente ley se entenderá [...] b. Por pequeña propiedad agrícola, las parcelas y huertos familiares formados por la Caja de Colonización

Dicho cuerpo legal encomendó a la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales del Ministerio de Tierras y Colonización intervenir en los procedimientos de saneamiento pertinentes a solicitud del interesado, para lo cual la habilitó para actuar en su representación ante tribunales.

Conforme al artículo 6 de ese decreto con fuerza de ley,

Si requirida la intervención de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales para el saneamiento de los títulos de una pequeña propiedad agrícola llegare a la conclusión de que es difícil o muy oneroso hacerlo por los procedimientos establecidos en otras leyes, podrá someter el caso al procedimiento especial contemplado en los artículos siguientes.

El procedimiento de saneamiento del DFL RRA 7 entonces era doblemente excepcional: sólo se aplicaba al saneamiento de los predios identificados por el artículo 80 de la ley 15200 y sólo cuando su saneamiento de acuerdo a la legislación aplicable era demasiado difícil u oneroso.

Conforme al artículo 7 del decreto,

Si el interesado se encuentra en posesión material exclusiva y continua del inmueble por un período no inferior a cinco años, acreditare que no existe juicio pendiente en su contra que afecte al dominio o posesión y que está al día en el pago del impuesto territorial del predio, podrá la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales [...] solicitar del juez de Letras en lo civil de mayor cuantía del departamento en que estuviere situado el inmueble, que ordene su inscripción a nombre de aquél en el registro de propiedades.

Nótese cómo los requisitos para obtener el saneamiento empezaban a asemejarse a los contenidos en el decreto ley 2695. La regla del artículo 2.º de la ley 6382 (que establecía como condición negativa para el saneamiento que el predio no estuviera incluido en otro mayor, inscrito) ha desaparecido, y al oponente eventual no le basta probar posesión inscrita; debe probar *dominio*<sup>58</sup>. Adicionalmente, y a pesar de que, a diferencia de lo dispuesto por los artículos 4 y 8 de la ley 6382, el DFL RRA 7 no contiene norma que expresamente declare dueño de la cosa al beneficiario de una inscripción de saneamiento, conforme a su artículo 17 una vez obtenida esa inscripción no podrían deducirse por terceros acciones de dominio fundadas en causas anteriores a la inscripción<sup>59</sup>, sin perjuicio de que quienes por esta vía perdieran derechos sobre el inmueble podrían demandar, dentro del plazo de cinco años, la indemnización pertinente. Como el dominio (salvo el caso de las *rei derelictae*) no se pierde sino *Agriola* y por la Corporación de la Reforma Agraria, que la sucesión, los sícos en villorios agrícolas, la "propiedad familiar agrícola" y todo predio sístico cuyo avalúo fiscal, para los efectos de la contribución territorial, no sea superior a cinco mil dólares anuales para empleados particulares de la industria y el comercio del departamento de Santiago".

58 De acuerdo al art. 9, la oposición sólo podía fundarse en ser el oponente dueño exclusivo del inmueble, o cumplir el con los requisitos del art. 7, o no cumplir el solicitante con esos mismos requisitos.

cuando otro se hace de él, es razonable entender aquí que la ley, pese a no declararlo expresamente, continúa al beneficiario de una inscripción de saneamiento en dueño de la cosa de que se trata.

El DFL 6 de agricultura, de 1968, convirtió el régimen doblemente excepcional del DFL RRA 7 de 1963 en el régimen general de saneamiento. Ahora los requisitos establecidos en el artículo 7 de éste serían los requisitos generalmente exigidos para el saneamiento de la posesión de la pequeña propiedad, urbana o rural (véase art. 6 DFL 6, para bienes rústicos y rurales y 43 para predios urbanos). Cumplidos estos requisitos, y no habiendo oposición, el solicitante tenía derecho a que se dictara una resolución ordenando la inscripción, reinscripción o adjudicación del bien. Las reglas del DFL RRA 7 sobre derechos de terceros por causas anteriores a la inscripción de saneamiento pasaron al DFL 6 (el que, siguiendo al DFL RRA 7, no declaraba expresamente dueño al beneficiario de la inscripción de saneamiento<sup>60</sup>, aunque lo trataba como tal<sup>61</sup>).

En cuanto a la oposición al saneamiento, el DFL 6 sigue la regulación contenida en el DFL RRA 7 aunque califica la primera causal de oposición ("que el oponente es dueño exclusivo del inmueble<sup>62</sup>") con una regla que declara de modo particularmente evidente que la finalidad legislativa ahora es efectivamente derogar (parte de) el régimen de posesión inscrita, introduciendo la regla de clausura que la fallaba<sup>63</sup>.

Sin embargo, no se considerará dueño exclusivo del inmueble al que por sí o sus antecesores haya vendido o prometido o prometido vender al peticionario o a aquéllos de quien o quienes éste derive sus derechos, aunque fuere por instrumento privado, el todo o parte del predio y recibido dinero a cuenta de ello, o al que hubiere obtenido inscripción especial de herencia sobre el predio, cuando en la respectiva posesión efectiva se hubiere omitido a otros herederos. En los casos expuestos precedentemente, el oponente sólo tendrá derecho a solicitar se le compensen sus derechos en dinero, en la proporción que corresponda (art. 8.º n.º 1 DFL 6).

Esta disposición recoge las situaciones más evidentes en que la detentación material y la posesión inscrita pueden divergir: la celebración de un contrato inválido (compraventa por instrumento privado) o no apto para

59 Aunque el art. 8.º n.º 1, refiriéndose a la primera de las causas de oposición (ser el oponente dueño exclusivo del inmueble) contiene una declaración que parece ser aplicable más allá de ese caso preciso: "para los efectos de este decreto con fuerza de ley se entenderá como dueño exclusivo del inmueble a aquel que tenga título inscrito y saneado a su favor". Sin embargo, la limitación contenida en esta norma ("para los efectos de este decreto") parece indicar que, para los efectos de la legislación general, la que tiene título inscrito y saneado a su favor no necesariamente es dueño.

60 Art. 14, par. 6: "Inscrito el inmueble en conformidad a los artículos anteriores, no podrán deducirse por terceros acciones de dominio fundadas en causas anteriores a la inscripción".

