

Don Ramón Domínguez Aguilá, expresa: "afirmar, pues que los contratos son inoponibles a terceros sería una afirmación inexacta que no ayuda a la claridad de las ideas, por mucho que se repita en alguna jurisprudencia".

"Lo que se viene afirmando es cuestión que ha tenido incluso consecuencias jurisprudenciales. Así, se recordará el problema que planteó a nuestros Tribunales el principio de la relatividad de los contratos, entendido en su sentido absoluto, en la institución del precario. El adquirente de un inmueble al querer tomar posesión material de lo comprado, se encuentra con un tercero instalado en él, con quien, desde luego, no lo liga ninguna relación contractual, desde que no es sucesor del vendedor. El tercero, sin embargo, sostiene estar en el predio con título, porque es arrendatario de un dueño anterior o porque pactó un contrato de promesa de compraventa con otro propietario precedente, en el cual se le entregaba desde ya la cosa. El artículo 1545 señala que el contrato es eficaz entre las partes; pero es res inter alios para la adquirente: ¿no podría entonces éste demandar de precario al tercero, porque frente a él, el dicho tercero no tiene ningún título que justifique su tenencia y que pueda serle, por tanto, oponible al demandante? Más de algún litigante así lo pensó y más de algún Tribunal llegó a resolverlo de ese modo, pero finalmente, ya es jurisprudencia establecida que, en situaciones como la descrita, no es posible que el nuevo dueño se encuadre en la situación de precario, desconociendo sin más el contrato que haya podido justificar el ingreso del tercero en el inmueble. Para recuperar su inmueble, el demandante deberá usar otras acciones: las propias a la terminación del arrendamiento -lo que supone naturalmente reconocer y aceptar su existencia- o las que se derivan del dominio, que tienen, en definitiva, igual sentido frente al contrato de promesa u otro que aduzca el detentador" (83).

La opinión anterior merece un par de comentarios. En cuanto a que la acción de precario es improcedente tratándose del arrendatario de un dueño

(83) DOMÍNGUEZ AGUILA, RAMÓN: "Los terceros y el contrato", artículo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, N° 174, año LI, julio-diciembre de 1983, págs. 154 y 155.

anterior, ello se explica porque la ley ha consagrado otra acción especial para que el adquirente obtenga la restitución de la cosa, que nace precisamente del hecho que consiste en la extinción del derecho del arrendador. Y respecto del tenedor que pactó un contrato de promesa de venta con un propietario precedente, en el cual se le entregó la cosa de inmediato, todo el razonamiento del autor citado, en definitiva, lleva implícita la premisa de que el artículo 2195 en su inciso 2°, no exige que el contrato previo emane, obligue o sea oponible al dueño, interpretación con la cual no estamos de acuerdo, puesto que el texto de dicha disposición, en su conjunto, regula una situación en que se enfrentan los intereses del dueño y del tenedor. De manera que si el propietario no está obligado a respetar la tenencia del tercero, ésta únicamente puede explicarse por su ignorancia o mera tolerancia (84).

4.- EL DEMANDADO INVOKA UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO PARA ENERVAR LA ACCIÓN

Distingamos diversas situaciones que al respecto pueden presentarse:

a) El arrendamiento se pactó con el demandante: En este caso, no cabe ninguna duda que la acción de precario no puede tener éxito. Entre las partes hay un "contrato previo", que habilita al demandado para tener en su poder la cosa reclamada.

Así lo ha resuelto nuestra jurisprudencia. "Es de la esencia del precario la inexistencia de todo contrato, amén de la ignorancia o mera tolerancia del dueño, circunstancia ésta, inconcebible; dada la calidad de arrendador que ostenta el actor" (85).

(84) RAMOS PAZOS, RENE: Opina que el título debe obligar al dueño; artículo citado, pág. 13.

(85) Corte de Santiago. 28 Mayo 1987. G.J., N° 83, págs. 55.

b) El arrendamiento fue celebrado con el dueño anterior. Aquí también es necesario distinguir:

b.1) Al demandante se le transfirió el derecho del arrendador por un título lucrativo (gratuito), o siendo a título oneroso, el contrato se otorgó por escritura pública. El nuevo dueño está obligado a respetar el arriendo, por aplicación del artículo 1962 del Código Civil, y por consiguiente la acción de precario no podía prosperar. En la misma situación se hallan los acreedores hipotecarios cuando la escritura pública en que el contrato de arrendamiento consta, se encuentra inscrita en el Registro Conservador con anterioridad a la inscripción de la hipoteca.

Mención especial merece el arrendamiento de predios rústicos. Si el arrendador vende o transfiere a cualquier título el predio arrendado, el nuevo propietario está obligado a mantener los términos del contrato, salvo acuerdo de éste con el arrendatario, según lo dispone el artículo 10 del decreto ley N° 993. Y conforme al artículo 5° del mismo decreto ley, basta que el arrendamiento de esta clase de predios se pacte por escritura privada, con la presencia de dos testigos mayores de 18 años; incluso, es perfectamente válido aunque no conste por escrito, en cuyo evento el arrendatario goza de una presunción a su favor. Se estará a lo que él declare, sin perjuicio de prueba en contrario.

Como puede verse, en todos estos casos, el nuevo propietario está obligado a respetar el contrato de arrendamiento, pasando a ocupar el lugar del arrendador anterior, de modo que no será procedente la acción de precario.

Conocemos un juicio en que el demandado se exceptuó oponiendo un contrato de arrendamiento que constaba por escritura pública: "Habiéndose celebrado por escritura pública el contrato de arrendamiento, la expiración del derecho de la arrendadora no produjo la terminación de ese contrato. Conforme a lo dispuesto,

en el N° 2 del Código Civil, las compradoras hubieron de respetarlo, y el arriendo continuó, entonces, teniendo ellas la condición de arrendadoras y conservando el demandado su calidad de arrendatario. De consiguiente, no es efectivo que el demandado ocupe el inmueble sin título y por mera tolerancia de las actoras" (86).

b.2) Al demandante se le transfirió el derecho de dominio del arrendador a título oneroso y el arrendamiento no constaba por escritura pública: En tal supuesto, salvo la excepción mencionada a propósito de los predios rústicos, el nuevo dueño no está obligado a respetar el contrato de arrendamiento celebrado por su antecesor. ¿Significa esto que el nuevo dueño puede demandar de precario al arrendatario para obtener la entrega del inmueble? Así se resolvió en un fallo dictado por la Corte de Santiago, pero con un voto disidente: "si bien los demandados han acreditado que detentan la propiedad reclamada por el actor en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con su antiguo dueño, tal circunstancia no es aceptable, a juicio del sentenciador, para enervar la acción deducida, por cuanto del contexto del artículo 2195 se desprende que el contrato en que el detentador debe fundarse, para tales efectos, es únicamente el que obliga al dueño de la propiedad reclamada, circunstancia esta última, que no se ha configurado en la especie" (87). También existe una sentencia de la Corte Suprema en idéntico sentido (88).

Sin embargo, la jurisprudencia paulatinamente se ha uniformado en el sentido que en esta situación el tenedor no puede ser considerado precarista. Así, un fallo reciente declaró, "este Tribunal ha llegado a la conclusión que el demandado ocupaba el inmueble pedido, con anterioridad a la adquisición por el actor y que lo hacía por un título distinto de la mera tolerancia

(86) Corte Santiago, 19 Mayo 1970, RDJ., T. 67, sec. 2, pág. 63.

(87) Corte Santiago, 14 enero 1957, RDJ., T. 54, sec. 2, pág. 21.

(88) C. Suprema, cas. forma y fondo, 9 septiembre 1971, RDJ., T. 68, sec. 1, pág. 264.

de éste, ya que era arrendatario de la antigua dueña; si bien es posible sostener que este título no es oponible al nuevo dueño por no haberse celebrado en la forma prescrita en el artículo 1962 del Código Civil, no es menos cierto que este contrato de arrendamiento desvirtúa el supuesto de la acción consistente en la mera tolerancia del actor y que la acción que a éste corresponde para obtener la restitución del inmueble es una distinta a la de precario y que contempla, precisamente, los derechos de la persona que emanan de un contrato de arrendamiento vigente" (89).

Creemos que ésta es la doctrina correcta, pues si bien el nuevo dueño no está obligado a continuar en el arrendamiento, existe una acción específica que emana de la extinción del derecho del arrendador, en virtud de la cual podrá obtener que se le restituya la cosa de su dominio. De tal manera que cuando el arrendamiento no consta por escritura pública y se transfiriere el derecho del arrendador a título oneroso, el contrato expira por la causal contemplada en el artículo 1950 N° 3 del Código Civil y en dicho evento el nuevo dueño podrá pactar un nuevo arrendamiento, o bien, deducir la acción de restitución que establece el artículo 7 N° 4 de la Ley N° 18.101, para los bienes raíces urbanos (90).

c) El contrato de arrendamiento se celebró con quien ningún derecho tenía sobre la cosa arrendada: El demandado opone a la demanda de precario un contrato de arrendamiento celebrado con quien se arrogó la calidad de dueño de la cosa arrendada, sin serlo.

¿Ese contrato es suficiente para enervar la acción?

- (89) C. Pedro Aguirre Cerdá, 28 octubre 1938, G.J., N° 100, pág. 44. Análoga doctrina se sostiene en las siguientes sentencias: C. Concepción, 17 de agosto de 1963, R.D.J. T. 60, sec. 2, pág. 101; C. Supr., cas. fondo, 5 diciembre 1972, R.D.J., T. 69, sec. 1, pág. 200 y F. del M., N° 169, pág. 302; C. Supr., 12 Mayo 1975, cas. fondo, F. del M. N° 198, pág. 39; C. Supr. cas. fondo, 20 enero 1977, F. del M., N° 218, pág. 348.
- (90) Don ALVARO QUINTANILLA PEREZ, sostiene también la opinión de que en este caso no es procedente la acción de precario, pero fundado en el inciso 2° del art. 2195 que no exige que el contrato que autorice la tenencia emane, obligue, o sea oponible al dueño ("La problemática del arrendamiento urbano", Valparaíso, 1976, págs. 181 y 182).

Existe una sentencia de la Corte Suprema de especial interés, en donde se proporcionaron valiosos argumentos en favor de una y otra tesis.

El demandado interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de alzada que dio lugar a la demanda, sosteniendo que había infringido los artículos 2195 inciso 2°, 1915 y siguientes y 889 y siguientes del Código Civil, al calificar de precario la tenencia que ejercía sobre el predio cuya restitución se pedía, no obstante que tenía título, un contrato de arrendamiento celebrado con un tercero, y, en esas condiciones -agregó el recurrente- la acción procedente no era la deducida en autos, sino que la reivindicatoria dirigida en contra de su arrendador, poseedor inscrito de dicho inmueble.

Los cuatro Ministros que formaron la mayoría, fueron de la opinión de rechazar el recurso, por los siguientes fundamentos:

a) Del texto del artículo 2195 inciso 2°, se desprende que el contrato que haga valer el tenedor de la cosa debe emanar del dueño de la misma y no de un tercero que no tiene esa calidad.

b) En cuanto a que, por disposición del artículo 1931, la acción de terceros que pretenden derechos a la cosa arrendada debe dirigirse contra el arrendador, es preciso tener presente que el inciso 2° de este mismo artículo, admite que el arrendatario pueda ser demandado por personas que alegan derechos sobre la cosa arrendada, en cuyo caso, el arrendatario está obligado a noticiar al arrendador la turbación o molestia que se le ha originado, bajo apercibimiento, si lo omitiere o dilatare de abonarle los perjuicios que de ello se sigan.

c) Confirma la idea de que pueden ejercitarse contra el arrendatario acciones que afectan a la cosa dada en arriendo, la circunstancia de que, en tal emergencia, tiene el mismo arrendatario acción de sancamiento por evicción en contra del arrendador cuando éste hubiere arrendado una cosa ajena, conforme al inciso 2° del artículo 1916, lo que importa decir que, demandado el arrendatario de cosa ajena, puede citar de evicción al

arrendador, que debe en tal caso comparecer a defenderla si se le hubiere citado.

d) No se desnaturaliza la acción de precario, por el hecho de que se le niegue al actor su dominio sobre la cosa demandada y se sostenga que el dueño de la misma es un tercero extraño, si este tercero no comparece a la litis de defender a los actuales demandados, y, en cambio, el actor prueba en la especie su dominio y los demás supuestos de la acción deducida.

e) Tampoco se acreditó, en el curso del juicio, que el contrato de arrendamiento del demandado se refiriera a la misma propiedad reclamada, pues los límites son diversos a los consignados en la demanda.

f) Por último, en cuanto a los artículos 889 y siguientes, dada la naturaleza de la acción interpuesta en autos, no funcionan esos preceptos legales, porque ellos reglamentan la acción reivindicatoria.

El voto de minoría de los Ministros Alfredo Larenas, Luis Agüero y Fiscal Urbano Marín, se pronunció por acoger el recurso, invalidar la sentencia recurrida y rechazar la demanda, por las siguientes razones:

a) No es posible calificar de precario la tenencia del demandado si ha recibido la cosa en virtud de un contrato celebrado con el dueño o con otra persona distinta, ya que así aparece no sólo del propio tenor literal de ese precepto, sino también de su sentido gramatical, con arreglo al cual hay necesariamente que convenir que la frase "sin previo contrato", no está, dentro del texto transcrito, modificada o delimitada en su significado por la frase complementaria "con el dueño", ni con ninguna otra que no permitiera interpretar la referida disposición en el sentido amplio que antes se ha expuesto.

b) Después de dejar establecido el artículo 1916 que puede arrendarse aun la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción, esto es, cuando sea privado de la tenencia y goce de la cosa arrendada a causa de los derechos ejercitados por

el verdadero dueño, por el artículo 1931 el legislador agrega que este último deberá dirigir su acción "contra el arrendador", lo que indica, indudablemente, que no puede dirigirla contra el tenedor material de la cosa a virtud del respectivo contrato. De allí se desprende, pues, que dada en arrendamiento una cosa ajena, la tenencia de ella por el arrendatario, no cabe calificarla como "precario", pues si en tal situación el dueño sólo puede hacer valer sus derechos dirigiendo su acción contra el arrendador, el legislador está manifestando su voluntad de no considerar comprendido a tal tenedor dentro del artículo 2195 inciso 2º.

c) La anterior interpretación resulta indiscutible—según los disidentes—si se observan los artículos 700, 725, 889, 895 y 896 del Código Civil, puesto que del contexto de esas disposiciones fluye que en todos los casos a que se refiere el segundo de esos preceptos, en los cuales como allí se dice textualmente, "el poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo, o cualquier otro título no traslativo de dominio", la acción del que se pretende verdadero dueño de la cosa, para reclamar su restitución, no puede ser aquella que la ley le reconoce contra el tenedor precario, sino que la que le confiere el artículo 889, en contra del poseedor, y no obstante haber éste transferido la tenencia de la cosa por alguno de los títulos antes mencionados o cualquier otro no traslativo de dominio, interpretación que también es armónica con lo dispuesto en el artículo 1931 referido (91).

Esfinamos que el caso fue resuelto adecuadamente. Por lo demás, el fallo recurrido había establecido que no se encontraba acreditado que la propiedad arrendada por el demandado fuera la misma reclamada en la demanda, hecho éste que resultaba inamovible para el tribunal de casación.

A través del mecanismo de la citación de evicción y además por aplicación de las normas que regulan las obligaciones de las partes en el

(91) Esos son, en síntesis y con leves variantes, los principales argumentos que se sostienen en la sentencia de 21 de diciembre de 1949, publicada en RDJ., T. 47, sec. 1, pág. 36.

contrato de arrendamiento, quedan perfectamente resguardados los derechos del arrendador y del arrendatario, cuando en contra de este último se intenta la acción de precario.

En efecto, veamos las posibles situaciones que se pueden presentar cuando el arrendatario es demandado de precario por un tercero que pretende ser el verdadero dueño de la cosa arrendada:

a) El demandado no avisa oportunamente al arrendador de la acción deducida en su contra. En conformidad al artículo 1931 inciso 2° del Código Civil, si el arrendatario omitió o dilató culpablemente dicho aviso, deberá abonar los perjuicios que de ello se sigan al arrendador.

b) El demandado da aviso oportuno a su arrendador de la demanda intentada en su contra, pero no lo cita de evicción. En tal caso, el arrendatario habrá cumplido con su obligación de noticiar oportunamente al arrendador de las turbaciones provenientes de terceros que alegan tener derechos en la cosa (en la especie, el derecho de dominio), y, por lo tanto, queda liberado de toda responsabilidad por los perjuicios que sufra el arrendador si la sentencia acoge la demanda y ordena entregar la propiedad al actor. El arrendador, notificado de la demanda, podrá comparecer como tercero coadyuvante de su arrendatario.

c) El demandado de precario cita de evicción a su arrendador y éste no comparece al juicio. El arrendador será responsable de la evicción, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1916 y 1930 del Código Civil.

d) El demandado de precario cita de evicción a su arrendador y éste comparece al juicio. Aquí el citado de evicción puede asumir diversas actitudes. Una de ellas consiste en que niegue el dominio del actor y además exhiba a su favor un título que le permite justificar, a lo menos aparentemente, que es dueño o poseedor de la cosa reclamada, en cuyo caso, la acción de precario no podrá prosperar por haberse planteado una cuestión que debe ser resuelta en un juicio reivindicatorio (92). De ese

(92) Véase págs. 25 y siguientes.

modo, el arrendador habrá cumplido su obligación de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa arrendada, y por otra parte, conservará su carácter de poseedor, lo cual tendrá mucha importancia si, con posterioridad, el demandante, perdedor en el juicio de precario, entabla acción reivindicatoria en su contra, puesto que será presumido dueño del bien reivindicado.

A la inversa, si el citado de evicción se allana a la demanda de precario, o bien, defendiéndose, no logra acreditar —prima facie— su supuesto dominio o posesión, mientras que el actor, por su parte, prueba su derecho sobre la cosa, el fallo será favorable a la pretensión de este último y ordenará la restitución. En tales circunstancias, el arrendatario tiene derecho a que su arrendador le indemnice los perjuicios, en los términos del artículo 1916 y 1930 del Código Civil.

5.- EL DEMANDADO INVOKA COMO TÍTULO DE SU TENENCIA UN CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA

Es de común ocurrencia que el demandado, para enervar la acción de precario, invoque una promesa de compraventa celebrada con el propio demandante o con algún dueño anterior de la propiedad reclamada.

Dicho contrato, por su naturaleza, no es idóneo para conferir al promitente comprador la tenencia material de la cosa prometida, ya que únicamente impone a las partes contratantes la obligación de otorgar el contrato prometido.

Por consiguiente, el promitente comprador, que fundado en la promesa de venta y por su sola voluntad accede a la tenencia del bien prometido, carece de título, para los efectos del inciso 2° del artículo 2195.

El problema se origina cuando el promitente vendedor, autoriza, verbalmente o mediante una cláusula establecida en el contrato de promesa, al promitente comprador para que tenga materialmente la cosa prometida, con anterioridad al otorgamiento de la compraventa.

Esta última situación es la que presenta mayor interés.

5.a) La promesa de venta se celebró con el propio demandante: Creemos que en este caso no puede tener éxito la acción de precario, puesto que el actor, voluntariamente, ha entregado la cosa al demandado, en virtud de un "contrato previo".

La promesa de compraventa no es el verdadero fundamento de la tenencia que ejerce el demandado. La autorización prestada por el promitente vendedor para que el promitente comprador tenga la cosa prometida, constituye un título de mera tenencia para este último.

Ahora bien, ese acuerdo de entrega inmediata del bien prometido vender puede corresponder, dependiendo de la voluntad que hayan tenido los contratantes, a un contrato de comodato o a un pago anticipado de las obligaciones propias del contrato definitivo (compraventa).

En la primera hipótesis, si el promitente vendedor desea obtener la restitución de la cosa prometida deberá deducir la acción que derive del contrato de comodato.

En el segundo caso, la entrega del bien prometido por parte del promitente vendedor constituye un pago sujeto a condición suspensiva. El hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento del derecho a dicha entrega y la obligación correlativa es, precisamente, el otorgamiento del contrato de compraventa.

La Corte Suprema parece haber interpretado en este último sentido la naturaleza de la cláusula de una promesa en que se estipula la entrega material de la cosa prometida vender: "La cláusula de la promesa que acordó la entrega material del bien raíz prometido vender constituye un pacto civil de mera tenencia que se cumplió, pero ésta, por su naturaleza, es precaria o

temporal, aunque sujeta en este caso a la condición de transformarse en entrega definitiva de la cosa prometida vender si esa venta se realizaba" (93).

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 1485 inciso 2º, lo que se hubiera pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido. "Y ello porque aún no había obligación alguna, que sólo nace al cumplimiento de la condición; el pago carece, pues, de causa y puede repetirse" (94). En tales circunstancias, el promitente vendedor tendrá a su alcance, para obtener la restitución de la cosa prometida, la acción de repetición, con arreglo a los artículos 2295 y siguientes.

Cuando el demandado ha demostrado que su tenencia deriva de una promesa de venta celebrada con el actor, se ha rechazado la demanda de precario. Así, se ha fallado que "la acción especial que se dedujo en este juicio es improcedente, toda vez que entre demandado y poseedor habían mediado manifestaciones explícitas de voluntad tendientes al otorgamiento de un contrato de transmisión de dominio del bien raíz de que se trata; se dispuso -al efecto- la entrega provisoria del mismo, en favor del presunto comprador que abonó parte del precio y la actora adoptó actitudes ciertas y precisas que autorizaron al demandado para asumir la tenencia de que ahora se reclama mediante el juicio especial de precario" (95).

5.b) La promesa de venta se celebró con el anterior dueño: Reiteramos que el título de la tenencia del demandado no es, en realidad la promesa de venta, sino que la entrega voluntaria de la cosa prometida por parte del promitente vendedor.

(93) C. Supr., rec. de queja, 1 diciembre 1983, RDI., T. 80, sec. 1, pág. 126.

(94) ABEIJUK MANASEVICH, RENE: "Las Obligaciones", Editor Editores Ltda., segunda edición, 1983, pág. 335.

(95) C. Supr., cas. fondo, 31 julio 1973, RDI., T. 70, sec. 1, pág. 47.

En el caso que nos ocupa, el promitente vendedor después de celebrada la promesa y de hacer entrega de la cosa prometida al promitente comprador, enajena la propiedad a un tercero, siendo este último quien demanda de precario al tenedor para obtener materialmente la cosa de su dominio.

Nuestros Tribunales no han tenido un solo criterio para resolver esta situación.

Se ha resuelto que "la promesa de compraventa en que hace valer su derecho el demandado para ocupar el departamento que se menciona no emana de la demandante y además ha establecido ser la propietaria de dicho inmueble y en consecuencia el recurrente carece de todo título para ocuparlo como comodatario precario, ya que la promesa celebrada sólo produce una obligación personal para exigir el cumplimiento de dicho contrato, entre las partes firmantes, por lo que procede el rechazo de su recurso" (96).

En sentido contrario se ha fallado que "obsta a la idea de tolerancia la existencia de un contrato en cuya virtud el eventual precarista se incorporó al predio, aunque ese contrato haya sido celebrado con quien antecedió en el dominio al supuesto dueño actual de la cosa, porque es claro que en tal caso, no se la detenta en razón de la mera gracia del sucesor, sino como consecuencia de un acto jurídico (97).

Nos parece que esta última posición es incorrecta. En efecto, tal como lo sostiene la primera doctrina citada, el contrato de promesa de venta sólo produce una obligación personal respecto al

- (96) C. Supr., cas. fondo, RDI., 1973, T.70, sec.1, pág. 71. Igual doctrina en C. Stgo. G.J., 1984, N° 45, pág. 40 y C. Pedro Aguirre Cerdá, G.J., 1984, N° 52, pág. 67.
(97) C. Stgo., G.J., 1985, N° 59, pág. 35. En igual sentido, C. Stgo., RDI., 1972, T. 69, sec. 1, pág. 197; C. Supr., rec. queja, R. del M., 1976, N° 212, pág. 137; y C. Stgo., G.J., 1988, N° 100, pág. 32.

promitente vendedor, la cual, naturalmente, no se transfiere al tercero que compra la cosa prometida a vender, pues ese efecto es propio de los gravámenes reales. Por consiguiente, el demandado carece de un título que oponer al actor debiendo considerarse que su tenencia es precaria respecto de éste, más aún si en virtud de la enajenación que hizo el promitente vendedor a un tercero, el demandado tiene la certeza que su contratante "se ha puesto en la imposibilidad de cumplir el contrato prometido" (98), de manera que en contra de éste deberá dirigirse para hacer efectiva su responsabilidad, si procediere.

6.- EL DEMANDADO INVOCA COMO TITULO EL MATRIMONIO QUE LO UNE CON LA DEMANDANTE

La mujer, separada totalmente de bienes, deduce acción de precario en contra de su cónyuge, quien por su mera tolerancia ocupa un inmueble del cual ella es dueña. El marido opone la excepción de encontrarse allí no por mera tolerancia o ignorancia de la demandante, sino porque la ley lo autoriza, pues se encuentra unido en matrimonio con la actora y ese contrato le impone a ésta la obligación de vivir junto a su marido, siendo, además, la propiedad reclamada la residencia conyugal, hasta que la demandante hizo abandono del hogar común.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el fallo de primera instancia, que negó lugar a la demanda, considerando que estando las partes unidas en matrimonio no disuelto, y con lo dispuesto en los artículos 133 y 71 del Código Civil, el demandado tenía título suficiente y eficaz para oponerse a la acción de precario, asistiéndole el derecho -según dichos preceptos- para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle donde quiera.

- (98) ALEANDRI RODRIGUEZ ARTURO: "De la compra-venta y la promesa de venta", Memoria de Prueba, T.II, Soc. Imprenta-Litografía Barcelona, Santiago, 1918, pág. 1314.

que traslade su residencia. Esta sentencia fue acordada con un voto disidente que estuvo por revocar el fallo en alzada y rechazar la demanda, fundado en que uno de los efectos del matrimonio es el de dar nacimiento a las obligaciones del marido que contempla el artículo 133, y en la medida que éstas tengan una repercusión patrimonial deben naturalmente gravar a dicho cónyuge, pero nunca a la mujer, de modo que si el marido debe recibir a la mujer en su casa, pesa precisamente sobre éste la carga de establecer un hogar común. Agrega este voto, que la circunstancia de haber vivido ambos en el inmueble de la actora no constituye para el marido título de tenencia, sino que configura únicamente una situación de hecho que se ha prolongado por la mera tolerancia de la mujer y, por último, que de aceptarse la tesis contraria, se llegaría al absurdo de conferir al marido —con la excusa de tener allí su casa— un título de tenencia sobre un bien raíz de su mujer —que no vive con él— con el carácter de gratuito e irrevocable.

La Corte Suprema, posteriormente, acogió el recurso de queja interpuesto en contra de los ministros que suscribieron el fallo de mayoría, dejó sin efecto la sentencia de alzada y revocó la de primera instancia, acogiendo la demanda de precario (99).

Debe tenerse presente que la ley N° 18.802, publicada en el Diario Oficial el 9 de junio de 1989, derogó el artículo 71 y reemplazó el artículo 133 del Código Civil (100), de manera que gran parte de los argumentos del voto disidente, que la Corte Suprema hizo suyos al acoger el recurso de queja, han perdido toda vigencia.

Por estar relacionado con esta materia, mencionaremos un caso en que el ex-cónyuge continuó ocupando un inmueble que formaba parte del patrimonio reservado de su mujer, quien, al disolverse la sociedad conyugal por la declaración de nulidad del matrimonio, renunció a los gananciales.

(99) F. del M., 1983, N° 301, pág. 740 y G.J., N° 42, pág. 23.

(100) El texto actual del artículo 133 del Código Civil es el siguiente: "Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que a alguno de ellos le asista razones graves para no hacerlo".

La mujer invocando su calidad de dueña exclusiva de esa propiedad, en virtud de su renuncia a los gananciales, interpuso demanda de precario en contra de su ex-marido para que se la restituyera.

La Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma deducida por la actora en contra de la sentencia de alzada que rechazó la demanda, por haberse extendido con omisión del requisito previsto en el N° 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Dictando la correspondiente sentencia de reemplazo, acogió la demanda, declarando que el vínculo conyugal en virtud del cual el demandado pretende justificar su ocupación desapareció con la sentencia que declaró nulo el matrimonio y, por lo tanto, no puede hacerlo valer para prolongar su derecho a ocupar el inmueble (101).

7.- EL DEMANDADO INVOKA EL CONCUBINATO, PARA ENERVAR LA DEMANDA

Sabemos de dos casos en que el demandado alegó que el título de su tenencia estaba constituido por el hecho de haber vivido en concubinato con el actor.

En uno de ellos el Tribunal de alzada no dio lugar a la demanda de precario. En contra de este fallo la actora recurrió de casación en el fondo. La Corte Suprema consideró que no obstante estar comprobada la existencia de una sociedad de hecho entre el demandado y su conviviente, y que la propiedad se había adquirido con el fruto de sus esfuerzos mancomunados, era indispensable deducir acción para que se reconociera dicha comunidad y los respectivos derechos de las partes. Al no existir —agregó la Corte— una sentencia que hiciera tal declaración ni algún contrato que permitiera a la demandada ocupar esa propiedad, debía concluirse que concurra la mera tolerancia del demandante, de manera que la sentencia infringió el artículo 2195 inciso 2°, pero como este precepto, decisorio *in fine*, no se indicó como violado, el recurso de casación fue rechazado (102).

(101) C. Supr., 11 agosto 1980, F. del M., N° 261, pág. 242.

(102) C. Supr., 19 noviembre 1963, R.D.J., T.60, sec.1, pág.345.

Parece correcto que el concubinato por sí solo no constituye un título capaz de enervar la acción de precario, puesto que él no siempre dará lugar a una comunidad de bienes, siendo por consiguiente necesaria, tal como lo resuelve la Corte Suprema, una sentencia que reconozca esa comunidad, en un juicio que tenga este preciso objeto.

En el mismo sentido se pronunció otro fallo que acogió la demanda de precario porque, si bien se encontraba acreditado que el demandado había convivido durante algunos años en la propiedad del dominio de la actora y le había administrado determinados bienes, de tales hechos "no se desprende que haya nacido en favor del demandado algún derecho sobre los bienes raíces que son materia de esta litis... y, por consiguiente, correspondiéndole hacerlo, no ha acreditado el título que justifique su ocupación del inmueble sub lite" (103).

8.-TENENCIA EN RAZON DE SERVICIOS

Se ha resuelto que si el demandado llegó a ocupar el inmueble reclamado en virtud de una medida o autorización expresa de quien era, en esa oportunidad, el vicepresidente ejecutivo de la institución demandante, y en una calidad o título determinado, la de cuidador o administrador de la propiedad, tiene un elemento que le da título para permanecer en dicho inmueble, precisamente su condición de cuidador con derecho anexo de habitación para él y su familia (104).

Pensamos que este podría ser un caso en que, terminado el contrato de trabajo, si el trabajador permanece en el inmueble, el cual debe entenderse que ocupa a título de remuneración, podría deducirse la acción contemplada en el artículo 915 contra el mero tenedor que retiene indebidamente la cosa.

(103) C. San Miguel, 8 junio 1981, RDI., T. 78, sec. 2, pág. 103.
(104) C. Supr., casí fondo, 1961, RDI., T. 58, sec. 1, pág. 500.

9.-EL DEMANDADO INVOKA COMO TITULO UN CONTRATO DE COMODATO

Es incuestionable que si el demandante entregó la cosa en comodato al tenedor, la demanda de precario está destinada a fracasar, puesto que para obtener la restitución deberá emplear la acción que nace de dicho contrato. Entre las partes hay una relación contractual, mientras que en el precario la tenencia es extracontractual.

Nuestra jurisprudencia también lo ha entendido de esa forma: "siendo un hecho de la causa que el demandado inició la ocupación de la propiedad objeto de la litis, con motivo de habérsela prestado el actor, resulta indiscutible que por sí solo este acto representa una antítesis frente al concepto de mera tolerancia, que es el factor elemental de la acción de precario deducida en autos" (105).

Nuevamente el problema surge cuando el contrato de comodato emana de una persona diversa del demandante, y éste acredita ser el actual dueño de la cosa que tiene el comodatario.

En un caso reciente, el demandado se exceptuó sosteniendo que la anterior propiedad del inmueble, mediante escritura pública inscrita en el Conservador de Bienes Raíces, arrendó por el plazo de 99 años un reazo de terreno, el cual, posteriormente, le fue dado en comodato (al demandado) por el arrendatario, por el mismo término antes indicado.

La Corte Suprema negó lugar al recurso de casación interpuesto en contra del fallo de alzada que acogió la demanda, fundándose en que "la tenencia del bien materia de la litis no emana de un contrato celebrado entre las partes en este proceso, sino de un comodato suscrito entre el demandado y un tercero arrendatario del señalado bien, persona distinta de su dueño, de manera que, al concurrir dicho requisito, la tenencia de la

(105) C. Supr., cas. fondo, F. del M., 1975, N° 204, pág. 221.

mentonada porción de terreno por parte del recurrente es a título precario... y, además, el artículo 2188 dispone que si la cosa prestada no perteneciere al comodante—situación que se produce en la especie—el dueño de la misma puede reclamarla antes de terminar el contrato, que es precisamente lo que ha hecho la recurrida" (106).