61 Véase adicionalmente, Puchallo, op. cit. en n.º 53, p. 73, que refiriéndose al DFL 6, sostiene que "es un instrumento legal que fallaba si se quería avanzar en un intento por incorporar predios en cantidad apreciable al sistema registral".

transferir el dominio pero que tiende hacia esa transferencia (promesa) seguido de tradición *longa manu*, o pretención de heredero. En estos casos la ley prefería al poseedor material, a diferencia de lo que hemos observado respecto de la ley 6382<sup>64</sup>.

En efecto, tanto la ley 6382 como el DFL RRA 7 de 1963 podían afectar al poseedor debidamente inscrito, pero tomaban precauciones procesales y substantivas para evitarlo. Si el poseedor inscrito era perjuicado, era porque, pese a tener derecho a oponerse, no lo había hecho. El n.º 1 del artículo 8 del DFL 6, al contrario, niega al poseedor inscrito, cuando se encuentra en la situación descrita más arriba, derecho a oponerse, por lo que expresa la valoración legislativa de que en ese caso es el detentador material al que corresponde la posesión y el dominio.

El decreto ley 2695 no innovó en lo substantivo. Los requisitos para solicitar la regularización de la posesión son prácticamente los mismos que los contenidos en el DFL 6 (que el art. 38 de ese decreto ley derogó), con la diferencia que donde el DFL 6 exigía posesión "material, exclusiva y continua", el decreto 2695 exigió posesión "continua y exclusiva, sin violencia ni dandestinidad", en ambos casos por al menos cinco años. El decreto ley declara que el hecho de estar el inmueble inscrito a nombre de otro no es obstáculo para el saneamiento, pero justifica oposición a la regularización (art. 19). El oponente no necesita probar dominio exclusivo del inmueble, porque le basta ser "poseedor inscrito" con un título que le otorgue posesión exclusiva. El inciso segundo del n.º 1 del artículo 19, sin embargo, mantiene la regla del artículo 8 n.º 1 del DFL 6: no puede oponerse aquel

que sólo tenga la calidad de comunero; el que por sí o sus antecesores, haya vendido o prometido vender al peticionario o a aquellos de quien o quienes éste derive sus derechos, aunque sea por instrumento privado, el todo o parte del precio y recibido dinero a cuenta del precio, ni tampoco el que invoque una inscripción especial de herencia cuando en la posesión efectiva se haya omitido a otros herederos con derecho a ella (art. 19 n.º 1 Inc. 2º DL 2695).

En lo que el decreto ley 2695 se apartó de toda la legislación anterior fue en negar al beneficiario de una inscripción de regularización *dominio* sobre el inmueble. Conforme al artículo 15,

La resolución que acogía la solicitud se considerará como *iusso* título. Una vez practicada su inscripción en el registro del conservador de bienes raíces el in-

64. No es problemático que aquí la ley se comente con mandatos de contrato y no con la de tradición. En primer lugar, porque si la posesión necesita ser sanada es porque no habrá habido tradición en términos del art. 686. Pero por otro lado, la ley entiende que si el que vendió o prometió vender aparece cinco o más años después reclamando la posesión, es porque en el lapso intermedio el solicitante la ha denominado públicamente, por lo que la tradición *longa manu* puede presumirse (art. 702 Inc. final cc, con la excepción que la legislación de saneamiento pretende salvar).

terzado adquirirá la calidad de poseedor regular del inmueble para todos los efectos legales, aunque existieren a favor de otras personas inscripciones que no hubieren sido canceladas. Transcurrido un año completo de posesión inscrita no interrumpida, contado desde la fecha de la inscripción, el interesado se hará dueño del inmueble por prescripción (art. 15 DL 2695).

En armonía con lo anterior, el artículo 26 permite a terceros intentar las acciones de dominio que crean asistibles, durante el mismo plazo de un año. La acción que resulta pertinente aquí sólo puede ser la reivindicatoria, pues sólo el dueño, probando su dominio mediante la acción reivindicatoria, puede vencer al poseedor regular.

El DFL 6, entonces, abandonó la "gloriosa ilusión" de Bello, y el decreto ley 2695 no volvió a ella. Ahora podemos emendar por qué esa ilusión nunca fue más que eso: una ilusión. En particular, una ilusión que, siguiendo la lógica propia del liberalismo del siglo XIX, muestra desprecio, o al menos indiferencia, hacia los intereses de quienes adquieren control sobre inmuebles a través de mecanismos irregulares, normalmente quienes carecen de acceso a la asistencia jurídica. Esos son precisamente los grupos cuya participación política fue en aumento durante el siglo XX, en un proceso que culmina con la reforma agraria y en lo que nos interesa ahora, el DFL 6 de 1968. La legislación dictada en 1979 muestra que, a pesar de que esos grupos habían perdido toda relevancia política, a esos alturas el proceso era irreversible<sup>65</sup>.

Ahora bien, el hecho de que el procedimiento de saneamiento, tanto en el DFL 6 como en el decreto ley 2695, estén en leyes especiales que co-existen junto al régimen general de posesión inscrita y el régimen de regularización del decreto 2695 parece configurar el peor de los mundos posibles: la inscripción por sí sola no es suficiente ni para adquirir la posesión ni para mantenerla, pero para obtener la regularización es necesario recurrir a "multiplicados y embarrasos procedimientos judiciales" y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración<sup>66</sup>, presidiendo de los cuales era uno de los méritos, según Bello, del sistema registral. La necesidad del procedimiento lleva a que quien siguiendo el procedimiento adecuado habría podido acceder a la posesión regular y en sólo un año, al dominio pleno (art. 15 DL 2695), no tiene, faltando tal procedimiento,

65. Nótese que las filosas que imprimaban la labor legislativa de la junta militar en 1979 no eran precisamente cercanas a las que inspiraron la del presidente Frei Montalva. Uno puede especular que detrás de la dictadura del DFL 6 estaban los mismos propósitos de justicia que inspiraban la reforma agraria ("la tierra para el que la trabaja"), mientras que para la junta militar estaban razones de eficiencia económica (lograr que esos predios se incorporaran "efectivamente" como dice el preámbulo del decreto ley "al proceso productivo nacional"). El hecho de que la necesidad de la regularización de la posesión sea evidente una desde ritólogos van disimulando muestra la importancia de la posesión posesoria.

66. Véase el *Memogr* cc §21.

nada que oponer a la demanda de precario de quien no podía haberse opuesto a la solicitud de regularización<sup>65</sup>.