Faltan antecedentes, especialmente de hecho, como por ejemplo si el predio entregado en comodato era rústico o urbano, que impiden dar una opinión con mayor fundamento, pero el fallo nos parece altamente discutible. La contienda se sitúa dentro del fenómeno que la doctrina ha denominado subcontratación impropia. Si el demandante estaba obligado a respetar el arriendo celebrado por su antecesor en el dominio y el arrendatario se encontraba facultado—por la ley o el contrato, según pudiera corresponder—para ceder la tenencia total o parcial del terreno, el nuevo dueño y demandante, en virtud del contrato original, o sea el de arrendamiento, también debía respetar el contrato de comodato, por el cual su arrendatario puso la cosa en poder del demandado. Es posible que se haya tenido la existencia de simulación.

Otra sentencia sostuvo que "si la ocupación de la propiedad, actualmente en poder de la demandada, tuvo su origen en una autorización expresa dada por quien era dueño de la propiedad en esa época", no puede estimarse que haya fundamento para la acción de precario (107).

10.- EL DEMANDADO OPONE UN TÍTULO IMPERFECTO

Aquí citaremos diversos casos en que el demandado opuso a la demanda de precario un título imperfecto.

(106) C. Supr., cas. fondo, 17 noviembre 1988, G.J., N° 101, pág. 30. La sentencia recurrida de fecha 24 de septiembre de 1987, aparece publicada en G.J., N° 87, pág. 25.

(107) C. Iquique, Jurispr., 1984, N° 18, pág. 59.

a) Promesa de compraventa que adolece de un vicio de nulidad, por no contener plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato prometido: "si existe un contrato válido que ampare la tenencia de esa cosa ajena, habría desaparecido uno de los presupuestos del precario, pero si el contrato celebrado no produce obligaciones, el tenedor carece de contrato para justificar la tenencia, que es precisamente lo que ocurre al demandado en este juicio" (108).

Creemos que esta doctrina no tiene el carácter tan amplio que pareciera atribuirle el fallo citado. Entendemos que ella podrá tener aplicación, siempre y cuando, se trate de la nulidad absoluta y el tribunal pueda declarar de oficio, por aparecer el vicio de manifiesto en el acto o contrato. Un criterio distinto podría servir para obtener indirectamente, a través de la acción de precario, los efectos propios de la nulidad, sin que haya sido declarada en la forma y mediante el procedimiento adecuado.

En el caso en cuestión, aparentemente, el tribunal de alzada no declaró formalmente la nulidad de la promesa de venta, sino que se limitó a argumentar acerca de la existencia del vicio que, por lo demás, aparecía de manifiesto en el contrato; omisión que torna bastante discutible la resolución del recurso de casación en la forma.

Formulada la prevención anterior, pensamos que el demandado carecerá de título si se declara judicialmente la nulidad del mismo, pues ésta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1687, opera con efecto retroactivo y, entonces, las partes deben retrotraerse al estado que se encontraban antes de celebrarse el acto o contrato.

Problema diverso será determinar si, en esta hipótesis, puede estimarse que concurre la ignorancia o mera tolerancia del dueño.

b) Proyecto de escritura de compraventa firmada por los otorgantes, pero no por el notario: "El instrumento en referencia, aun cuando aparece

(108) C. Supr., cas. forma, 18 de junio de 1975, F. del M., N° 199, pág. 96.

firmado por los interesados, no constituye una escritura pública, pues no fue autorizado por funcionario competente, y, en esas condiciones, carece de toda eficacia para acreditar la compraventa invocada en su favor por el demandado... ", de manera que "no ha logrado comprobar el dominio ni la posesión regular que invoca, ya que el título que precisamente hace valer con tal fin, el contrato de compraventa referido, carece de toda eficacia legal, puesto que es jurídicamente inexistente, como se ha expuesto, y no se ha efectuado tradición que en este caso debe realizarse por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces y, por consiguiente, debe considerarse precaria la tenencia del demandado" (109).

Recordaremos que, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 1801 inciso 2º y 1701, la escritura pública es, a la vez, requisito para que se perfeccione el contrato de compraventa de bienes raíces y el único medio de probar su existencia.

c) Demandado al cual se le entregó la propiedad en virtud de haber firmado con tres de los cuatro codueños una compraventa que no se perfeccionó, porque el cuarto comunero se negó a firmarla y cuyo precio fue pagado: "Entre tres de los cuatro comuneros y el demandado se celebró una convención que explica o justifica la presencia del demandado en el inmueble, acto o convenio que excluye la posibilidad de considerar como causada por mera tolerancia de la demandante la ocupación mencionada" (110).

Este es un caso en que no obstante no existir un "contrato" perfecto, la Corte Suprema estimó que tenía mérito suficiente para demostrar que la tenencia del demandado no provenía de la ignorancia ni mera tolerancia del dueño.

(109) C. Concep., RDI., 1955, T.52, sec.2, pág.11. Igual doctrina, C. San Miguel, G.J. 1984, N° 44, pág.57.

(110) C. Supr., cas. forma y fondo, 31 marzo 1981, F. del M., N° 256, pág.17.

La sentencia fue acordada con un voto disidente que sostuvo que debía acogerse el recurso de casación, pues el contrato de compraventa no llegó a perfeccionarse y, por lo mismo carecía de todo el valor legal, cumpliéndose, en consecuencia, los requisitos establecidos en el artículo 2195 inciso 2º.

II.- TÍTULOS NO ACREDITADOS

Por último, mencionaremos algunos casos en que el demandado hizo valer un título que no logró acreditar en el juicio.

a) Supuesta promesa de compraventa que no consta por escrito: "La testimonial rendida por la parte demandada, ...no es eficaz para establecer la promesa de venta que se alega, porque este contrato, aunque no necesariamente solemne, debe otorgarse por escrito y sólo así tiene validez cumpliéndose con los demás requisitos establecidos en el artículo 1554 del Código Civil" (111).

En otra oportunidad, la demandada alegó que tenía la cosa en virtud de una promesa de venta celebrada con la causante de los actores y con cargo a la cual ésta había recibido diversos pagos a cuenta del precio. Al efecto, acompañó un recibo que emanaba de la causante de los actores, donde se expresa "a cuenta mayor cantidad por promesa de venta de la propiedad de..." (no contenía plazo ni condición). La Corte le negó el carácter de promesa de venta, porque no cumplía con las exigencias del artículo 1554 del Código Civil, al no contener un plazo o condición que fijara la época de la celebración del contrato prometido, sin embargo, resolvió que dicho recibo llevaba a concluir "que la demandada no ocupa el predio por ignorancia o mera tolerancia, sino que, en todo caso, existió un principio de derecho que la habilita para esa ocupación" (112).

(111) C. Supr. cas. forma oficio, sentencia reemplazo, F. del M. 1980, N° 263, pág. 318.

(112) C. Stgo., 20 abril 1983, RDI., T.80, sec.2, pág.17. La Corte Suprema, por resolución de fecha 6 de noviembre de 1983, rechazó el recurso de queja interpuesto en contra de los Ministros que pronunciaron el fallo citado.

Este es otro caso en que no había un contrato perfecto y, sin embargo, los sentenciadores entendieron que el documento que contenía el recibo de dinero, al menos, tenía la cualidad de demostrar que la tenencia no se debía a la mera tolerancia de los actores.

b) Arrendamiento no probado por no haberse acompañado en forma legal el documento que lo contenía: "el instrumento privado protocolizado que contiene el contrato de arrendamiento, no fue acompañado en forma legal, ya que debió serlo bajo el apercibimiento del artículo 346 Nº 1 del Código de Procedimiento Civil y reconocido en juicio, por la persona que aparece otorgándolo, tercero ajeno al pleito, o por la parte contra quien se hizo valer, lo que no ocurrió; no procedía acompañar dicho documento conforme al artículo 346 Nº 3 del citado Código, pues dicha norma reglamenta la agregación de los instrumentos que ha sido firmado por las partes del juicio" (113).

c) Ocupación a título de supuesta remuneración por un mandato no probado, por no constar por escrito: El demandado se exceptuó sosteniendo que ocupaba el predio a título de remuneración por un mandato que le habría otorgado el anterior dueño. La Corte Suprema tuvo por no acreditado el mandato, porque si bien éste puede conferirse incluso verbalmente, como el inmueble tenía una ocupación por tiempo indefinido se habría otorgado al mandatario tenía un avalúo que hacía aplicable el artículo 1709, dicho contrato debía constar por escrito, siendo inadmisibles la prueba de testigos con que se le pretendió acreditar, de acuerdo al artículo 1708 (114).

Por la razón indicada, se acogió la demanda de precario y se ordenó la restitución del inmueble.

(113) Informe del Recurso de queja de los Ministros de la Corte de La Serena, F. del M., 1976, Nº 214, pág. 202.

(114) C. Supr., rec. queja, R.D.J., 1970, T. 67, sec. 1, pág. 330.

TERCER REQUISITO: IGNORANCIA O MERA TOLERANCIA DEL DUEÑO DE LA COSA

Sumario:

1.- Conceptos y generalidades. 2.- Relación entre la ausencia de título y la ignorancia o mera tolerancia.

1.- CONCEPTOS Y GENERALIDADES.

Según el inciso 2º del artículo 2195, la tenencia del tercero debe ser sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño. Estas dos circunstancias –ignorancia y mera tolerancia– se excluyen entre sí, al menos en un mismo instante. Por consiguiente, o el dueño ignora la tenencia del tercero, o bien, la tolera, pero a la vez no puede ignorar y tolerar.

Intentaremos precisar el significado que corresponde atribuir a los términos ignorancia y mera tolerancia empleados por el legislador al describir la figura del precario.

En la acepción que nos interesa, el diccionario define la ignorancia como "no saber cierta cosa" (115).

Trasladando esa definición a la situación de precario, debemos entender que la ignorancia está referida al total desconocimiento del dueño acerca de la tenencia que un tercero extraño ejerce sobre un bien de su dominio.

Un autor señala que "puede justificar esta circunstancia, por ejemplo, el hecho de residir el propietario en un lugar diverso de aquel en que se encuentra la cosa reclamada" (116). Lo mismo podría suceder con quien

(115) Diccionario de Uso del Español, María Moliner, T. I, Ed. Gredos, Madrid 1980, pág. 86.

(116) SAAVEDRA BELMAR, PABLO: Ob. cit., pág. 75.

adquiere el dominio de un bien raíz y se encuentra con un tercero que lo está ocupando, sin que la persona de la cual deriva su derecho le informara de la presencia de aquel.

La Corte Suprema ha ido aún más lejos, sosteniendo que la Ignorancia comprende también el desconocimiento de la situación jurídica en que el demandado se encontraba ocupando el inmueble de la actora. El fallo tuvo en consideración que "la demandante le prestaba servicios a la anterior propietaria, a la que cuidaba, como empleada doméstica y no era en consecuencia, de gran instrucción ni manejo de situaciones", por lo cual "cabe concluir que la actora ha podido invocar la ignorancia como fundamento de la acción que ha intentado" (117).

No parece ser ésta una doctrina que vaya a perdurar. La sentencia apreció las especiales circunstancias personales de la actora, que "no era de gran instrucción", y resolvió en el sentido que, en el caso concreto, resultaba de justicia.

Para terminar este punto, de escasa ocurrencia práctica, señalemos que, si bien no pueden coexistir ignorancia y mera tolerancia, es perfectamente posible que la ignorancia inicial, posteriormente, se transforme en mera tolerancia. Así, si el dueño toma conocimiento que un tercero sin título, detenta un bien de su propiedad y no acciona en un tiempo prudencial, la tenencia de éste se mantiene únicamente por la mera tolerancia de aquel. En tal supuesto, el propietario podrá fundar su demanda de precario en la ignorancia original y la mera tolerancia subsecuente (118).

La mera tolerancia, en tanto, presupone el conocimiento del dueño acerca de la tenencia que el tercero está ejerciendo en la cosa de su dominio y, por esa razón, es inconciliable con la ignorancia. De allí, entonces, que

(117) C. Supr., rec. queja, 29 julio 1986, F. del M., N° 332, pág. 406 y G.J., N° 73, pág. 37.

(118) En esos términos se planteó la demanda en un juicio cuyo fallo se publicó en R.D.J., 1968, T. 65, sec. I, pág. 131 y F. del M., N° 112, pág. 23.

en una demanda de precario no se podrá invocar, conjuntamente, la ignorancia y la mera tolerancia.

El artículo 2195 inciso 2°, supone la concurrencia disyuntiva de dos circunstancias enteramente diversas una de otra, o bien el dueño ignora la ocupación de la cosa que le pertenece; o bien, aunque la conoce, la tolera (119).

Se ha afirmado que la mera tolerancia significa, entre otras acepciones, "llevar con paciencia", "soportar", "aguantar", "sufrir", etc. (120).

Asimismo, se ha dicho que la tolerancia propia del precario, consiste "en la simple y exclusiva indulgencia, condescendencia, permiso, aceptación, admisión, favor o gracia de su dueño" (121).

En doctrina, don Antonio Vodanovic, explicando qué debe entenderse por actos de mera tolerancia, sostiene que "desde el punto de vista del que tolera, son aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitidos o no, y a cuya ejecución no se opone por benevolencia y considerando que no atentan contra la integridad del contenido de su derecho. Para el tercero que los realiza, son actos de mera tolerancia los que él lleva a cabo sin intención de ejercitar un derecho propio, sino basándose en la condescendencia del titular del derecho ejercitado" (122).

Nos parece que en definitiva, la mera tolerancia del dueño es susceptible de ser apreciada de modo objetivo, pues se traduce en una actitud omisiva, que consiste en no accionar en contra del tercero que ejerce la tenencia material del bien de su propiedad, no obstante que no se encuentra

(119) C. Supr., cas. forma, 21 diciembre 1976, F. del M., N° 217, pág. 297.

(120) C. Supr., cas. fondo, 21 octubre 1956, R.D.J., T. 52, sec. I, pág. 341. Igual doctrina, C. Supr., cas. fondo, 19 diciembre 1961, R.D.J., T. 58, sec. I, pág. 500.

(121) En ese sentido, C. de Santiago, 14 Mayo 1985, G.J., N° 59, pág. 35, y C. Santiago, 23 marzo 1987, R.D.J., T. 84, sec. 2, pág. 29.

(122) VODANOVIC H., ANTONIO: "De los bienes y ...", ob. cit., pág. 583.

obligado a respetar dicha tenencia y de esa forma –por omisión– permite que éste prolongue su detentación. Lo más probable es que no insite por la restitución de la cosa que le pertenece, debido a que no entiende amenazado su derecho de dominio y tampoco le es indispensable, en esos momentos, disfrutar del bien que ocupa aquel extraño y, en esos términos se manifiesta su tolerancia, al no intentar ponerle fin a la situación de hecho propia del precario.

Es de advertir que la jurisprudencia no siempre lo ha entendido de este modo, sino que muestra una gran disparidad de criterios frente a este elemento. Entonces serán los tribunales, quienes, en definitiva, en cada caso particular calificarán si concurre o no la mera tolerancia del dueño, tomando como base las diversas circunstancias que configuran el conflicto que conocen. "En el examen de la tolerancia, los sentenciadores no pueden prescindir de las circunstancias que rodean las relaciones entre las partes. Ello porque el concepto de tolerancia no es rígido y requiere ser estudiado a la luz de las particularidades que emanan de cada experiencia humana" (123).

Nuestra jurisprudencia ha estimado que no concurre la mera tolerancia, en los siguientes casos:

- a) Si el demandado ocupa la cosa contra la voluntad del dueño (124).
- b) Si la tenencia emana de la voluntad expresa del dueño o su representante (125).
- c) Cuando la demandada ejerce la tenencia del inmueble apoyada en un contrato de compraventa, aunque no esté inscrito en el Conservador de

(123) C. Stgo., 23 marzo 1987, R.D.J., T. 84, sec. 2, pág. 29.
 (124) C. Supr., cas. fondo, 2 agosto 1934, R.D.J., T. 31, sec. 1, pág. 540.
 (125) C. Supr., cas. fondo, R.D.J., 1939, T. 36, sec. 1, pág. 55; C. Supr., cas. fondo, R.D.J., 1961, T. 58, sec. 1, pág. 500; C. Supr., cas. fondo, R.D.J., 1973, T. 70, sec. 1, pág. 47; C. Supr., cas. fondo, F. del M., 1975, N° 204, pág. 221.

Bienes Raíces, y cualquiera sean los vicios de que pueda adolecer, mientras la nulidad no sea declarada (126).

d) Si la demandada ocupa el inmueble en virtud de un contrato de promesa de venta celebrado con el anterior dueño, pues el adquirente no ha podido tolerar (127).

e) Cuando los demandados ocupan una mina en virtud de un contrato de compraventa de minerales "in situ", celebrada con quien era dueño a la fecha de firmarse el contrato (128).

f) Si el demandado tiene la cosa en virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con el anterior dueño de ella (129).

g) Si el demandado era comunero del bien reclamado y continuó ocupándolo después de haber sido adjudicado a otro comunero (130).

h) Si el demandado pagó determinadas sumas de dinero con cargo a una promesa de venta que no reúne las exigencias legales (131).

i) Cuando, quien tan pronto adviene al dominio de un bien, acciona judicialmente para expulsar del mismo a aquel que lo detenta (132).

Una posición diametralmente opuesta a la recién citada adoptó la Corte Suprema al declarar en una oportunidad que "la circunstancia de que el actor hubiera iniciado en contra del demandado un juicio ordinario de reivindicación no lo priva de la acción que le otorga el artículo 2195 inciso 2° del Código Civil, porque si logra acreditar, como lo ha hecho,

(126) C. Concep., R.D.J., 1965, T. 62, sec. 2, pág. 139.
 (127) C. Supr., rec. de queja, F. del M., 1976, N° 214, pág. 202.
 (128) C. Supr., cas. forma y fondo, F. del M., 1980, N° 265, pág. 435.
 (129) C. Supr., cas. fondo, R.D.J., 1972, T. 69, sec. 1, pág. 200.
 (130) C. Supr., cas. fondo, R.D.J., 1982, T. 79, sec. 1, pág. 78.
 (131) C. Stgo., R.D.J., 1983, T. 80, sec. 2, pág. 17.
 (132) Véase sentencias citadas en la nota 121.

que se reúnen los requisitos exigidos por la ley, para que prospere dicha acción, no existe disposición legal que lo prive del derecho de ejercitarla" (133).

Estimamos incorrecta la doctrina que se expresa en el fallo citado, puesto que si el demandante, con anterioridad, había deducido una acción tendiente a obtener la restitución del bien de su dominio, desde ese mismo instante ha cesado de tolerar, desapareciendo, en consecuencia, uno de los requisitos que configuran el precario. Más aún si se considera que el propio Tribunal Supremo ha aceptado la procedencia de la acción reivindicatoria en contra del tenedor que retiene indebidamente una cosa; de manera que por esta vía, ya incluida, el dueño podía, igualmente, recuperar la propiedad que reclamaba.

2.- RELACION ENTRE LA AUSENCIA DE TÍTULO Y LA IGNORANCIA O MERA TOLERANCIA

Cuando entre las partes existe un contrato en virtud del cual el demandado ejerza la tenencia de la cosa, ese hecho, por sí solo, impide sostener que el actor la ignora o tolera. Si hay una obligación que pesa sobre el dueño, no puede concurrir la ignorancia ni la mera tolerancia requerida por el artículo 2195 inciso 2°.

Pero, en la hipótesis inversa, o sea, cuando el demandado no tiene un título en el cual se funde su tenencia, ¿esa falta de título, supone la ignorancia o mera tolerancia del dueño?, o por el contrario ¿es posible que el demandado tenga la cosa, sin título, pero no por la ignorancia o tolerancia del dueño?

Don Emilio Riosco Enríquez sostiene que "en el precario sólo hay una relación entre un dueño y un detentador, condición que es anormal

(133) C. Supr., cas. forma y fondo, 17 abril 1970, F. del M., N° 137, pág. 37.

puesto que pertenece al propietario el uso y goce exclusivos que atribuye el dominio. Por eso el artículo 2195 inciso 2° agrega: "sin previo contrato", ya que existiendo contrato se legitimaría la aparente anomalía. Ahora bien, queda probada la condición anormal acreditando el actor su dominio y la tenencia del demandado, es decir, la situación de precario; pero la ignorancia o mera tolerancia del dueño no son elementos constitutivos sino motivaciones del precario, que comportan una actitud normal del dueño no detentador" (134).

Ya hemos visto diversas situaciones en que no obstante que el demandado carecía de un título jurídico perfecto, la jurisprudencia consideró que no concurría la ignorancia o mera tolerancia del dueño (135), diferenciando, de ese modo, la falta de título y la ignorancia o tolerancia.

La mayoría de los fallos entienden que la ignorancia o mera tolerancia constituyen un requisito adicional del precario, que aunque vinculado con la falta de título, no se confunde con éste. "No puede prosperar la acción de precario, si el actor no afirma, ni insinúa siquiera como fundamento de su demanda, que la tenencia del inmueble por el demandado derive de ignorancia o de mera tolerancia de su parte" (136); "la ignorancia o mera tolerancia del dueño es un elemento indispensable para la existencia del precario" (137); "la demanda incoada no puede acogerse porque al no señalarse en ella que la tenencia proviene de ignorancia o mera tolerancia del actor, falta uno de los presupuestos de la acción, que es un elemento indispensable para la existencia del precario alegado" (138); "si la actora no ha afirmado, ni siquiera insinuado que el demandado detenta la propiedad a título precario, ha dejado incompleta su acción, pues no aparece uno de sus elementos constitutivos esenciales" (139).

(134) RIOSCO ENRÍQUEZ, EMILIO. Ob. cit., pág. 108.

(135) Véase págs. 75 y siguientes.

(136) C. Supr., cas. fondo, 14 noviembre 1963, R.D.J., T. 60, sec. 1, pág. 343.

(137) C. Supr., cas. fondo, 18 Mayo 1965, R.D.J., T. 62, sec. 1, pág. 90.

(138) C. Concep., 3 diciembre 1970, R.D.J., T. 67, sec. 2, pág. 137.

(139) C. San Miguel, 11 junio 1981, R.D.J., T. 78, sec. 2, pág. 104.

Ultimamente se puede observar una cierta tendencia de la jurisprudencia a restarle importancia a este elemento que consiste en que la tenencia sea ignorada o tolerada por el dueño, entendiéndose que si el demandado no exhibe un título que obligue al demandante a respetarla, corresponde presumir la ignorancia o mera tolerancia de éste (140).

Pensamos que, si bien en la gran mayoría de los casos la falta de título y la ignorancia o mera tolerancia se presentarán conjuntamente, existen otros en que, excepcionalmente, ambos elementos no coinciden, como por ejemplo cuando, no obstante que el demandado no tiene un título para su tenencia, ésta se verifica contra la voluntad del dueño, en cuyo evento, podrían ser más apropiadas otras acciones, tales como las posesorias o la criminal de usurpación. Lo mismo sucederá, si el dueño ha entablado, con anterioridad, acción reivindicatoria en contra del tenedor sin título, pues ya no podría afirmarse que aquel ignora o tolera la detentación, al haber manifestado su voluntad contraria a que esa situación de hecho se mantenga.

Pero además una razón de índole histórica nos lleva a creer que efectivamente la ignorancia o mera tolerancia del dueño se infiere cuando probado su dominio el demandado no justifique el título de su tenencia; sin perjuicio, naturalmente, de que de los antecedentes del proceso, pudieran aparecer hechos que desvanezcan esta posibilidad, como en los casos anteriormente mencionados.

En efecto, como ya hemos señalado, el autor del Código Civil se inspiró, con las variantes propias de cualquier adaptación, en el precario del Derecho Romano, y en éste se infería la concesión que originaba la figura en estudio, cuando la situación ya estaba constituida, vale decir, el tercero se encontraba disfrutando de la cosa ajena, estimándose que su conti-

(140) C. Chulán, RDI, 1947, T. 44, sec. 2, pág. 50; C. Supr., cas. fondo, RDI, T. 67, 1970, sec. 1, pág. 358; C. Supr., R. del M., 1981, N° 274, pág. 390; C. Stgo., G.J., 1985, N° 57, pág. 56; C. San Miguel, G.J., 1985, N° 65, pág. 54; C. Supr., RDI, 1985, T. 82, sec. 1, pág. 111; C. Stgo., G.J., 1986, N° 67, pág. 49.

nuación en el goce sólo se explicaba por la mera tolerancia de su dueño. De manera que planteado el interdicto de precario en contra de aquel que disfrutaba sin limitaciones de un bien determinado, si éste no podía oponer algún título que le otorgara el derecho a disfrutar, automáticamente se suponía que su permanencia se debía a la benevolencia o simple tolerancia de quien tenía derecho a poseer ese bien.

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ARTURO ALESSANDRI RODRIGUEZ
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE LOS DERECHOS REALES

BIENES

SEXTA EDICION

TOMO II

© ANTONIO VODANOVIC H.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4º piso, Santiago

Inscripción N° 85.830

Se terminó de reimprimir esta sexta edición
de 600 ejemplares en el mes de enero de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salasianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1027-5



LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA

I. DE LA PRESCRIPCION EN GENERAL

765. DEFINICIÓN; CLASES. En el primer tomo de esta obra dedicada a los derechos reales se analizaron los modos de adquirir el dominio llamados ocupación, accesión y tradición. Toca estudiar el cuarto modo de adquirir: la prescripción, el último que se considerará en este libro, pues la sucesión por causa de muerte se aborda en las obras de Derecho Sucesorio.

La *prescripción*, de acuerdo con el artículo 2492 del Código Civil, "es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales".

De la definición anterior se deduce que la prescripción puede ser *adquisitiva o usucapión*, y *extintiva, libertatoria o prescripción de acciones*. La primera produce la adquisición de la propiedad y los demás derechos reales; la segunda opera la extinción de las acciones y derechos ajenos.

La usucapión o prescripción *adquisitiva* es, pues, un modo de adquirir la propiedad de una cosa por su posesión continuada en las condiciones y tiempo determinados por la ley. Los demás derechos reales también pueden adquirirse por la usucapión.

La prescripción *extintiva* es la extinción de las acciones o derechos por no ejercitarlos su titular durante el tiempo señalado por la ley y siempre que concurran otros supuestos que ésta considere. La extinción del derecho o la acción es consecuencia de la prolongada o reiterada inercia del titular que no usa o ejerce su derecho o acción. Ocurre al revés en la usucapión o prescripción *adquisitiva*, en que el prescribiente gana el dominio de la cosa ajena por su actividad o diligencia posesoria.

766. CRÍTICA A LA REGlamentACIÓN CONJUNTA DENTRO DEL CÓDIGO. El legislador ha reglamentado la prescripción en el Título XLII del Libro IV, es decir, casi en el Título final, y se ha ocupado conjuntamente de ambas prescripciones. El párrafo 1 da reglas generales aplicables a ambas prescripciones; el párrafo 2 se

ocupa de la prescripción adquisitiva; y los párrafos 3 y 4 los dedica el legislador a la prescripción extintiva.

Esta ubicación ha sido criticada por algunos, que estiman habría sido más lógico tratar cada una de las prescripciones en un lugar aparte: la prescripción adquisitiva, dentro de los modos de adquirir, ya que, de acuerdo con el artículo 568 del Código, es un modo de adquirir el dominio; y la prescripción extintiva, dentro de los modos de extinguir las obligaciones, ya que la enumera entre ellos el artículo 1567, N° 10, del Código Civil.

Sin embargo, la ubicación actual de esta materia en el Código tiene sus justificaciones:

1) Se trata conjuntamente la prescripción adquisitiva y la extintiva porque hay reglas que se aplican a ambas prescripciones, como son las que se encuentran contempladas en el párrafo 1 del Título XLII;

2) En ambas prescripciones hay un elemento común, que es el transcurso del tiempo.

La tendencia actual, representada principalmente por los Códigos alemán, suizo e italiano de 1942, es tratar separadamente la prescripción adquisitiva y la extintiva.

767. CONTROVERSA SOBRE LA UNIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN. Para algunos la prescripción adquisitiva y la extintiva son dos instituciones *diferentes*. Pothier llegó a decir que lo único común que tenían era el nombre. Otros, sin embargo, estiman que la prescripción es una sola institución, sea que se presente bajo la forma de adquisición de derechos o de extinción de obligaciones, pues en ambos aspectos dimana de la misma necesidad social, opera de la misma manera y está sometida casi a las mismas reglas.

La doctrina que sostiene la unidad de la prescripción afirma que toda prescripción extintiva es a la vez adquisitiva, porque el deudor *adquiere* su liberación e incrementa su patrimonio con el equivalente del derecho extinguido por la prescripción; y, por otro lado, la prescripción adquisitiva es al mismo tiempo extintiva. Así se concluye —dicen los partidarios de la unidad de la prescripción—, si se considera que la propiedad es un derecho exclusivo, que por la prescripción el poseedor adquiere el dominio de la cosa y que, al operar la prescripción, el dueño primitivo no puede ejercer las acciones que como tal le correspondían. De aquí se deduciría que la misma prescripción produce, por una parte, la adquisición del dominio y, por otra, la *extinción* de las acciones del dueño. En la venta de cosa ajena, por ejemplo, los derechos del dueño se extinguen cuando el comprador gana el dominio de la cosa por prescripción.

Dicen también los partidarios de la unidad de la prescripción que no sólo es el tiempo elemento común de la usucapción y la prescripción extintiva; hay además otra: la *inacción del titular del derecho* que prescribe, inacción que en la prescripción extintiva consiste en el silencio jurídico voluntario del acreedor frente al desconocimiento que de su derecho hace el deudor; la inacción se resuelve, en la prescripción adquisitiva, en el silencio jurídico que mantiene el propietario respecto del poseedor, cuyo ánimo de señor y dueño implica

un desconocimiento del derecho que aquél tiene en la cosa. Es verdad, agregan los que afirman la unidad de la prescripción, que la teoría contraria señala como elementos constitutivos de la prescripción adquisitiva el tiempo y la posesión; pero si se mira el fondo de las cosas se advierte que el fundamento de la prescripción es la inacción del dueño, que no reclama de la perturbación producida en su derecho por el tercero que toma posesión de la cosa.¹

La verdad es que la teoría unitaria confunde lo económico con lo jurídico. Pienso que la prescripción es una, porque de cualquiera de ellas que se trate, siempre hay un enriquecimiento del prescribiente y un empobrecimiento correlativo del titular prescrito. Ha llegado a creer que, como desde el punto de vista económico la unión de adquisición y pérdida es indisoluble, también es inseparable la usucapción de la prescripción extintiva. Jurídicamente, en la prescripción adquisitiva se producen los dos efectos de que hablan los partidarios de la concepción monista: el extintivo, que se da en el titular prescrito o propietario desposeído, y el adquisitivo, que se produce en el poseedor, en el prescribiente. Pero, y por el contrario, la prescripción extintiva tiene un solo efecto: la extinción de la acción para reclamar el derecho. En la prescripción extintiva no se adquiere ningún derecho; la liberación de la deuda no es un derecho ni es la adquisición de un derecho: es solamente la secuela necesaria del desaparecimiento del derecho del acreedor. Extinguido el derecho de éste, desaparece la obligación del deudor.

Por otra parte, si bien la inacción del titular del derecho que prescribe es nota común de ambas especies de prescripción, en la adquisitiva interviene otro elemento, la posesión, que no se da en la prescripción extintiva. Sin posesión, no puede haber usucapción, aunque la inercia y el silencio del titular del derecho sean absolutos. El hecho negativo de la inactividad del titular basta para fundamentar la prescripción extintiva; pero, tratándose de la adquisitiva o usucapción, es indispensable, *además*, considerar un hecho positivo, la posesión del prescribiente.

768. RAZONES EN VIRTUD DE LAS CUALES LA PRESCRIPCIÓN ESTÁ TRATADA AL FINAL DEL CÓDIGO. El hecho de que la prescripción se encuentre tratada al final del Código, tiene una justificación histórica y psicológica: histórica, porque ahí se ocupa de ella el Código francés; psicológica, porque, como con mucha razón ha dicho un autor, el legislador quiso cerrar su obra, coronarla, con una institución como la prescripción, que viene a estabilizar y dar garantía a todos los derechos contemplados dentro del Código.

769. FUNDAMENTOS Y JUSTIFICACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. En todos los tiempos, juristas, filósofos y literatos han discutido la justicia y los fundamentos de la prescripción. Siempre ésta ha tenido adversarios apasionados. El poeta Enrí-

¹ Véase la Memoria de Prueba de Héctor Méndez, *Reglas comunes a toda prescripción*, Concepción, 1944.

que Heine (1797-1886), que estudió derecho con cierto asco físico, decía que sólo un pueblo como el romano, formado por bandidos y pícaros, era capaz de inventar la prescripción y consagraria en sus leyes, principalmente en el *Corpus Iuris Civilis*, "ese libro único, cruel e infernal, que nos sentiríamos tentados de llamar la Biblia del Diablo". También hace notar "la justa repugnancia con la que el viejo Derecho germánico estigmatiza la prescripción; en la boca del campesino de la Baja Sajonia -agrega Heine- todavía vive el bello y emocionante refrán: "Cien años de injusticia no hacen un año de justicia" (*Hundert Jahre Unrecht machen nicht ein Jahr Recht*).