Esta fue precisamente la situación que hemos observado en *Santiago con Salazar*. Recuérdese que en este caso el poseedor inscrito demandó a quien ocupaba la cosa con el mérito de un contrato de promesa de compraventa celebrada con la arrendadora en el dominio del demandante. Aquí aparentemente se trataba, como lo declaró la corte de apelaciones, de una persona que había recibido un inmueble en pago "anticipado" de un contrato de compraventa prometido. Si en vez de un juicio de precario hubiera sido un procedimiento de regularización, el poseedor inscrito no habría podido oponerse. Como no había regularizado la posesión, el demandado de precario no tenía nada que oponer al demandante. Esta situación es tal que parece razonable el esfuerzo de la corte de apelaciones por evitarla, buscando alguna (aunque muy mala, como hemos visto) razón para rechazar la demanda.

#### *Jurisprudencia de regularización de la posesión*

En *Santiago con Salazar* un poseedor material que según el decreto ley 2695 tenía mejor derecho que el inscrito debió enfrentar a un poseedor inscrito en un procedimiento de precario, y por eso perdió ante la Corte Suprema. Ahora debemos comentar los casos que se plantearon durante el procedimiento de regularización. Las decisiones aquí pertinentes son las recitadas en *González con Vidal* y en *Praticola de Antofagasta con Escalante*. En ambos casos la oposición se fundaba en la causal del n.º 1 del artículo 19 del decreto ley 2695, esto es, en ser el oponente poseedor inscrito del inmueble de cuya regularización se trataba. En el primero la cuestión se suscitó por la "inexactitud y falta de precisión de los títulos", mientras que en el segundo la demandante logró efectivamente acreditar que detentaba la posesión inscrita del predio de cuya regularización se trataba.

En *González con Vidal* la solicitante fundaba su solicitud en una promesa de compraventa celebrada con quien tenía a su favor una inscripción sobre el predio, inscripción que de acuerdo a los demandantes se superponía con la suya. El juez de primera instancia dio por probada la superposición, y con este mérito desechó la alegación fundada en el n.º 1 del artículo 19, que él entendió que consiste en ser poseedores inscritos exclusivos del inmueble.

Pero el artículo 19 no se exige al oponente ser "poseedor inscrito exclusivo" sino invocar una inscripción que "le otorgue posesión exclusiva". La diferencia parece ser es relevante, precisamente para casos como el que nos ocupa. En la formulación del juez, el artículo 19 excluye a los posee-

dores inscritos cuando hay doble inscripción. El artículo 19 parece precisamente no pejuugar respecto del poseedor inscrito en ese caso. Si en *González con Vidal* había superposición, entonces se trataba de un caso de doble inscripción.

Ahora bien, como veremos, las dobles inscripciones son necesariamente un problema para los sistemas registrales y aquí podrían presentarse situaciones en las que una solución correcta sería altamente improbable. En efecto, en un caso como *González con Vidal* el favorecido con la otra inscripción habrá usualmente perdido todo interés en la posesión del bien, que habrá traido al solicitante hace al menos cinco años. Adicionalmente, el solicitante no tiene acción alguna para exigirle que comparezca a defender su derecho, porque cualquier derecho que tuviera (lo que no es necesario, porque la regla del inc. 2.º del art. 19 hace posible que se trate de un contrato civilmente nulo) estaría prescrito. ¿Cómo puede, entonces, el solicitante defenderse de la oposición del oponente?

Nótese que la situación de indefensión en la que queda el solicitante no es nuestra de que no tiene derecho que oponer al oponente. Si el caso es de doble inscripción, es perfectamente posible (y probable, dada la detentación material del solicitante por cinco años y la pasividad del ahora oponente) que la inscripción que daba ser preferida, conforme a la que correspondía ser la solución al problema de doble inscripción, sea la del tradente del solicitante y no la de su oponente. En este caso el solicitante quedaría sin posibilidad de defensa pese a que tendría mejor derecho.

Por estas razones parecería que la decisión del juez es correcta, a pesar de que fuerza el tenor literal del artículo 19: el que es titular de una de al menos dos inscripciones superpuestas carece de derecho a oponerse al saneamiento. Aquí su pasividad anterior es indicio de que su posesión es de papel.

En todo caso, la corte de apelaciones prefirió no entender el caso como uno de doble inscripción, eludiendo pronunciarse sobre el problema anterior. La corte entendió que la superposición de las inscripciones no podía darse por probada porque, dado el mérito del proceso, el oponente no había logrado probar que su inscripción se refería al predio al que se refería la solicitud del demandado. Así, modificando el fundamento de la sentencia de primera instancia, la corte de apelaciones la confirmó.

La Corte Suprema se negó a casar la sentencia de segunda instancia, porque entendió que los recurrentes obligaban la decisión de la corte de apelaciones en la parte en que ésta había determinado que no estaba probada la superposición. Siendo ésta una cuestión de hecho, la Corte correctamente entendió que era incompetente para conocer de ella.

En *Praticola de Antofagasta con Escalante* se pretendía sanear la posesión de un predio invocando para ello una compraventa verbal realizada con el administrador de la sociedad demandante, que a su vez había afir-

<sup>65</sup> Como correctamente nota Humberto Turoco, escriturariamente hablando el demandado no tenía ni siquiera mereo tenedor, "porque [éste] es el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro" (Turoco, *op. cit.*, en n.º 42, p. 135b).

mado, según su comprador y ahora solicitante, haber recibido el predio en cuestión como pago por diversas deudas de la demandante con él. En primera instancia el juez acogió la oposición, fundado en que el oponente tenía no sólo la posesión inscrita sino también la posesión material. Para acreditar la posesión material la jueza descansa principalmente en el hecho de que las contribuciones territoriales habían sido pagadas por la demandante, desechando un informe de la secretaría regional ministerial del Ministerio de Bienes Nacionales que concluía que la posesión material la tenía el demandado.

La corte de apelaciones dio más peso a ese informe y decidió que la posesión material del predio la había tenido, por más tiempo del necesario para solicitar la regularización, el solicitante. Por eso rechazó la oposición, ordenando que se inscribiera el predio a nombre del solicitante.

Para decidir así la corte entendió que en el contexto de un procedimiento de regularización el poseedor material, si reúne las condiciones del artículo 2 del decreto ley 2695, tiene mejor derecho que el poseedor inscrito, aun cuando éste no se encuentre en las circunstancias del inciso 2º del artículo 19 N° 1. Ello porque, según la sentencia de segunda instancia, esta normativa excepcional obliga a invertir el orden de los valores tradicionales del derecho común, puesto que requiere del juzgador del conflicto aplicar, primero, la posesión material calificada, después, la inscripción registral de otro (c.f. sent. seg. inst.).