Así, pues, es categórica la condenación del que, con Goethe, es el más grande de los líricos alemanes y, según los peritos, el autor del mejor poema escrito sobre el mar, llamado precisamente *El mar del Norte*.

Pero los juristas, no influenciados por el ritmo de las olas, en su inmensa mayoría, justifican la prescripción por razones de *orden social y práctico*. La seguridad social exige que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas y que las situaciones de hecho prolongadas se consoliden. Por eso ha sido llamada la prescripción *patrona del género humana*. Es evidente que se asegura la paz social si, transcurrido cierto tiempo, a nadie se consiente, ni siquiera al antiguo propietario, atacar el derecho del que actualmente tiene la cosa en su poder. Por otra parte, hay un fondo de justicia en reconocer derecho al que ha sabido conservar la cosa y la ha hecho servir o producir, y en desconocer toda pretensión al propietario que no se ha ocupado de ella. Por eso también puede decirse que uno de los varios fundamentos de la prescripción es la presunción de que abandona su derecho el que no lo ejercita, pues no demuestra voluntad de conservarlo. Y todavía resulta útil sancionar con la prescripción al titular del derecho que lo pierde por su negligencia.

La prescripción adquisitiva tiene además un fundamento *práctico*, especialmente en países como el nuestro, en que la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces no prueba el dominio. Para demostrar su derecho, el actual poseedor debería demostrar el derecho de propiedad de sus antecesores y de los antecesores de éstos, y así sucesivamente en una cadena ininterrumpida: no bastaría al actual propietario presentar su título; debería también probar que sus antecesores tenían el derecho de propiedad, como asimismo el antecesor del antecesor y así sucesivamente, porque sabido es que nadie puede transferir ni transmitir más derechos de los que tiene, por manera que bastaría que uno de los causantes en esta escala infinita no hubiera sido propietario para que el actual titular tampoco lo fuera. Fácil es comprender las dificultades de semejante prueba, llamada con toda propiedad infernal (*probatio diabólica*), y fácil es también darse cuenta de la injusticia que significaría no reconocer al actual titular su derecho porque uno de sus remotos predecesores, de cincuenta, cien o doscientos años atrás, carecía de derecho. La prescripción subsana todos los inconvenientes, pues basta con acompañar, por lo general, títulos de diez años para probar el derecho que se alega.

Por lo demás, puede que hasta el remoto predecesor hubiera tenido derecho, pero que la prueba se haya estimado por el largo tiempo trans-

rido. Mientras más tiempo pasa, la prueba se torna más difícil: "la memoria se oscurece, los testigos mueren, el papel se pone amarillento, la tinta se decolora. Y dónde pondremos los archivos en que se amontonan día a día los legados escritos que sirven para probar las menores de nuestras pretensiones?"²

En realidad, como dice el profesor belga René Dekkers, "la prescripción es la compensación o reparación que el tiempo nos debe por las pruebas que nos arrebató".³

Puede que algunas veces la prescripción encubra o ampare una explotación: cuando aprovecha a un poseedor sin título y de mala fe, a un usurpador. Pero estas situaciones son raras y, en todo caso, es culpa del verdadero propietario que en un tiempo largo ha sido indolente para reclamar su propiedad. Hay razón para que el legislador piense que el dueño consentía en ese estado de cosas y, por consiguiente, en la enajenación implícita de su derecho. Una ley romana decía que es difícil presumir que no enajena quien ha consentido que se usucapiere: "*vis est enim, ut non videatur alienari qui patitur usucapere*" (Digesto, lib. 50, tit. 16, ley 28).

En fin, la prescripción desempeña una función social de gran importancia; permite consolidar los derechos y asegura la paz social.

770. REGLAS GENERALES COMUNES A AMBAS CLASES DE PRESCRIPCIÓN. Como hemos dicho, el Código, antes de entrar a regular cada prescripción en particular, da algunas reglas de carácter general, aplicables a ambas prescripciones. Siguiendo el orden del Código, estudiaremos primero las reglas generales que son aplicables tanto a la prescripción adquisitiva como a la extintiva; ellas pueden reducirse a tres, y se pasan a estudiar de inmediato.

771. 1) NECESIDAD DE ALEGAR LA PRESCRIPCIÓN. El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio (art. 2493).

La razón de esta disposición es clara y no hace sino confirmar el principio general de que el juez debe obrar a petición de parte y sólo excepcionalmente por iniciativa propia.

La otra justificación de la necesidad de alegar la prescripción radica en la posibilidad de que ésta encubra un acto ilícito.

El legislador, haciéndose cargo de esta circunstancia, coloca al individuo en situación de analizar, dentro de su fuero interno, si debe o no acogerse a la prescripción que lo favorece, porque bien puede que "el procedimiento repugne al que posea la cosa ajena y lo sabía o lo sabe luego".

Hay casos excepcionales en que el juez puede declarar la prescripción de oficio. Son ellos:

- 1) La prescripción de la acción penal;
- 2) La prescripción de la pena;

² Dekkers, *Précis de Droit Civil Belge*, tomo I, Bruxelles, 1964, pág. 850.

³ Idem.

3) La prescripción del carácter ejecutivo de un título, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil, y

4) A virtud de una ley saliterra de 1906, también se podía declarar de oficio la prescripción de derechos saliteros.

Pero este último es más bien un caso de caducidad, y no de prescripción.

772. 2) RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN; CUÁNDO PUEDE HACERSE. Según el artículo 12 del Código Civil, pueden renunciarse los derechos cuando sólo miran al interés individual del renunciante y siempre que no esté prohibida su renuncia. De este solo artículo ya se desprende que para estudiar la renuncia en la prescripción debemos hacer un *distingo*, según que la prescripción se haya cumplido o no; en otros términos, según que el plazo de la prescripción haya corrido íntegramente o no.

En el primer caso, mientras la prescripción no se cumple, no estamos en presencia de un derecho individual, porque la prescripción no se halla establecida en el solo interés individual sino en el interés de toda la colectividad. De aquí que la prescripción no pueda renunciarse antes de que se cumpla el plazo. Si no fuera así, la renuncia de la prescripción sería una cláusula común en todos los contratos; no habría acreedor que no exigiera al deudor la renuncia anticipada de la prescripción. En esta forma la institución desaparece, y no prestaría la utilidad que ahora proporciona.

Pero desde el momento en que la prescripción ha sido ya *cumplida*, la situación cambia por completo: de un derecho establecido en el interés general, se transforma en un derecho de interés particular y la ley autoriza expresamente la renuncia de la prescripción después de cumplida (C. Civil, art. 2494).

En ciertos casos, la prescripción puede encubrir mala fe y el legislador da al individuo de conciencia cabal la oportunidad de renunciar a ella una vez cumplida.

773. RENUNCIAS EXPRESA Y TÁCITA. Según el artículo 2494 del Código Civil, la prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente.

La renuncia es *expresa* cuando se hace en una declaración explícita.

Es *tácita* cuando el que puede alegarla realiza un hecho o acto que implica reconocer el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazo, o el que es demandado permite que se le condene sin invocar a su favor la prescripción.

774. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN. Sólo una vez alegada la prescripción el derecho prescrito se incorpora al patrimonio del prescribiente o éste queda liberado de la deuda. Por tanto, si no se alega la prescripción, ninguno de estos efectos se produce y mal puede la renuncia hacer salir del patrimonio un derecho que no ha entrado. De aquí que la renuncia no pueda calificarse de enajenación, ya que ésta importa hacer salir del patrimonio un derecho.

La renuncia de la prescripción es un acto *abdicativo* en virtud del cual el renunciante declara expresa o tácitamente que se abstiene de aprovecharse del beneficio de la prescripción.

Consecuencias de este carácter abdicativo son: a) la renuncia a la usucapión de un inmueble no está sujeta a inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces; b) la renuncia a la prescripción no da lugar al pago de ningún impuesto de transferencia, y c) no constituye ella una liberalidad o donación.

775. LEGÍTIMADO PARA RENUNCIAR A LA PRESCRIPCIÓN. Sabemos que por *legitimación* se entiende la idoneidad jurídica del agente para ser sujeto de la relación que se desenvuelve o desarrolla en el acto. *Legitimado* es el que tiene el poder de disposición respecto a un *determinado* derecho o, como también se dice, el que está revestido de la calidad para ejercerlo.⁴ Pues bien, sólo el legitimado para enajenar está legitimado para renunciar la prescripción de un derecho, porque si bien la renuncia no constituye una enajenación, es, como ésta, un acto de *disposición*, o sea, un acto que importa una inmediata disminución del patrimonio. A los ojos de la ley tiene tanta importancia la enajenación de un derecho como el rechazo de un incremento o beneficio patrimonial, cual es, en la usucapión, la adquisición de un derecho y, en la prescripción extintiva, el liberarse de una deuda.

Considerando lo expuesto, nuestro Código Civil, al igual que el francés y otros, manda que "no puede renunciar la prescripción sino el que *puede enajenar*" (art. 2495). No se trata de un poder de enajenar en general, sino del derecho *determinado* que se podría haber incorporado o permenecido en el patrimonio del prescribiente si éste se hubiera aprovechado del beneficio legal.⁵ Por ejemplo, el menor adulto hijo de familia no puede enajenar sus bienes, salvo los que pertenezcan a su peculio profesional o industrial: si dichos bienes del peculio son muebles, puede hacerlo por sí solo; si son bienes raíces, es necesaria la autorización del juez con conocimiento de causa (C. Civil, arts. 246 y 255). Ese menor adulto, a pesar de no tener la facultad de enajenar sus bienes en general, puede, por sí solo, renunciar la prescripción relativa a un mueble que aparece formando parte de su peculio profesional o industrial.

Así, pues, para renunciar la prescripción adquisitiva de un bien, debe tenerse el poder de enajenar este determinado bien. Semblante conclusión a que lleva la lógica, aparece nítida y categóricamente establecida en otros códigos, como el Civil portugués de 1967, reformado en 1977, que en una disposición aplicable tanto a la prescripción adquisitiva como a la extintiva, declara: "Sólo están *legitimados* para renunciar la prescripción aquellos que pueden *disponer del beneficio que la prescripción ha creado*".

⁴ TORRANTE y SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 1981, párrafo 40, pág. 90.

⁵ Sin embargo, una sentencia de la Corte Suprema de 29 de mayo de 1911, idéntica al poder de enajenar de que habla el artículo 2495 con la capacidad legal o de ejercicio definida por el art. 1445 del mismo C. Civil (R., t. 9, sec. 1^a, pág. 139).

776. RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN POR EL REPRESENTANTE. ¿Puede un representante legal renunciar a la prescripción, ya sea adquisitiva o extintiva, que ha corrido a favor de su representado? Los autores franceses discuten la cuestión, y algunos consideran que el representante legal carece en absoluto de la facultad para renunciar la prescripción; otros opinan que puede hacerlo, pero sujeto a ciertas trabas legales.

La solución que da nuestro Código, por lo menos aplicada a la prescripción adquisitiva, que estudiamos en este tomo, parece ser, a juicio de Somarriva, la siguiente:

a) Respecto de los *inmuebles*, no podría el representante legal renunciar la prescripción sino sólo con autorización judicial; porque sólo puede renunciar la prescripción el que tiene facultad de enajenar, y con respecto a los inmuebles el representante legal no puede enajenarlos libremente.

b) En cambio, respecto de los *muebles*, por lo menos dentro del Código, no existe ninguna traba para que el representante legal pueda renunciar a la prescripción.

777. INOPONIBILIDAD DE LA RENUNCIA AL FAVOR. El fiador puede oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor (art. 2496), porque la renuncia de un derecho es de efectos relativos: sólo empuja al que la hace.

778. 3) PERSONAS QUE PUEDEN PRESCRIBIR Y CONTRA LAS CUALES SE PUEDE PRESCRIBIR. El artículo 2497 da la última regla general aplicable a ambas prescripciones: las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.

Esta disposición vino a poner término a una situación de desigualdad que existía anteriormente: tanto las iglesias como el fisco se encontraban en situación privilegiada respecto de los plazos de prescripción.

2. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

I. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

779. DEFINICIÓN. De acuerdo con el Código Civil, la prescripción adquisitiva o usucapción puede definirse como un modo de adquirir el dominio de las cosas comerciables ajenas, por haberlas poseído durante cierto tiempo con los requisitos legales (artículos 2492 y 2498).

780. CARACTERÍSTICAS. 1) La prescripción es un modo de adquirir originario, porque si bien la cosa que se adquiere tenía anteriormente un dueño, el prescribiente no la adquiere por traspaso de su dueño; "la adquisición se produce independientemente de cualquier relación de hecho y de derecho con el titular anterior".

2) La prescripción sólo sirve para adquirir el dominio y los demás derechos reales, a excepción de las servidumbres discontinuas e inaparentes; no sirve, en consecuencia, para adquirir los derechos personales.

Como regla general, podemos decir que los derechos reales que no son el dominio se adquieren por el modo de adquirir denominado prescripción, cuando el que constituye el derecho real no es dueño de la cosa en la cual éste se constituye. Ejemplo: si doy en prenda una cosa que no es de mi propiedad, el acreedor puede adquirir por prescripción el derecho real de prenda, que no adquirió por la entrega de la cosa garante, ya que le fue hecha por una persona sin poder de disposición, sin facultad alguna de constituir derecho real de prenda.

3) La prescripción es, por regla general, un modo de adquirir a título singular, es decir, mediante ella sólo se pueden adquirir especies determinadas. Sin embargo, como ya lo insinuábamos en una anterior oportunidad, excepcionalmente la prescripción también puede ser a título universal, cuando se adquiere o prescribe el derecho de herencia.

4) La prescripción es un modo de adquirir a título gratuito, porque no entraña para el prescribiente ningún desembolso económico, ninguna prestación.

5) La prescripción es un modo de adquirir por acto entre vivos, porque para operar no tiene por supuesto necesario la muerte de una persona, sino, por el contrario, la vida de ella. Trátase de un hecho que se genera y desenvuelve sin relación alguna con la muerte del sujeto que participa en su producción y, al revés, implica la vida de tal sujeto.

II. REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

781. ENUMERACIÓN. Tres son los requisitos de la prescripción adquisitiva: 1) una cosa susceptible de esta prescripción; 2) existencia de posesión, y 3) transcurso de un plazo. Propiamente, la exigencia de que haya una cosa susceptible de prescripción es un supuesto y no un requisito de ella.

A. Cosas susceptibles de prescripción

782. REGLA GENERAL. La regla general es que las cosas sean susceptibles de prescripción; sólo por excepción hay cosas imprescriptibles.

783. COSAS QUE NO SE PUEDEN ADQUIRIR POR PRESCRIPCIÓN.

1) *Los derechos personales.* Así se desprende del artículo 2498 del Código Civil, que dice que se gana por prescripción el dominio de las cosas corpóreas raíces o muebles, y los otros derechos reales; pero no menciona la prescripción de los derechos personales.

2) *Los derechos de la personalidad,* o sea, el conjunto de derechos inherentes al individuo, y que éste tiene por el solo hecho de ser tal.

3) *Los derechos reales expresamente exceptuados por el legislador.* El único derecho real imprescriptible es el derecho de servidumbre discontinua de cualquier clase y el de servidumbre continua inaparente (arts. 882 y 917).

4) *Las cosas que están fuera del comercio humano,* es decir, las cosas comunes a todos los hombres, como la alta mar, el aire, etc.

5) *Las cosas indeterminadas.* El fundamento de la prescripción es la posesión, y ésta necesariamente debe recaer sobre una cosa determinada.

Se ha fallado que "debe ser rechazada la prescripción adquisitiva de dinero recibido como pago de lo no debido, que se funda en el artículo 2498 del Código Civil, si no se acredita en el proceso la posesión regular ininterrumpida del dinero recibido, durante el tiempo requerido, conforme al artículo 2507 del cuerpo legal citado.

No procede acoger la prescripción adquisitiva de los dineros indebidamente pagados que funda el Fisco en que los ha poseído con buena fe y justo título por más de tres años, sin que exista prueba alguna sobre esta posesión, tanto más necesaria cuanto que las sumas pagadas en dinero entran y salen de las arcas fiscales sin señales especiales que las caractericen y que permitan, en consecuencia, suponer una posesión continuada por más de tres años."⁶

6) *Las cosas prohibidas.* Es un principio inconcuso en Derecho que una cosa sólo se puede adquirir por un modo, y si ya se es dueño es porque se adquirió por otro modo: tradición, sucesión, por causa de muerte, etc.

7) *Las aguas del territorio nacional.* Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público. En beneficio particular las aguas sólo pueden usarse si se obtiene un derecho de aprovechamiento concedido por la autoridad competente, cenido a las disposiciones legales (C. de Aguas, art. 5°). Por prescripción no se puede adquirir el dominio de las aguas ni el derecho a usarlas.

8) *El derecho a servirse de las aguas llanías.* Dice el Código de Aguas: "El dueño de un predio puede servirse, de acuerdo con las leyes y ordenanzas

⁶ C. de Ap. de Valparaíso, 20 de septiembre de 1988, *Gaceta Jurídica* N° 99, sent. 2, págs. 48 (C. 4° págs. 49).

respectivas, de las aguas llanías que corren por un camino público y torcer su curso para utilizarlas. Ninguna prescripción puede privarle de este uso" (art. 11).

784. *Prescripción entre comuneros.* Se pregunta si es posible que un comunero adquiera para sí solo el derecho sobre la cosa común después de haberla poseído en forma exclusiva con los requisitos necesarios para ganarla por prescripción ordinaria o extraordinaria.

Antes de considerar las diversas opiniones al respecto dejemos sentadas dos afirmaciones rotundas que, tal vez, podrían estar de más; pero conviene tenerlas presentes para facilitar la inteligencia del problema en estudio.

Desde luego, nadie discute que un extraño pueda ganar por la prescripción adquisitiva el dominio de una cosa ajena, sea que ese derecho pertenezca individualmente a una persona o en común a varias. Y, por cierto, un sujeto extraño a la comunidad puede adquirir por prescripción no sólo el derecho de propiedad sobre toda la cosa común, sino cualquier otro derecho real. No pocas veces ocurre que el comunero de un inmueble hipoteca la totalidad del derecho de dominio sobre éste, como si fuera el dueño exclusivo, y, más tarde, el bien raíz se adjudica al otro comunero, el cual, por el efecto declarativo de la partición, se repudia que siempre ha sido dueño del bien adjudicado, quedando extinguido el eventual derecho de dominio que tenía el hipotecante y asimismo el derecho de garantía. Esto trae como consecuencia que el comunero que gravó el inmueble, por no haber sido nunca dueño del mismo, sino el otro, hipotecó una cosa ajena (hipoteca perfectamente válida en el sentir mayoritario de los autores y la jurisprudencia) que permite al acreedor que la tenía inscrita en el Registro del Conservador, adquirirla por prescripción ordinaria si cumple con todos los requisitos de ésta.⁷

La otra afirmación previa que toca dejar sentada es la de que resulta indudable que la acción de partición no está sujeta a prescripción extintiva. Mientras exista y subsista una comunidad, habrá acción de partición; pasen los años que pasaren, la división y repartimiento de los bienes indivisos "podrá siempre pedirse", afirma con estilo lapidario el artículo 1317 del Código Civil.

¿Cuál es entonces la duda en la legislación chilena? Saber si entre comuneros procede o no la prescripción adquisitiva.

El Código Civil francés, en el asunto, no arremonta. Es claro. Después de establecer en un artículo que la partición puede siempre pedirse, agrega en el siguiente, el 816, que puede pedirse "aun cuando uno de los coherederos hubiere gozado separadamente de parte de los bienes de la sucesión, si no ha habido un acto de partición o *posesión suficiente para adquirir por prescripción*".

⁷ C. de Ap. de Santiago, 20 de agosto de 1990, *R. de D. y J.*, tomo LXXXVII, sec. 2°, págs. 163 (considerandos 2° a 5°, págs. 164 - 165).

Nuestra doctrina, ante la ausencia de una norma como la transcrita, ha emitido opiniones contradictorias, que en seguida resumimos.

a) *Tesis positiva.* La prescripción adquisitiva entre comuneros tiene lugar cuando uno de ellos, desvinculándose de la comunidad o desconociéndola, empieza a poseer con ánimo de señor y dueño exclusivo algún bien común, exhortizando ese ánimo con hechos inequívocos y concluyentes, sin que los demás comuneros, durante todo el tiempo necesario para prescribir, pongan atajo a la situación mediante las acciones pertinentes, como, por ejemplo, la de partición.

¿Por qué—preguntan los partidarios de esta tesis y se dirigen a sus adversarios— admiten que un extraño a la comunidad pueda adquirir por prescripción una cosa de ésta y no pueda hacerlo un miembro de la misma? Se acepta que el extraño incorpore a su patrimonio *todo* el derecho sobre la cosa, y, en cambio, se pone el grito en el cielo porque un comunero se haga dueño de una parte de ese derecho, ya que el resto es una fracción suya. No parece lógico permitirle al extraño lo más y negarle al copartícipe lo menos.

Imputase a los que creen posible la prescripción adquisitiva entre comuneros no señalar el momento en que uno de ellos se desvincula de su calidad de tal para empezar su posesión exclusiva y se les acusa también de no precisar el medio por el cual se produce esa desvinculación; para todo esto no basta la sola voluntad de poseer como dueño absoluto, ya que cada comunero posee a nombre propio y de los demás. La respuesta de los sostenedores de la tesis positiva es que el momento de la desvinculación lo marca el primer hecho inequívoco y concluyente que delate la voluntad de poseer como dueño exclusivo y el medio de desvinculación depende de la especie. Por último—terminan—nadie piensa que baste la sola voluntad del comunero "separatista" para desvincularse de la coposesión; es necesario también que no sufra en el debido tiempo la oposición de los demás comuneros a dicha voluntad. Veamos un ejemplo en que se cumplen todas estas condiciones: un heredero, ignorando la existencia de otros, pide la posesión efectiva sólo para sí y realiza todas las correspondientes inscripciones conservatorias a su solo nombre. Desde que se le concede la posesión efectiva a su solo nombre comienza la desvinculación de la coposesión; la resolución que otorga la posesión efectiva y las mencionadas inscripciones son medios por los cuales se produce la desvinculación, y si oportunamente no solicitan a su favor la ampliación de la posesión efectiva los otros herederos, la prescripción quedará consumada.

Los contrarios a la tesis positiva esgrimen un argumento basado en la historia de la ley, que, en su opinión, es de contundencia mortal. Recuerdan que en algunos proyectos de nuestro Código Civil se había insertado una norma similar a la francesa que daba paso a la prescripción adquisitiva entre comuneros; su eliminación definitiva probaba irreduciblemente el cierre del paso. Sin embargo, los corifeos de la tesis positiva tienen al respecto una apreciación distinta. Tienen a la memoria el artículo 1498 del Proyecto Inédito, que decía: "Habrá derecho para pedir la partición aun cuando uno o más de los coasignatarios hayan gozado, como *únicos dueños*, de alguna parte de los

bienes comprendidos en la asignación, si no hubieran adquirido por prescripción el dominio exclusivo de dicha parte. Pero entre los que poseen *pro indiviso* habrá siempre derecho para pedir la partición". Aunque esta disposición fue suprimida y no figura en el Código, de ella se desprende—afirman los partidarios de la tesis positiva—que nuestro legislador tuvo en su mente, por un lado, comuneros que gozan como *únicos dueños*, que puedan ganar la cosa indivisa por prescripción, y, por otro, comuneros que poseen *pro indiviso*, entre los cuales siempre hay derecho para pedir la partición. El artículo 1317 del Código sólo considera a estos últimos que se reconocen recíprocamente como coasignatarios, y entre ellos siempre cabe el derecho de pedir la partición; los comuneros que gozan de los bienes como dueños exclusivos quedarían, pues, libres de esta norma y podrían adquirir por prescripción la cosa indivisa, sin que, consumada la prescripción, pudiera enderezarse contra ellos la acción de partición. Al hacer la señalada distinción el artículo 1498 del Proyecto inédito—afirma Claro Solar—"manifestaba la inutilidad de su disposición que en el hecho venía a importar únicamente una repetición de lo establecido por el artículo 1317, al decir éste que ninguno de los coasignatarios de una cosa universal o singular puede ser obligado a permanecer en la indivisión y que la partición siempre puede pedirse".⁸

b) *Tesis negativa.* Ninguna prescripción cabe entre comuneros, ni extintiva (en lo que todos están de acuerdo) ni adquisitiva; esta última requiere una posesión exclusiva, y la de los comuneros no lo es, ya que cada uno posee no sólo a nombre propio, sino también al de los demás, y porque según el artículo 1317, al decir que, salvo cuando hay pacto de indivisión, la partición del objeto asignado podrá *siempre* pedirse, descarta cualquiera prescripción, adquisitiva o extintiva. Y esto se refuerza si se considera que en algunos proyectos del Código Civil se reconocía el derecho de prescribir adquisitivamente, norma que, en definitiva, no se incorporó al Código, y de este modo aparece evidente el rechazo de la idea contenida. No podría alegarse que la eliminación de la citada norma fue por considerarse superflua, porque el legislador chileno mal podía ignorar que merced a ella no se discute en Francia la procedencia de la usucapción entre comuneros.⁹

c) *Tesis que acepta excepcionalmente la prescripción adquisitiva entre comuneros.* De acuerdo con otra opinión, si bien en principio la prescripción no opera entre comuneros, por excepción tiene cabida cuando hay un *título*

⁸ *Aplicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparada*, tomo XVII, Santiago, 1944, N° 2350, págs. 57; véase también el tomo VI de esta obra, Santiago, 1930, págs. 516.

Además de Claro Solar, son partidarios de la tesis positiva: el ex profesor de la Universidad Católica de Chile Víctor Diezprado, *Naturaleza jurídica de la adjudicación*, Memoria de Prueba, Santiago, 1933, págs. 136; el magistrado judicial don Carlos Borrajo, *La prescripción entre comuneros*, Memoria de Prueba, Santiago, 1942, págs. 54; el ex profesor Ramón Meza Baños, *Manual de la sucesión por causa de muerte*, Santiago, 1978, N° 664, págs. 440.

⁹ Sostiene la tesis negativa Marcos Silva Bascorán, *La partición de bienes*, 3ª edición, Santiago, 1946, N° 37, págs. 35.

que justifique la posesión exclusiva y no la sola voluntad del comunero prescribiente. Así ocurre cuando un copropietario vende y enajena una cosa dándose por dueño exclusivo de ella; el adquirente no incorpora a su patrimonio sino la fracción o cuota del derecho que tenía el enajenante, porque nade puede adquirir más derechos que los que tenía su causante; en consecuencia, el adquirente pasa a ser comunero con los que no participaron en la transferencia, pero -entendase bien- comunero en el derecho, y no en la posesión, ya que la posesión no se transfiere ni transmite; el adquirente empieza su propia y exclusiva posesión, que, si se prolonga por el tiempo exigido y con los demás requisitos legales, lo conducirá a la propiedad absoluta. El título justificativo de la posesión es el contrato de compraventa celebrado entre el comunero que se hizo pasar por dueño exclusivo y el tercero comprador. Otro ejemplo en que hay un título que justifica la posesión exclusiva es el de los herederos que piden la posesión efectiva para sí, ignorando la existencia de otro; luego hacen la partición y entre uno y otro se adjudican los bienes de la sucesión. Para la usucapción o prescripción adquisitiva servirá de título justificativo de la posesión exclusiva precisamente la adjudicación. Y si el heredero omitido llega a reclamar su parte, los restantes podrán oponer la excepción de prescripción adquisitiva.¹⁶

Veamos otro ejemplo, el último: un extraño se presenta ante uno de los comuneros atribuyéndose, sin tenerlo, el carácter de mandatario de los demás y le vende las cuotas de ellos en la cosa indivisa; el comunero comprador, cumpliéndose el tiempo y los requisitos de la prescripción, adquirirá por este modo el dominio total y exclusivo de dicha cosa, sirviéndole de título para la posesión la compraventa de las cuotas de los otros coparticipes.

d) *jurisprudencia*. Si se examina la jurisprudencia sistematizada de nuestros tribunales,¹⁷ se verificará que, en general, no acogen la prescripción adquisitiva entre comuneros, salvo en los casos en que alguno pueda escudarse en un título justificativo de posesión exclusiva. Concurriendo este supuesto, admiten, en oposición a la acción de partición, la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, según se llenen las condiciones de una u otra.

El criterio de rechazar en unos casos la prescripción adquisitiva entre comuneros y de acogerla excepcionalmente en otros parece estar inspirado

¹⁶ Adhiere a la tesis de la procedencia de la prescripción adquisitiva entre comuneros cuando uno de éstos puede justificar su posesión exclusiva con un título: MARRUA, SOMARRIVA, URBINOVA, *Indivisión y Partición*, tomo I, Santiago, 1950, N° 177, págs. 230 a 235; JUAN VILLALBA ALVAREZ, *Del título en la posesión*, Memoria de prueba, Santiago, 1948, N° 95, pág. 72.

¹⁷ "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena", Código Civil, tomo XII, pág. 86, letra B. Fallos posteriores a esta publicación mantienen la misma línea. Consúltese, por ejemplo, el de la C. de Ap. Presidente Aguirre Cerdá de 3 de diciembre de 1986, *R. de D. y J.*, LXXXIII, sec. 2°, p. 108; en el considerando 5° (pág. 110) se alude a los casos de excepción en que es aceptada la prescripción adquisitiva entre comuneros. Véase también la sentencia de la Corte Suprema que no da lugar al recurso de casación en el fondo interpuesto contra el citado fallo de la C. de Ap. Presidente Aguirre Cerdá, 29 de julio de 1987, *R. de D. y J.*, tomo LXXXIV, sec. 1°, pág. 93.

en buena parte en el artículo 730 del Código Civil, adaptando su pauta. Esa disposición preceptúa:

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

B. Posesión

785. NECESIDAD DE UNA POSESIÓN CON ANIMO DE SEÑOR O DUEÑO. Sólo la verdadera posesión, la que se ejerce con ánimo de señor o dueño, conduce a la adquisición de la propiedad por prescripción. Por eso, los simples detentadores o meros tenedores, que reconocen dominio ajeno, no pueden prescribir, como tampoco los que se aprovechan de la omisión de los actos de mera facultad del dueño o de los actos de mera tolerancia del mismo.

786. ACTOS DE MERA FACULTAD Y DE MERA TOLERANCIA. La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamentos a prescripción alguna (art. 2499, inc. 1°).

787. ACTOS DE MERA FACULTAD. Se llaman *actos de mera facultad* los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro (art. 2499, inc. final). El no ejecutar un acto a que facilita el derecho de que se es titular, nada puede envolver a favor de un extraño. Así, el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique (art. 2499, inc. 2°). No podría este último alegar, por ejemplo, que desde hace más de quince años gozaba de una vista a través del predio no edificado y que, por consiguiente, adquirió la servidumbre de no edificar, de impedir que el otro edifique, pues construir en un predio es un acto de mera facultad del dueño, de cuya omisión no puede un tercero derivar posesión alguna que lo habilite para prescribir.

788. ACTOS DE MERA TOLERANCIA. a) *Concepto*. Los *actos de mera tolerancia* no están definidos por la ley. Pero puede decirse, desde el punto de vista del que los tolera, que son aquellos que para el entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitirlos o no, y a cuya ejecución no se opone por benevolencia y considerando que no atentan contra la integridad del contenido de su derecho. Desde el punto de vista del tercero, son actos de mera tolerancia los que

él realiza sin la intención de ejercitar un derecho propio, sino basándose en la condescendencia del titular del derecho ejercitado.

b) *Fundamento.* La falta de reacción defensiva del tolerante encuentra su explicación en la benevolencia, y ésta deriva, por lo general, de lazos familiares, amistosos, de buena vecindad o de otros por el estilo que, en último término, exteriorizan alguna fraternidad humana. Si el dueño de un campo tiene una faja de terreno sin cultivar y por ahí pueden transitar, sin causar daño, los animales del vecino, no hay razón para impedirle si ese vecino obtiene alguna ventaja, como la de que sus bestias acorten el camino, y el dueño del predio atravesado en nada se perjudica. Facilita la convivencia el que la ley se apresure a declarar que los actos de mera tolerancia de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna. De este modo el dueño de una cosa no tiene por qué inquietarse del uso o goce que de ella haga un tercero y que para él -el propietario- resultan inocuos. Si el legislador no hubiera aclarado el punto, todos vivirían desconfiados y recelosos del más insignificante roce a sus derechos, pensando que con el transcurso del tiempo podría conducir a la pérdida o mengua de los mismos. Nadie se sentiría tranquilo. Para vivir en paz hasta es saludable admitir pequeños usos que de nuestras cosas necesite hacer el prójimo; de lo contrario, a nosotros tampoco nadie nos ayudará en una emergencia dada y estaremos condenados a la soledad de los egoístas.