Luego, aplicando esta doctrina a los hechos del caso, la corte encontró que

La demandante posee un título inscrito de añojea cara, año 1928, pero no ha sido capaz de describir la asseverado por el poseedor, quien sí ha acreditado actos de posesión real e integral de los predios desde 1982 a la fecha, por actos a los que sólo da derecho el dominio (c.f.4).

La tesis de la corte de apelaciones llega quizás demasiado lejos. En efecto, de acuerdo a ella, el decreto ley 2695 permite regularizar a cualquier poseedor material aun contra un poseedor inscrito en todo caso, probando para ello sólo su tenencia material durante cinco años. De aceptarse esta tesis, el régimen de posesión registral del Código Civil se hace enteramente irrelevante, al menos para bienes cuyo avalúo fiscal sea el indicado en el artículo 1 de ese texto. El problema no es que la detentación no debe ser el criterio determinante para asignar la posesión de bienes inmuebles. El problema es que eso significaría aplicar a los inmuebles, aun inscritos, el régimen general de la posesión de bienes muebles en el Código, con lo cual se plantean serios problemas de coherencia entre la legislación contenida en el Código Civil sobre posesión de bienes inmuebles y las reglas de regularización. La inestabilidad que esto crea no se debe al hecho de que la posesión material sea la dominante, sino al hecho de que esa

sea la interpretación de las reglas aplicables al proceso de regularización pero no a la detentación normal de inmuebles. Mantener el régimen de regularización en la situación actual, en que se encuentra completamente disociado de la reglamentación general de la posesión en el Código Civil, es derechamente inconstitucional. En primer lugar, enfrenta a los tribunales a casos (normalmente de precario) en que la ley (el Código Civil) les exige fallar en contra de quienes, de acuerdo a la ley (el dl. 2695) tienen mejor derecho; por otro lado, introduce en el régimen posesorio una considerable inestabilidad, con lo cual niega el principal beneficio contemplado por el legislador para crear el régimen de posesión inscrita. La tarea de integrar ambos regímenes en uno es una que debe ser con urgencia abordada por el legislador y en su defecto, por la doctrina.

En el caso comentado, la cuestión no recibió pronunciamiento definitivo, porque la Corte Suprema casó en la forma de oficio, en una decisión objetable<sup>66</sup>, y sin pronunciarse sobre el fondo, ordenó retrotraer los autos al estado en que la corte de apelaciones solicitó a la Dirección Nacional de Fomentos y Límites la autorización a la que se refiere el artículo 7 inciso 2º del decreto 2695. La cuestión probablemente aparecerá en un comentario futuro.

#### *El problema de las dobles inscripciones*

Hemos explicado el sentido en el que la inscripción es, conforme al régimen chileno, una ficción legal de posesión. Hemos mostrado que esta caracterización de la inscripción no es controvertida, a pesar de que la doctrina suele distinguir entre los partidarios de la "inscripción-ficción" y la "inscripción-garantía". En este comentario hemos intentado mostrar que la posesión inscrita introduce una seria distorsión en la regulación de la posesión, impidiendo que ésta cumpla la función estabilizadora del dominio que le corresponde. La distorsión ha sido parcialmente corregida por intervención legislativa, a través de reglas sobre regularización de la posesión de ciertos bienes inmuebles. La solución ha sido parcial porque la doctrina ha reaccionado con temor reverencial: se ha negado a incorporar esas reglas especiales de saneamiento al régimen general de posesión de bienes, el que se sigue estudiando y explicando por referencia al Código Civil solamente entendiendo que las reglas ahora contenidas en el decreto ley 2695 son excepcionales y no justifican su inclusión en el canon general. El régimen de posesión inscrita, hemos visto, es uno que implica una opción legislativa por los intereses de los dueños de grandes extensiones de tierras, y el saneamiento, cada vez más decidido, de la legislación sobre saneamiento o regularización de cierta propiedad es una consecuencia del aumento de relevancia política de campesinos y trabajadores. Por

<sup>66</sup> Véase el comentario de Proceso Civil.

último, hemos visto también que lo que se denomina "inscripciones de papel" no son un defecto interno del sistema, sino una situación en la cual razones externas de justicia hacen objetable la conclusión que el sistema ofrece. Pero para terminar este comentario es necesario referirnos a un problema distinto, un problema que, ahora sí, es interno al régimen de posesión inscrita y que entonces no dice relación con el hecho de que las consecuencias de éste se adecuen o no a criterios de justicia externos a las reglas. El problema es el de las dobles inscripciones.

Para comenzar es útil decir dos palabras acerca de las ficciones. Las ficciones son formas jurídicas en que algo es considerado formalmente el caso cuando concurren ciertas condiciones, condiciones que no *aseguran* que aquello que se finge ser el caso sea substancialmente el caso. Así, no es una ficción la contenida en el artículo 700 del Código Civil, que dispone que el que tiene *corpus* y *animus* es poseedor. No es una ficción porque la concurrencia de las condiciones de las cuales depende el hecho de que formalmente sea el caso que x es poseedor son las mismas condiciones cuya concurrencia es necesaria para conducir que substancialmente es el caso que x es poseedor. Pero la inscripción es precisamente distinta. Aquí la concurrencia de la condición formal: que exista inscripción, no garantiza, sino hace más o menos probable, que el titular de esa inscripción sea poseedor en el sentido del artículo 700. A veces la ley salta la brecha que queda entre forma y substancia mediante presunciones legales, que sólo invierte el peso de la prueba: si las condiciones formales se cumplieren, entonces lo que la forma indica será jurídicamente el caso a menos que se pruebe que las condiciones substanciales no concurren. Así, si se prueba posesión se presume la buena fe (se presume que el poseedor cree haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio), por lo que la mala fe debe ser probada. La buena fe es presunta, no fingida. La ficción es en este sentido más radical: se finge que algo es el caso cuando ante la concurrencia de las condiciones formales la referencia a la concurrencia de las condiciones substanciales deviene derechamente irrelevante: si x tiene inscrito el bien a su nombre, se entiende que él tiene *corpus* y *animus*, aunque de hecho no lo tenga. La cuestión de si efectivamente tiene *corpus* y *animus* se hace jurídicamente irrelevante.