Nótese bien que el Código no obliga a nadie a tolerar nada: sólo dice que si se produce la tolerancia que señala, ella no hará suponer el reconocimiento de un derecho del tercero, o un acto de posesión que podría llevarlo a la prescripción adquisitiva. El fundamento de los actos de mera tolerancia es el anhelo de facilitar la buena convivencia de los hombres. Nada más y nada menos.

c) *Calificación del acto; consideración del ánimo de las dos partes.* Para calificar un acto como de mera tolerancia o no, es preciso atender al ánimo o voluntad de las dos partes. Habrá un acto de esa naturaleza si el agente, o sea el que lo ejecuta, lo hace sin ánimo de realizar un acto posesorio o de ejercicio de un derecho propio, y si, por su lado, el que soporta el acto lo hace por pura condescendencia.

d) *Signos externos del acto que sirven para calificar el ánimo de las partes.* Cuando en un pleito se discute si un acto es de posesión o de mera tolerancia, hay que determinar el ánimo de las partes atendiendo, naturalmente, a algunos signos externos más o menos característicos, cuya ponderación razonada permitirá descubrir el fuero interno del actor y el demandado.

Desde luego, por lo general, el uso o goce que importa el acto de mera tolerancia es *insignificante* para el que lo soporta. En un pequeño campo, dejar que un par de burros o caballos del vecino se deleiten a diario con las hierbas, puede que sea inocuo, pero no si los animales que se introducen son numerosos. En la vida práctica, los hombres suelen dejar pasar los usos o los goces insignificantes de sus derechos, no los grandes, y esto por las urgencias mismas de la vida. Sólo un santo podría seguir con gusto las palabras de

Jesús: "Al que quiera quitarte la túnica, alégale también la capa".¹² Así, pues, cada vez que un acto de uso y goce sea considerable, el juez se sentirá inclinado a mirarlo como de posesión o de ejercicio de un derecho propio del agente, y no como de mera tolerancia.

De ordinario es también característica de este último, la *transitoriedad* o la *intermitencia*. Por ejemplo, si una persona, mientras construye una obra en su terreno, ocupa con los materiales unos centímetros o un par de metros de la amplia propiedad del vecino, todo inducirá a creer que esa temporal ocupación se hizo como un acto de mera tolerancia. Pero no sucederá lo mismo si la ocupación es más extensa y continua, agregándose la circunstancia de que el ocupante sea constructor. Si no se prueba lo contrario, el juicio se inclinará a suponer aún el ejercicio de un derecho propio o un acto de posesión.

La *frecuencia* con que se repiten los actos puede o no ser un síntoma de acto de posesión; depende de diversas circunstancias. El mismo Código Civil pone como ejemplo de acto de mera tolerancia el que un propietario no impida que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o pascie en ellas, hechos que indudablemente han de ser frecuentes, y no por eso el propietario se impone la servidumbre de este tránsito o pasto (art. 2499, Inc. 3º). Pero si una vez al año llega un sujeto a instalarse por algunos días en la cabaña que hay en una propiedad de campo, por espaciadas que sean estas visitas, reiteradas sólo cada doce meses, habrá margen para pensar en un acto de posesión más que en uno de mera tolerancia, salvo, como en todas las hipótesis, una prueba en contrario.

El *uso público, excluyente y continuo* de una cosa, sin oposición de su dueño, hace presumir que éste presta su aquiescencia y constituye un acto de posesión apto para usucapir, o sea, para adquirirlo por prescripción adquisitiva. Con mayor razón merecerá este calificativo la *construcción de una obra sólida y estable en el terreno vecino*.

e) *Pregunta de hecho.* En cualquier caso, la verdadera naturaleza del acto puede probarse por los interesados, y corresponde al juez del fondo resolver soberanamente si se trata de un acto de posesión o de mera tolerancia. La cuestión es, pues, de *hecho* y, por ende, su solución depende de las circunstancias de cada caso concreto.

f) *Casación de la tolerancia.* Los tolerantes, como los buenos, pueden dejar de serlo. Pues bien, nada obsta a que el tolerante en cualquier tiempo decida no soportar más los actos que dejaba hacer por pura condescendencia. Al tercero no le sería lícito alegar una *presunción de renuncia* del tolerante a oponerse a lo que hasta ese momento no rechazaba. Es un principio axiomatico que nadie puede ser constraído a dejar usar o gozar de su propio derecho a un extraño, si no tiene al respecto el deber jurídico u obligación de hacerlo, y esto aunque en el pasado hubiere tolerado el ejercicio del derecho mismo.

¹² Evangelio según San Mateo, capítulo V, versículo 40.

C. *Transcurso de un plazo*

789. FUNDAMENTO DEL REQUISITO. Para prescribir adquisitivamente no basta que se haya poseído una cosa susceptible de posesión; es preciso también que transcurra un plazo continuado, que la posesión se prolongue durante el tiempo que señala la ley.

Este requisito da posibilidad al verdadero propietario para reclamar la cosa que está en poder de otro; sólo si después de cierto tiempo el dueño persiste en su inactividad o negligencia para obtener la devolución del bien que le pertenece, la ley concede preferencia al poseedor, dejando la cosa definitivamente en sus manos.

1) *Accesión de posesiones*

790. RAZÓN DE SER. La ley no exige que *toda* la posesión continuada de la cosa sea *personal*, por el contrario, permite juntar, agregar o unir a la posesión del actual titular la de sus antecesores. Salta a la vista la razón de esta franquicia. Como las cosas cambian con mucha frecuencia de manos, sea por sucesión por causa de muerte o por acto entre vivos, resultaría muy difícil que una persona pudiera mantenerse en la cosa durante el plazo fijado por la ley, y la prescripción tendría en la práctica escasa aplicación.

791. MATERIAS EN LAS CUALES SE APLICA LA ACCESIÓN DE POSESIONES. El derecho reconoció a todo sucesor, universal o particular, de añadir a su posesión personal la de su causante o antecesor, se aplica para computar el tiempo en la prescripción adquisitiva y en las acciones posesorias en que se requiere probar la posesión de un año completo para poder deducirlas. Así se desprende de los artículos 2500, inciso 1°, y 920, respectivamente.¹³

792. REQUISITOS DE LA ACCESIÓN DE POSESIONES. Para que pueda operar la accesión de posesiones es menester que concurren los siguientes requisitos: a) que exista un vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor; b) que las posesiones que se suman sean contiguas y no interrumpidas; y c) que las posesiones que se juntan sean títulos para prescribir.

a) *Debe existir un vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor*, en otros términos, el actual poseedor debe ser sucesor o causahabiente del antecesor en la posesión. En esta materia se entiende por *sucesor* toda persona que, en virtud de una causa legal, deriva inmediatamente su posesión de otro indivi-

duo. Por falta de este requisito, el ladrón, aunque es poseedor, no puede agregar a su posesión la de la persona robada, ya que ésta no es jurídicamente su antecesor.¹⁴

Por la misma razón, el ocupante de un inmueble a título de heredero del dueño de éste, título dimanante de un testamento que después fue declarado nulo, no puede alegar la prescripción adquisitiva añadiendo a su posesión la del dueño o causante de cuya sucesión se trata. La Corte Suprema ha dicho que en este caso la agregación de posesiones no cabe, porque el causante, hasta su muerte, fue *dueño* y no *poseedor* del inmueble citado.¹⁵ A juicio del redactor no es ésta la verdadera razón; basta pensar que el dueño puede, como ocurre en la práctica, no invocar esta calidad, sino la de poseedor. En verdad, el ocupante, establecida la nulidad del testamento que le daba el carácter de heredero, deja de ser sucesor y el dueño no es jurídicamente antecesor suyo; por tanto, mal puede el ocupante invocar la posesión del dueño.

Del texto legal (arts. 717 y 2500) se desprende que es el *sucesor* el sujeto que puede agregar a su posesión la del sucesor. Y como la accesión de posesiones es un beneficio excepcional, no podría extenderse al caso inverso: el antecesor no puede agregar a su posesión la del sucesor. El ejemplo clásico que citan los autores para explicar esta ocurrencia es el siguiente: se expropia a una persona el inmueble después de cuatro años de haberlo ella adquirido y poseído; transcurre un año sin que el Estado pague la indemnización correspondiente, a pesar de haber el expropiado entregado voluntariamente a aquél la posesión de la cosa; entretanto, el verdadero dueño se presenta para reclamar el pago de la indemnización; en tal evento, el poseedor expropiado no podría pretender añadir a su posesión de cuatro años el año de posesión de su sucesor, el expropiante, y rechazar de esta manera al reivindicador con la prescripción ordinaria de cinco años.

Coposición y accesión de posesiones. El artículo 1344 reconoce el carácter declarativo de los actos legales de partición y de la adjudicación en cuanto atañe al dominio, y el artículo 718, en lo que concierne a la posesión. Dice este último precepto:

"Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la indivisión.

Podrá pues añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte si hubiere sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios".

¹³ Del Rio Rodriguez, Dileo, *La accesión de posesiones*, Memoria de Puteba, Santiago, 1951, pág. 23. Véase también el estudio de Herrera Silva, "Teoría de la accesión de posesiones", publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, año III, Concepción, 1935, págs. 713 a 751.

¹⁴ Del Rio, ob. cit., pág. 24, N° 35.

¹⁵ Sentencia de 10 de septiembre de 1966, *R. de D. y J.*, tomo LXII, sec. 1ª, pág. 322.

El adjudicatario, como se ve, *puede* (no está obligado) añadir el tiempo de posesión transcurrido durante la división al tiempo de su posesión exclusiva. Si el carácter retroactivo de la adjudicación se aplicara en su sentido riguroso, tal facultad no debería existir, pues la posesión exclusiva debería entenderse que forzosamente existió durante todo el lapso de la división.

Ahora bien, cuando el adjudicatario *añade* a su posesión exclusiva el tiempo de la posesión transcurrido durante la división, su *justo título* será la sucesión por causa de muerte o el otro hecho o acto que originó la coposición, y su posesión exclusiva se mirará como que empezó en la fecha en que se produjo ese hecho o acto. Pero si el adjudicatario *no añade* el tiempo de la división, ¿cuál será su *justo título*? Se dice que la *adjudicación*, porque, conforme al artículo 703, ésta es un nuevo título suficiente para legitimar la posesión del adjudicatario. Por tanto, la posesión exclusiva del adjudicatario comienza en este caso desde la fecha de la adjudicación; no se retrotrae a ella a la fecha del hecho o acto que originó la posesión proindiviso.

Cuando el adjudicatario añade a su posesión exclusiva el tiempo de posesión transcurrido durante la división, ¿estamos frente a un caso de accesión de posesiones propiamente tal? No, porque dicha accesión implica añadir dos posesiones distintas, la del causante y la del sucesor, y aquí no hay sino una sola posesión, la del sucesor, que se considera existente a partir del acto o hecho que originó la coposición y subsistente durante el tiempo de ésta y de la posesión exclusiva. La unión o accesión de posesiones supone que el causahabiente entra en la posesión que tenía el causante de su derecho, y aquí, reativamente a la posesión que hubo durante el tiempo de la división, no hay ningún causante, pues la comunidad o el conjunto de comuneros no lo es; la posesión de ese lapso, cuando el adjudicatario añade éste al de su posesión exclusiva, es su propia posesión, ya que se entiende haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere, durante todo el tiempo que duró la división.

b) *Las posesiones que se suman deben ser contiguas y no interrumpidas* (arts. 717 y 2500), o sea, no debe haber solución de continuidad entre la posesión actual y la que se incorpora a ella, ni debe haber interrupción natural ni civil de ninguna de las posesiones que se juntan o suman.

Es de notar que la herencia yacente no se opone a la continuidad de las posesiones, no produce una solución de continuidad entre la posesión del causante y la del heredero, en consecuencia, éste puede sumar a la suya la de aquél.¹⁶

Dice el C. Civil: "La posesión principiada por una persona difunta continúa en la herencia yacente, que se entiende poseer a nombre del heredero" (art. 2500, inc. 2º). Esta disposición, que ha sido criticada por varios capítulos, según vimos, debe ser interpretada dentro del contexto del Código, en armonía con las normas que establecen el sistema de que la posesión no se transmite, sino que principia en el sucesor (arts. 688, 717 y 722). Interpreta-

do el artículo 2500, inciso 2º, en armonía con las otras normas del Código, sólo significa que la herencia, después de muerto el causante, no queda sin posesión por el hecho de permanecer yacente; terminada la posesión del causante empieza inmediatamente la del heredero. "Y en este caso no hay accesión de posesiones porque no se juntan dos posesiones distintas; hay una sola posesión, la del heredero, que la adquirió desde que fue deferida la herencia, aunque lo haya ignorado (art. 722), y como, por otra parte, los efectos de la aceptación o repudiación de una herencia se retrotraen al momento en que ésta haya sido deferida (art. 1293), resulta inconcuso que la posesión del heredero comenzó desde que la herencia le fue deferida, sin que pueda estimarse interrumpida durante el tiempo de la yacencia. Nótese bien que hemos dicho que no hay accesión de posesiones para el heredero en cuanto al tiempo en que la herencia estuvo yacente, porque este lapso es parte integrante de la posesión propia del heredero que comienza desde el momento mismo en que muere el causante. Si el sucesor agrega la posesión que tuvo el difunto en vida, entonces sí que hay accesión".¹⁷

c) *Las posesiones que se juntan deben ser útiles para prescribir*.

"Las posesiones que se juntan deben ser todas útiles para la prescripción adquisitiva; si una de ellas es inútil, no opera la accesión de posesiones. Sería inútil, por ejemplo, la posesión iniciada con un acto violento por el que tiene un título de mera tenencia; o la del que posee clandestinamente habiendo de por medio un título de mera tenencia".¹⁸

793. REGLAS QUE GOBIERNAN LA ACCESIÓN DE POSESIONES. Son las siguientes: 1) es facultativa; 2) tiene lugar la accesión respecto de antecesores mediatos e inmediatos; 3) La apropiación de la posesión del antecesor es con sus calidades y vicios, y 4) el sucesor no puede escoger sólo los antecesores que le convengan.

1) *La accesión de posesiones es una facultad del sucesor*. "La ley deja a la voluntad del sucesor unir o no su posesión con la de su causante o autor. Así se desprende del uso que las disposiciones respectivas hacen de las palabras 'quiera' y 'podrá'. En efecto, el artículo 717 dice: 'Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios. *Podrá* agregarse en los mismos términos a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores'. Y el artículo 718 dispone que el adjudicatario *podrá* añadir el tiempo que duró la división al de su posesión exclusiva. Finalmente, el artículo 2500 estatuye en su inciso 1º: 'Si una cosa ha sido poseída sucesivamente y sin interrupción por dos o más

¹⁷ Idem, pág. 21.

¹⁸ E. Benavés C., "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLV, sec. Derecho, págs. 34 y 36; Del Río, ob. cit., pág. 32, N° 46.

personas, el tiempo del antecesor *puede o no* agregarse al tiempo del sucesor, según lo dispuesto en el artículo 717".¹⁹

La Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que al disponer el artículo 2505 que la prescripción se comienza a contar desde la nueva inscripción, establece una excepción al principio general del artículo 717 que permite al poseedor agregar las posesiones anteriores.²⁰

El sucesor a cualquier título puede usar la accesión de posesiones.

Nuestro Código reconoce a todo sucesor la facultad de unir su posesión a la del antecesor; tratase de un sucesor a título universal o de uno a título singular (art. 717). Del mismo modo, es indiferente que se trate de un poseedor a título oneroso o de uno a título lucrativo, pues la ley (arts. 717 y 2500) ninguna distinción hace en cuanto a la naturaleza de los títulos de los poseedores.

Conviene hacer notar que la doctrina francesa, siguiendo precedentes romanos, declara que el sucesor a título universal continúa forzadamente la posesión del causante y que, por el contrario, el sucesor a título singular, inicia una nueva posesión, pudiendo unir a la suya el tiempo de la del antecesor. El Código Civil italiano de 1942 adopta igual criterio en su artículo 1146, que, por lo demás, es una disposición análoga a la que contenía su antiguo Código de 1865.

2) *La accesión de posesiones tiene lugar respecto de antecesores inmediatos y mediatos.* "No sólo se puede agregar la posesión del antecesor inmediato, sino también la del mediatos. Se sobrentiende que éste debe ser, sí, inmediato del poseedor inmediato del que se aprovecha de la unión o accesión de poseedores. Supongamos que Tertius sea el tercer poseedor de una cosa; el poseedor inmediato de él es el segundo y mediatos el primero, pero este primero es, por su parte, antecesor inmediato del segundo poseedor.

Nuestro Código Civil acepta la accesión de posesiones de una serie de antecesores, siempre que ésta sea *ininterrumpida* (art. 717, inc. 2º), o sea, no debe interponerse la posesión de otra persona entre la de los antecesores invocados por el actual poseedor. El fundamento de la facultad para agregar la posesión de una serie de antecesores lo explicaba Pothier diciendo que el sucesor se subroga en todos los derechos que con relación a la cosa tenía su causante, entre los cuales está el derecho que tenía éste para sumar a su posesión la de su propio antecesor, y éste la del suyo, y así ininterrumpidamente.