Un ficción, entonces, es una caso especial de lo que se ha denominado una razón excluyente: es una razón que justifica excluir razones que si no fuera por la ficción serían relevantes. Para decidir si x es poseedor es necesario (art. 700) atender a si tiene *corpus* y *animus*. Cuando concurre la ficción de la inscripción, las razones que llevan a mostrar que el poseedor inscrito carece de *corpus* o de *animus* son excluidas por la ficción. El Código Civil llama "presunciones de derecho" a las ficciones (art. 47 inc.

final), y un caso paradigmático es la del artículo 76 inciso 2º (época de la concepción).

Aquí puede entenderse la disputa sobre las inscripciones de papel, y el sentido en que quienes creen que las inscripciones de papel no dan posesión creen que la inscripción no es una ficción. Ellos creen que la inscripción no finge la posesión del inscrito porque ésta es susceptible de ser atacada mediante razones que, si la inscripción fuera una ficción, deberían estar excluidas. Aceptar que las inscripciones de papel no dan posesión implica aceptar que la sola inscripción no es suficiente para conceder posesión, que ella sólo, por ejemplo, permite presumir la concurrencia de los requisitos materiales (*corpus* y *animus*) a favor del inscrito. Por eso hemos visto que lo problemático de las inscripciones de papel no es identificar un caso en el cual ellas no confieren posesión, como el caso descrito por Urrutia, sino ofrecer una explicación sistemática de qué es aquello en virtud de lo cual la inscripción de papel no concede posesión. Hemos visto que al hacer esto, quienes son aparentemente partidarios de la "inscripción-garantía" terminan volviendo a la concepción de la "inscripción-ficción", porque la manera en que entienden la "garantía" que los artículos 728 y 730 inciso 2º dan al inscrito en contra del que se apodera materialmente de la cosa inscrita o la usurpa supone que la materialidad del *corpus* y del *animus* es, en esos casos, jurídicamente indiferente.

Explicando esto en los términos indicados más arriba, una razón excluyente puede ser derrotada, pero no puede serlo por la concurrencia de las razones excluidas (si la concurrencia o falta de ésta de las razones excluidas pudiera derrotar a la razón excluyente, eso sería demostración que la razón excluyente no las logra excluir). Como en el caso de las inscripciones de papel las razones para derrotar la razón excluyente son las razones excluidas, la noción misma de inscripción de papel es altamente problemática.

La situación de las dobles inscripciones no es asimilable a la de las inscripciones de papel, porque en este caso lo que derrota la ficción no es la referencia a las razones excluidas, sino la concurrencia de otra razón excluyente. Una razón excluyente no está en conflicto con una razón excluida, como lo está con otra razón excluyente cuando ambas justifican conclusiones incompatibles.

Por eso debemos distinguir los dos problemas y aislar el de las dobles inscripciones. El primero es externo al régimen, pero el segundo es interno a él: es en realidad la pesadilla de todo sistema registral. En efecto, el régimen asigna una significación exclusiva y excluyente a cada una de dos inscripciones, por lo que algo será necesario decir sobre cuál de las dos inscripciones es la que vale. En el otro caso, la cuestión es si, en aras de mantener la integridad del sistema registral, debe entenderse a la inscrip-

ción como una ficción, si el problema de las "familias" de Urrutía es o no simplemente el costo que debe pagarse para gozar de los beneficios de un sistema posesorio como el registrar.

Cualquier solución al problema de doble inscripción va a ser contraria al sistema. Pero mantener ambas inscripciones como simultáneamente vigentes es imposible por contradictorio. En este sentido, cuando aparecen dos inscripciones, alguien que debería ser favorecido por el sistema necesariamente ha de perder. Esto tiene una importancia decisiva: cuando aparecen dos inscripciones, la apelación a la integridad del sistema registral como principio para decidir cuál de ellas es válida será siempre irrevivante, porque esa integridad ya ha sido afectada por el solo hecho de que la cuestión se haya planteado.

La razón por la que la solución al problema de las dobles inscripciones necesariamente va a ser problemática es que tratándose de la inscripción vendida deberá negarse la regla del artículo 717, y entender que la posesión del falsamente inscrito no principia con él. Aquí la posesión se comportará como un derecho. Como consecuencia de esto, una declaración de nulidad de una inscripción practicada hace deudas puede implicar como consecuencia que el poseedor actual, cuya inscripción es sucesora de esa que ahora se anula, se encuentre no sólo con que esa inscripción es nula, sino con que en realidad nunca tuvo posesión, porque la nulidad de esa inscripción produce la nulidad en cadena de las inscripciones sucesivas. Pero aceptar esta solución, como hemos visto, es incompatible con la finalidad de la posesión de dar, a través de la usucapión, un fundamento autónomo a la propiedad que haga innecesario remontarse al primer acto de apropiación.

Nótese que este es un problema del régimen inscrito, no de la posesión. Si la compraventa por la cual una persona adquirió el dominio de una cosa es declarada nula décadas después, la nulidad no afecta el hecho de que esa persona ha sido poseedora de la cosa. Esto es así porque la posesión no depende del hecho de la validez del título, y ante la nulidad de éste el derecho puede descansar en que el poseedor tenía (si tenía) *corpus* y *animus*. La misma solución puede ser seguida cuando se anula una inscripción por razones distintas a la existencia de otra inscripción: la nulidad de la primera sólo implica que la inscripción anterior resucita, pero durante el tiempo intermedio el beneficiario de la inscripción anulada ha sido poseedor y si ha poseído por el tiempo suficiente será dueño<sup>67</sup>. Pero cuando la inscripción se anula porque existe otra inscripción con mejor derecho, la solución es necesariamente problemática: una de las dos deberá ser declarada nula, y con ella todas las que se derivan de ella, con la consecuencia de que quienes detentaron esa inscripción en el tiempo intermedio se encuentran con que, pese a la inscripción, nunca tuvieron posesión.

67 Véase el comentario a *Extrajudicial* con *Transmisión* en 1 *Com.*, 431s.

*Inmobiliaria Lo Curro con Callejas* fue precisamente un caso como éste. El demandante había adquirido por cesión los derechos hereditarios que a dos hermanas Urrutía Soto correspondían en la sucesión de sus padres, Luis Urrutía y Laura Soto. Entre los derechos cedidos estaban incluidos los derechos sobre un bien inmueble, que fueron debidamente inscritos a su nombre. La inscripción de las hermanas Urrutía derivaba, mediatamente, de la practicada en 1957 por Alberto Bustos y Luis Urrutía, éste el anterior de éstas en el dominio, conforme a los artículos 30 y siguientes de la ley 6382 de saneamiento del dominio de la pequeña propiedad agrícola.

La propiedad, sin embargo, estaba inscrita también "en términos muy similares" a nombre de los demandados, inscripción que a su vez derivaba de una inscripción practicada en 1955 por Pedro Callejas, quien la había adquirido por compraventa ese año.

(Aunque no será relevante para lo que sigue, es útil tener presente que al momento de seguirse este proceso había otro pendiente de nulidad de la cesión de derechos hereditarios entre el demandante de *Inmobiliaria Lo Curro con Callejas* y las hermanas Urrutía, que en cumplimiento incidental mercó un pronunciamiento de la Corte Suprema en *Vázquez con Inmobiliaria Lo Curro*, comentado más abajo. Los demandantes de nulidad en este juicio concurren al que ahora comentamos, alegando también que la sucesión de Luis Urrutía había pronunciado vender la propiedad a Brain Chacof, en un contrato que había sido debidamente inscrito en el registro de prohibiciones y gravámenes y que no habían podido cumplir por estar el predio en cuestión inscrito a nombre de la cesionaria — aquí demandante — y con una prohibición de enajenar vigente (dicienda en un juicio iniciado en 1959 cuyo expediente se había extraviado, que será mencionado más adelante). Lo que solicitaron fue que se les tuviera como parte, y que se suspendiera el juicio a la espera del resultado del juicio de nulidad de la cesión de derechos hereditarios, ya que los derechos de la demandante dependían de él. Al momento de dictarse sentencia definitiva en esta causa, se había declarado nula la cesión de derechos hereditarios por sentencia de primera instancia confirmada por la corte de apelaciones en segunda, aunque estaba pendiente un recurso de casación en el fondo. Este sería fallado por la Corte Suprema en septiembre de 1999, es decir, entre la dictación de la sentencia de primera instancia y la de segunda en este juicio. La Corte Suprema casó la sentencia de segunda instancia, rechazando la demanda de nulidad).

En 1999 Pedro Callejas siguió un juicio de comodato precario en contra de Urrutía y Bustos y otro ordenario de nulidad de la inscripción de saneamiento. En el primero se dictó una medida precautiva de prohibición de celebración de actos y contratos, la que fue debidamente inscrita y estaba

podavía vigente al momento de dictarse la sentencia comentada. En ese juicio, la demanda de precario fue rechazada en primera instancia, pero accogida en segunda. No se sabe si se interpusieron recursos contra la sentencia de segunda instancia, y en ese caso, cómo fueron ellos decididos, porque el expediente de este juicio de precario no fue habido. La inscripción de saneamiento, sin embargo, no fue cancelada (ni la prohibición levantada). La otra causa fue archivada, aparentemente porque el demandante, habiendo obtenido en el juicio de comodato precario, consideró innecesario continuarla.

La sentencia se pronunció sobre la demanda intentada por los sucesores en el título de Luis Urrutia, en contra de los sucesores en el título de Pedro Callejas.

Los problemas que este caso plantea son dos. Uno se refiere al problema posesorio controvertido, al valor relativo de una inscripción de saneamiento y otra que por ahora podemos llamar "regular" cuando la segunda antecede a la primera. La segunda cuestión tiene que ver con el valor que tienen, en el procedimiento actual, las declaraciones hechas por la corte de apelaciones que falló en segunda instancia el juicio de comodato precario que se siguió en 1959 (suponiendo, como lo hizo la corte de apelaciones, que la sentencia quedó firme). Esta cuestión es relevante porque si, por ejemplo, su declaración de que la inscripción de saneamiento es inválida produce cosa juzgada respecto de la pretensión de los demandantes, entonces la demanda debe ser desechada aun cuando la respuesta a nuestro primer problema sea que la inscripción de saneamiento prefiera a la regular cuando la segunda antecede a la primera. En ese caso habría que concluir que la sentencia de 1959 fue errada, pero desde luego una sentencia ejecutoriada vale aunque sea incorrecta.

Para el juez de primera instancia, la cuestión decisiva fue la segunda. El hecho de que la demanda de 1958 había sido acogida implica "haber reconocido la calidad de dueña de la actora de dicho juicio." Además, esa sentencia dio por establecido que la inscripción de saneamiento fue pedida y ordenada al margen de la ley. Por consiguiente, Urrutia y Bustos no tenían derecho alguno sobre el inmueble, cuya posesión inscrita por Callejas había permanecido imperturbada (c.35).

Aplicando la regla del inciso segundo del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, el juez aceptó (c.35) como verdaderas estas declaraciones de la sentencia de 1958 (es decir, que el demandante de entonces, Pedro Callejas, era dueño de la propiedad, que la inscripción de saneamiento era inválida, y que la posesión del demandante no había sido en ningún momento afectada por lo hecho por los demandados). En consecuencia, Urrutia y Bustos no tenían derecho alguno sobre el inmueble, y por consiguiente todos los que les sucedieron, hasta los actuales demandantes, se encontraban en la misma situación.

En cuanto a la demanda reconvenzional, el juez omitió pronunciarse sobre ella porque se refería a la inscripción de 1957 a favor de Urrutia y Bustos, en circunstancias que este título no había sido emplazado<sup>68</sup>.

Apelada la sentencia, la corte de apelaciones la confirmó, aceptando la argumentación del juez de primera instancia. La parte demandante recurrió de casación en el fondo, alegando que la sentencia de segunda instancia había infringido las normas de la ley 6382, en cuanto esta disponía que "las inscripciones que se ordenen hacer en estos juicios, se reputarán como títulos de dominio saneados de quince años", el que a la dictación de esa ley era el plazo de prescripción extraordinaria. La Corte rechazó el recurso, alegando carecer de competencia para decidir este punto:

Constituye un presupuesto fáctico que la demandante no es dueña del inmueble antes referido y que, por el contrario, los demandados son los propietarios del mismo, de suerte que la primera, con su recurso, pretende desvirtuar tal hecho, lo que no es posible en un recurso como el que nos ocupa, en que la Corte Suprema, como tribunal de derecho, debe aceptar como definitivos e inamovibles los hechos sentados por los jueces del mérito, salvo que se invoque violación de leyes reguladoras de la prueba (c.3, sent. cas).

Este argumento es sorprendente, porque la cuestión de si el dominio del predio correspondía a los demandantes o a los demandados era la cuestión jurídica crucial. Si la alegación de la recurrente es que al decidir que la parte demandada es propietaria del predio se han infringido las reglas sobre posesión contenidas en la ley 6382, la respuesta no puede ser que la decisión de que la demandada es propietaria es un hecho para conocer el cual la Corte carece de competencia.

Ahora respecto de esta cuestión, la de fondo, ¿cuál es la solución correcta para el caso? La primera cuestión que debe considerarse es si el hecho de haber sido la inscripción obtenida conforme a lo dispuesto en la ley 6382 es en algún sentido relevante. Hemos visto que la regulación contenida en esa ley daba, al menos hasta el momento en que se ordenaba la inscripción a nombre del solicitante, preferencia al poseedor inscrito en todo caso. En otras palabras, no cabe duda de que el antecesor del ahora demandado podría haberse opuesto válidamente al saneamiento, si hubiera hecho la alegación a tiempo. Pero también es relativamente evidente que no habiendo formulado oposición, conforme al artículo 8 de la ley de saneamiento no tenía derecho a formularla más tarde.

Adicionalmente, si el antecesor de la demandante había obtenido una inscripción de saneamiento es claro que la vía adecuada no era en ningún caso la acción de precario, que no afecta la validez de inscripción alguna.

68 No es raro que un juez tenga posesión para negarse a pronunciarse sobre algo como lo hizo en este caso, dado la disposición en el art. 10 inc. 2º (principio de inexcusabilidad).

Aplicando las reglas de la ley 6382, parecía evidente que la inscripción válida era la de las demandantes.

Pero desde luego, la cuestión no es tan simple. Después de todo, los demandados habían detestado materialmente el predio por los últimos cuarenta o más años, amparados en algo que parece ser una inscripción de dominio. Quizás fue el hecho de encontrarse en esta incómoda posición lo que llevó a la Corte Suprema a decidir el caso con un argumento tan deficiario como declarar cuestión de hecho la cuestión jurídica contravertida. De nuevo, la Corte aparece reaccionando ante el caso de acuerdo a su sentido de justicia sin preocuparse de relacionar lo decidido con las reglas aplicables.

Pero el problema, debe reconocerse, es que no hay solución limpia. Ya hemos explicado por qué en todos los casos de doble inscripción, en la medida en que ésta finge la posesión, serán mal resueltos, en el sentido de que alguien que tiene o puede tener derechos legítimos desde el punto de vista jurídico ha de perder. Quizás la solución más adecuada es reconocer la posesión del que tiene posesión material. El argumento para esto es que evidentemente no se trata de posesión material contra posesión inscrita, lo que es inadmisibles en el contexto del régimen posesorio del Código Civil, porque no pueden las razones excluidas derrotar a la razón excluyente. Se trata de atender a las razones excluidas cuando las razones excluyentes han demostrado ser incapaces de dar una solución adecuada al caso.

Para apreciar esto podemos recordar la disputa entre Tomás Ramírez y Humberto Trucco, a algunos aspectos de la cual ya hemos hecho referencia. Ramírez creía que el artículo 925 del Código Civil se aplicaba, entre otros, a los casos en los que hay doble inscripción<sup>69</sup>. Trucco afirmaba que en este caso debía decidirse sobre la posesión sin atender a la posesión material, con estos argumentos:

No nos parece ni siquiera cuestionable que sea lícito extender la aplicación de este artículo [el 925] hasta hacerlo decidir en el caso de aparecer un inmueble inscrito a la vez a nombre de dos ó más personas. Ello importaría desconocer en lo absoluto la eficacia de la inscripción como requisito, garantía y prueba de la posesión y tendería a minar por su base todo el sistema tan ingeniosamente calculado por el legislador para obtener que la inscripción sirva como garantía cierta de una posesión pública y manifiesta que permita llegar un día al desistimiento en que posesión, prescripción e inscripción sean términos idénticos. No hay que olvidar, por otra parte, que dentro de la organización de nuestro Registro Conservatorio así como dentro de las prescripciones legales del C. Civil, no pueden coexistir dos inscripciones simultáneas, a favor de distintas personas, que se neutralicen mutuamente: ello significaría socavar en su esencia y fundamento la fe del Registro Conservatorio. Es principio dominante sobre esta materia el de que no puede existir una posesión inscrita sin que haya cancelación de la inscripción

69 Ramírez, carta a H. Trucco, reproducida en Trucco, op. cit. n. 43, pp. 145-150, aquí p. 148.

anterior (art. 728 del CC) y si en el hecho, pues, el Conservador inscribe una misma propiedad a favor de dos distintas personas por ignorancia, descuido o conivencia, no se ve por qué la inscripción posterior habría de primar sobre la anterior, que, a juicio de la ley, radica en el primer inscrito un derecho *irrevocable* mientras no haya una debida cancelación de su inscripción. Menos se ve por qué habría de recurrirse a la prueba del goce material que consagra el artículo 925, para decidir en el conflicto de dos inscripciones, cuando es fácil prescindiendo de este artículo, discernir cuál de estas inscripciones debe tenerse por nula y sin valor, a la luz de todas las prescripciones de la ley relativas a la inscripción. Así, si alguien vende separadamente un mismo inmueble a dos personas y a las dos les hace entrega (única forma de hacerla es la inscripción) debe ser preferido aquél que primero inscribió (art. 1817 del CC)<sup>70</sup>.

La "fe del registro conservatorio" que Trucco quería defender se basa en el hecho de que, siendo la inscripción una ficción legal de posesión, nada más que la inscripción es necesario para determinar si existe posesión. La inscripción, como un título-valor, debería ser autosuficiente. En la medida en que en algunos casos la fuerza excluyente de la ficción es venida por apelación a las cuestiones excluidas (art. 925 CC), la inscripción deja de ser un documento autosuficiente para conceder posesión. Por eso Trucco también se niega a aceptar la prueba de la posesión de inmuebles inscritos conforme al artículo 925 en otro caso propuesto por Ramírez: "que alguien tiene en su poder materialmente un inmueble que está inscrito a nombre de otro, a fin de que se condene a aquél a restituirlo"<sup>71</sup>. En este segundo caso, si probando posesión de acuerdo al artículo 925 pudiera atacarse la posesión inscrita, como quería Ramírez, entonces la inscripción no sería una prueba concluyente de posesión, no sería una ficción. El mismo criterio sigue Trucco para negar la relevancia del 925 en casos de doble inscripción.

Aquí, sin embargo, Trucco llegó demasiado lejos. En el segundo caso de Ramírez lo que hay es la expectativa de ser poseedor de quien depositó su fe en el registro contra la del que ignoró el registro. Es evidente que preferir en ese caso al poseedor material afecra la fe del registro. Pero en el caso de dobles inscripciones lo que hay son dos expectativas de dos personas que pusieron debidamente su fe en el registro, por lo que una de ellas necesariamente quedará decepcionada pese a tener una inscripción aparentemente válida. El problema de cuál inscripción debe ser preferida no puede ser solucionado preguntándose cuál de las dos debe ser preferida para salvaguardar la fe en el registro, porque la fe en el registro está afectada por el solo hecho de que la pregunta deba ser planteada. Cualquiera de las dos opciones dañará la confianza en el registro. En la solución propuesta por Trucco, el poseedor inscrito que posee con el mérito de la segunda inscripción será decepcionado. Pero es evidente que esta

70 Trucco, op. cit. en n. 43, 137n.

71 Ramírez, loc. cit. en n. 51.

solución debe intranquilizar también al titular de la primera inscripción, porque él no tiene manera de estar seguro que no hay una inscripción anterior a la suya, del mismo modo que el titular de la segunda inscripción fue sorprendido por la existencia de la primera. Desde luego, la solución es organizar el registro de modo que esta situación no se plantee, y cuánta confianza merezca el registro dependerá de cuán probable es que esta situación ocurra. Pero si ocurre, nada hay que argumentar desde el punto de vista de la integridad del sistema registral, porque si hay dos inscripciones vigentes la integridad del sistema registral ya ha sido perjudicada<sup>72</sup>.

Como hay dos ficciones incompatibles, una deberá de ceder. La solución de Trucco, conforme a la cual ha de ceder la segunda, es arbitraria, en el sentido de que las razones que ofrece para ella no la justifican. Cualquiera decisión afectará la fe en el registro. En este contexto, atender a la posesión material probada conforme al artículo 935 parece lo más adecuado.

En el entendido que en *Inmobiliaria La Cerrito con Callejas* los demandados estaban en posesión material, el argumento anterior justificaría rechazar la demanda. La misma conclusión es la que corresponde si se reconoce a la sentencia de precatario de 1958 cosa juzgada respecto de la posesión, lo que en todo caso sería cuestionable porque una sentencia de precatario no se pronuncia sobre nada adicional a la justificación de la detención.

(En todo caso, la historia de este litigio continúa en *Vásquez con Inmobiliaria La Cerrito*, que se pronuncia sobre una resolución de segunda instancia en el juicio aludido más arriba, sobre nulidad de la cesión de derechos hereditarios de las hermanas Urrutia a la inmobiliaria. En el lapso que media entre la sentencia de segunda instancia, confirmatoria de la de primera que declaró la nulidad de la cesión, y la de casación, que la

72 Véase que la integridad del sistema registral es un argumento contrario a lo argumentado por Trucco en otro famoso caso *Belif*, el de la correcta interpretación de la expresión "competente inscripción" del inc. 2º del art. 730 C.C. Si lo importante es la integridad del registro, una inscripción será competente cuando, substancialmente válida o no, ella sea *aparentemente* válida. Si el aforo tenedor se da por dueño y enajena la cosa, y por ignorancia, descuido o coincidental el conservador inscribe la enajenación, cancelando la inscripción o nombre del poseedor anterior (a cuyo nombre el transcriptor detenía), entonces la posesión del poseedor inscrito termina. Si no terminara, el titular de lo que parece ser una inscripción perfectamente válida podría encontrarse con que su inscripción no fue suficiente siquiera para transformarla en posesión, es decir, si sus sucesores en el título no son dueños ni poseedores ni meros tenedores! Ahora bien, ¿cómo puede saber la persona a nombre de quien el transcriptor detenía que su inscripción (o la de alguna de sus anteriores, por héranos que sean) no es invalidada por razones de este tipo? Aunque Trucco no discute con detalle el problema de la interpretación del inc. 2º del art. 730, lo que sostiene en el párrafo transitorio (en virtud de la inscripción "radica en el primer inscrito un derecho inalienable" mientras no haya una debida cancelación de su inscripción" - sus anteriores) apunta contra la fe del registro: sólo entender que "competente inscripción" es una inscripción *aparentemente* válida respeta la integridad del registro que exige, como está argumentado en el texto principal, que la inscripción sea *autógrafa*.

casó y rechazó la demanda de nulidad, el juez ordenó la cancelación de la inscripción a nombre de la inmobiliaria y el alzamiento de la prohibición de enajenar que se había decretado en el juicio de precatario de 1959. Levantada la medida, las hermanas Urrutia enajenaron, en cumplimiento del contrato de promesa aludido, a Brain Chacof, quien hipotecó la propiedad a favor de su hermano. En la etapa de cumplimiento de la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema la inmobiliaria solicitó que se dejara sin efecto la inscripción a nombre de Brain Chacof y la hipoteca a favor de su hermano, lo que fue concedido por el tribunal de primera instancia. Apelada esta resolución, la corte de apelaciones revocó, sosteniendo que la petición de la demandada excedía la competencia del tribunal en la etapa de cumplimiento. Fue contra esta resolución que se recurrió de casación en el fondo.

El recurso fue declarado inadmisibles por no ser la resolución recurrible, en una decisión que es comentada en el comentario de Proceso Civil. Lo relevante para los efectos de este comentario es la cuestión de qué es lo que corresponde disponer con esas inscripciones. En el caso particular, ahora puede decirse que la cuestión no es importante, porque toda la línea de inscripciones que derivó de Luis Urrutia fue anulada en *Inmobiliaria La Cerrito con Callejas*. Pero la cuestión es en sí misma importante. La solución es relativamente sencilla de establecer: los actos jurídicos realizados con ocasión del cumplimiento de una sentencia que después es anulada son por eso nulos, y esa nulidad opera retroactivamente. Por supuesto, el titular del derecho de hipoteca constituido por Brain Chacof es poseedor de ese derecho, y tendrá posesión regular o irregular conforme a las reglas generales. La declaración de nulidad de la inscripción del acreedor en el dominio de su enajenante no afecta el hecho de que *posee* la hipoteca. Ahora bien, si es demandada a tiempo la cancelación de la inscripción hipotecaria, es decir, si es demandado el acreedor hipotecario antes de que pueda oponer la prescripción, entonces la demanda debe ser acogida, y el titular de la hipoteca sólo tendrá su acción personal en contra de quien la constituyó).