Por fin, debe observarse que la cadena de antecesores se cuenta desde el poseedor actual hacia atrás. Por cierto, y está de más decirlo, no es necesario apropiarse de toda la serie de posesiones anteriores; el que se acoge a la accesión, sabrá hasta qué antecesor llega. A lo que debe someterse, sí, es a

una cadena ininterrumpida hasta el antecesor último que él elija. No puede, pues, romper el orden de los antecesores para aprovechar de la posesión de los que le convengan y saltarse la de los que le perjudiquen.²¹

3) *La posesión de los antecesores accede con sus calidades y vicios a la del sucesor que agrega aquella.* "Es facultativo para el actual poseedor unir a su posesión la del antecesor o la de una serie no interrumpida de antecesores; pero si realiza tal unión, se apropia de la posesión o posesiones añadidas, con sus calidades y vicios" (art. 717).

Cuando la posesión del sucesor y la del antecesor son de la misma naturaleza, ninguna complicación hay. Si ambos reúnen las mismas condiciones para prescribir ordinariamente, el nuevo poseedor tiene sin duda derecho para sumar las dos posesiones. Igual ocurre si ninguno de ellos reúne esas condiciones; ambos sólo podrán alcanzar la prescripción extraordinaria. En una y otra hipótesis, las dos posesiones sucesivas del causante y el sucesor pueden sumarse, ya que son de la misma naturaleza.²²

Pero si los poseedores sucesivos no se hallan en la misma situación desde el punto de vista de la prescripción, si uno solo de ellos tiene justo título y buena fe, surgen complicaciones. Para resolverlas se da una regla sencilla y práctica: los años útiles para la prescripción extraordinaria no pueden servir para completar la prescripción ordinaria, pero los años útiles de ésta pueden contarse para completar los de aquella.²³

Nuestra jurisprudencia ha dicho reiteradamente que la posesión irregular del antecesor, si se agrega a la del actual poseedor regular, hace irregular la posesión de este último.²⁴

"Puede suceder que el actual poseedor sólo invoque la posesión de sus antecesores más próximos, y no la de los más lejanos. En tal caso, la posesión de éstos, como no accede a la del actual poseedor, ninguna influencia ejerce sobre ella. Los tribunales han declarado que no habiéndose invocado por el que alega la prescripción la posesión de uno de sus antecesores, no cabe considerar los vicios que a ésta puedan afectar."²⁵

4) *El sucesor no puede escoger sólo los antecesores que le convengan.* "Si el actual poseedor hace uso de la facultad que la ley le acuerda de poder agregarse a la propia posesión la del antecesor o la de una serie no interrumpida de antecesores, no podrá, dentro de la serie de accesión, escoger a los antecesores que

¹⁹ Del Río, ob. cit., págs. 33, N° 51.

²⁰ PLANOL y RUPERT, citados por Del Río, ob. cit., págs. 33 y 34.

²¹ Idem.

²² Gaceta de los Tribunales, año: 1881 (sentencia 113, págs. 81); 1910 (tomo II, sentencia 887, págs. 909); *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo X, sec. 1ª, págs. 132.

²³ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIV, sec. 1ª, págs. 517; tomo XXII, sec. 1ª, págs. 1085; tomo XXVI, sec. 1ª, págs. 841; tomo XXXIV, sec. 2ª, págs. 70; tomo XLIII, sec. 2ª, págs. 65.

²⁴ Del Río, ob. cit., págs. 33, N° 52.

¹⁹ Del Río, ob. cit., págs. 32, N° 48.

²⁰ Sentencia de 28 de octubre de 1948, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLI, sec. 2ª, págs. 9.

le convengani; deberá aceptar la posesión de todos ellos con sus calidades y vicios".²⁷

El actual poseedor, para la agregación de posesiones, no puede, pues, imitar a las abejas que liban de una flor sí, y de otra no, saltándose cualquiera intermedia.

794. DISOCIACIÓN DE POSESIONES. Si el poseedor actual no usa de la facultad de agregar la posesión de los antecesores, puede él perfectamente invocar sólo la posesión que le convenga. Como la agregación de posesiones es una facultad del poseedor actual, nada impide que se atenga a una sola. La posesión del antecesor y la del sucesor pueden ser disociadas por éste, el cual puede invocar una u otra solamente, a su elección, y de acuerdo con su interés. "El derecho de algar sólo la propia posesión es evidente y no requiere explicaciones. La invocación de la posesión del antecesor se funda en que, si bien éste no transmite su posesión, traspa en cambio todos los derechos que tenía sobre la cosa, entre los cuales está el beneficio o ventaja que resulta de su posesión para lograr la prescripción."²⁸

El poseedor actual sólo alegará la posesión de su autor si, por ejemplo, este último ya había cumplido el plazo de su prescripción, restándole a aquél en cambio, tiempo para cumplir la suya. "Por el contrario, si el autor tenía posesión irregular, el sucesor invocará sólo su propia posesión si ésta ha sido regular, ininterrumpida y el tiempo de la prescripción adquisitiva ordinaria ha transcurrido íntegro."²⁹

III. DE LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

795. GENERALIDADES. La prescripción adquisitiva supone la posesión prolongada de la cosa por todo el tiempo señalado por la ley y la inacción del propietario, su no reclamación oportuna. Si uno de estos elementos llega a faltar, la prescripción se interrumpe: si se pierde la posesión de la cosa, la interrupción es *natural*; si cesa la inactividad del dueño, si éste reclama judicialmente su derecho, la interrupción es *civil*.

Puede definirse, pues, la interrupción de la prescripción, siguiendo a Planiol, como "todo hecho que, destruyendo una de las dos condiciones esenciales de la prescripción adquisitiva (permanencia de la posesión, inacción del propietario), hace inútil todo el tiempo transcurrido". Este queda definitivamente perdido y no se puede computar en el cálculo del plazo de prescripción. Por tanto, una vez desaparecida la causa de la interrupción, y si

el prescribiente se mantiene en la posesión de la cosa, debe comenzar una nueva prescripción; el plazo anterior a la interrupción queda borrado a los ojos de la ley.

796. INTERRUPCIÓN NATURAL. Es todo hecho material, sea del hombre o de la naturaleza, que hace perder la posesión de la cosa.

Según la ley (art. 2502), la interrupción es *natural*.

1.º Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada;

2.º Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona.

La interrupción natural de la *primera* especie no produce el efecto propio de toda interrupción, cual es, hacer inútil todo el tiempo anteriormente transcurrido; sólo produce el efecto de desconstar del plazo de prescripción el tiempo que duró la interrupción. La interrupción natural de la *segunda* especie sí que hace perder todo el tiempo de la posesión anterior; a menos que se haya recobrado legalmente la posesión, conforme a lo dispuesto en el Título "De las acciones posesorias", pues en tal caso no se entenderá haber habido interrupción para el desposeído.

Herencia inundada. Si la heredad ha sido permanentemente inundada por un plazo que no pase de los cinco años, vuelve a sus antiguos dueños (art. 653); el tiempo de la inundación que hacía imposible el ejercicio de actos posesorios, se descuenta del plazo de prescripción (art. 2502, inc. final). Si la inundación permanente dura más de cinco años, una vez que cesa no sólo hace perder la posesión del terreno, sino también el dominio de éste, el cual no vuelve a los antiguos propietarios sino que, conforme a las reglas contenidas en el Título "De la accesión", accede a los propietarios ribereños.

¿Se aplica la interrupción natural de la prescripción por obra de la naturaleza a los inmuebles inscritos? Algunos opinan negativamente, porque la inscripción representaría el *corpus* y el *animus* constitutivos de la posesión, y ésta jamás se perdería mientras subsiste la inscripción. Otros, como Somarriva, creen que el N.º 1.º del artículo 2502 también se aplica a los inmuebles inscritos, porque dicha disposición ninguna distinción hace entre bienes raíces inscritos y no inscritos, y porque el tenor literal de la disposición deja en claro que hay interrupción natural por obra de la naturaleza cuando se hace imposible el ejercicio de actos posesorios, de actos de posesión material, y esto ocurre por imperativo de causas físicas, siendo indiferente que el inmueble esté inscrito o no. Si una propiedad se inunda, es imposible ejercer actos posesorios, aunque aquella esté inscrita en el Registro del Conservador.

Pérdida de la posesión por haber entrado en ella otra persona. Dijimos que el segundo caso de interrupción natural se produce cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona (art. 2502, N.º 2º). Y sabemos que se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo

²⁷ Del Río, ob. cit., pág. 54, N.º 53.

²⁸ Baudry-Lacantinerie, citado por Del Río, ob. cit., pág. 18, N.º 27.

²⁹ Del Río, ob. cit., pág. 38, N.º 50.

de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan (art. 726). Tratándose de inmuebles inscritos, mientras subsiste la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente (art. 728, inc. 2°). Por tanto, el apoderamiento material del inmueble inscrito no interrumpe la prescripción.

797. **INTERRUPCIÓN CIVIL.** Si la pérdida de la posesión produce la interrupción natural, la actividad del que se pretende verdadero dueño de la cosa, que sale de su pasividad, trae la *interrupción civil*, que es, según nuestra ley, todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor (art. 2503, inc. 1°).

Requisitos. 1) Para que se produzca la interrupción civil no basta una gestión privada o extrajudicial; es indispensable acudir a un recurso judicial. Pero, ¿qué se entiende, para los efectos de la interrupción de la prescripción adquisitiva, por *recurso judicial*?

Algunas sentencias establecen que ese recurso, medio o expediente que debe emplear el que se pretende verdadero dueño de la cosa para interrumpir la prescripción del poseedor, está precisado en el mismo artículo 2503 que, al señalar los casos excepcionales en que ni aun el empleo del recurso judicial permite alegar la interrupción, se refiere a la *demandita*, la cual no es sino el escrito con que, por lo general, se inicia todo pleito (C. de Procedimiento Civil, arts. 253 y 254). Esta conclusión —se agrega— guarda armonía con la interrupción civil de la otra prescripción, la extintiva, que se produce por la demanda judicial, concepto que estaría tomado también por el artículo 2518 del Código de Bello en el mencionado sentido estricto del Código de Procedimiento Civil.^{39a}

Otras sentencias, si bien están de acuerdo en que la interrupción civil de la prescripción adquisitiva se produce por una demanda judicial, estiman que ésta debe entenderse en un sentido amplio, y no en el restringido que le dan los citados artículos del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia —afirman los partidarios de esta tesis—, produce interrupción civil de la prescripción adquisitiva toda petición, toda acción hecha valer ante los tribunales encaminada a resguardar un derecho amagado, manifestándose clara la voluntad del actor o peticionario de conservarlo y no abandonarlo.^{39b}

Otras sentencias parten de la base que en un sentido no restringido o técnico, sino en uno amplio, recurso judicial y demanda tienen el mismo significado de petición, solicitud, reclamación presentada ante los tribunales de justicia. Por tener ese idéntico significado el artículo 2503 del Código Civil

habla indistintamente de recurso judicial y demanda. En consecuencia, la interrupción de la prescripción se produce cuando el pretendido dueño de la cosa expresa, en forma inequívoca, su intención de no abandonar el derecho del cual afirma ser su titular, sino, por el contrario, manifiesta su voluntad de conservarlo, sea que esa manifestación la haga en una demanda en sentido restringido o en cualquiera otra fórmula procesal idónea.^{39b}

Nosotros nos inclinamos a esta segunda tesis, y observamos que la sinonimia de los conceptos de recurso judicial y demanda, ambos en su significado amplio, lo confirman los procesalistas. Por ejemplo, el connotado profesor uruguayo Eduardo J. Couture señala como una de las acepciones de *recurso* la de "acción, pretensión, petición dirigida a un órgano judicial", y menciona como uno de los significados de *demandita* el de "petición, reclamo, solicitud".^{39c} No hay duda, pues, que en una de sus respectivas acepciones concuerdan recurso judicial y demanda.

Y la conclusión de que recurso judicial no se reduce sólo al de demanda en sentido estricto o técnico se refuerza si se repara en que el Código Civil, al definir la interrupción de la prescripción adquisitiva, expresa que "es *todo* recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor" (art. 2503); ninguna duda cabe que, en la oración, la palabra *todo* está usada como equivalente a *cualquier*, al igual que lo está en la norma que dice: "Por regla general *todo* daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta" (art. 2329). Así como en este caso el empleo de la palabra *todo* revela que cualquier daño debe indemnizarse, del mismo modo revela en la materia que nos ocupa que cualquier recurso judicial sirve para interrumpir la prescripción y no uno solo, el de la demanda entendida en sentido técnico o estricto, siempre que ese recurso o demanda entendida en sentido amplio de petición o reclamo, exteriorice en forma inequívoca la voluntad del pretendido dueño de conservar la cosa e impedir, por ende, que el poseedor la adquiera por prescripción. Lo esencial y decisivo es la manifestación de esa voluntad ante la justicia y no el vehículo a través del cual se hace llegar.

¿Qué pasa si el recurso judicial, si la demanda o petición se formula ante un *tribunal incompetente*? Autores y jurisprudencia contestan que, de todas maneras, la interrupción se produce. Varios argumentos se dan y prodigan en apoyo de la afirmación. Desde luego —dice Planiol, maestro insuperable de la exposición clara y sencilla— las cuestiones de competencia son difíciles de resolver y, en ese campo, no sólo las partes suelen equivocarse sino, también, hasta los mismos tribunales suelen andar a tientas; por esta razón sería peligroso e injusto privar de todo efecto útil a una demanda hecha valer ante un tribunal que no corresponde. Y si después de esta consideración doctrinaria —se agrega— nos internamos en la legislación positiva, notaremos que no distingue, para los efectos de la interrupción, entre demanda o recurso judicial

^{39a-b} En este sentido, por ejemplo: C. Suprema, 2 septiembre 1938, R. t. 36, sec. 1°, p. 236; C. Suprema, 25 abril 1936, R. t. 83, sec. 1°, p. 42.

^{39c} Por ejemplo, en este sentido: C. Suprema, 18 julio 1935, R. t. 52, sec. 1°, p. 185.
^{39c} Couture, *Dictamen Judicial*, Buenos Aires, 1976, págs. 210-211 y 507.

entablado ante tribunal competente y demanda entablada ante tribunal incompetente, y además veremos que la demanda presentada a un tribunal incompetente no está comprendida entre los casos excepcionales en que la formulación de ese recurso judicial no interrumpe la prescripción, y como se trata precisamente de excepciones no pueden ampliarse a otros casos no señalados por la ley; por último, se aduce el conocido argumento de que lo esencial y decisivo es que el pretendido verdadero dueño de la cosa manifieste su voluntad de conservarla, sin que importe que esta manifestación se haga ante un tribunal competente o uno incompetente.

Otro caso en que la jurisprudencia ha concedido gran fuerza jurídica a la manifestación de voluntad de conservar el derecho e impedir que otro se aproveche de la prescripción, es el de la *demandada deducida por un incapaz relativo*. La Corte Suprema ha declarado que la demanda hecha valer por un incapaz relativo interrumpe la prescripción que corre en su contra, y la interrupción se produce aunque, en razón de dicha incapacidad, se anule todo lo obrado en el juicio, porque esta anulación no tiene la virtud de aniquilar el ejercicio de la acción en que el incapaz expresa de un modo indudable el propósito de resguardar su derecho.³⁰

En la especie se trataba de la interrupción de una prescripción extintiva, pero la solución y su filosofía son, por cierto, valederas también para la interrupción de la prescripción adquisitiva o usucapión.

2) El segundo requisito para que haya interrupción de la prescripción es que la demanda entablada por el pretendido dueño sea *legítimamente notificada* al actual poseedor de la cosa. Porque según la ley, el que ha interpuesto el recurso judicial no puede alegar la interrupción si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal (C. Civil, art. 2503, inciso 2º, N° 1º).

3) Finalmente, para que se produzca la interrupción civil de la prescripción es necesario que la demanda se entable y notifique *antes de que haya transcurrido el plazo de prescripción*, porque, obviamente, sólo puede interrumpirse lo que está en curso, en desarrollo y no lo ya completado.

Desde cuándo se produce la interrupción de la prescripción. Hay sentencias que sostienen que la interrupción de la prescripción se produce desde la presentación de la demanda o recurso judicial; otras afirman que dicha interrupción sólo se produce desde la notificación de la demanda.

En el primer sentido un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago expresa:

"La interrupción civil de la prescripción se cuenta desde la presentación de la demanda o recurso judicial. Aunque ella, sin su notificación, carece de significado procesal, una vez realizado este trámite, sus efectos se retrotraen a la fecha de aquella presentación.

La presentación de la demanda, vale decir el acto por el cual una persona reclama o persigue su derecho en juicio, constituye el evento público y ostensible

que pone de manifiesto el propósito del titular del derecho de instar por su resguardo, haciéndolo llegar a conocimiento de la justicia.

Los efectos de la interrupción no pueden quedar expuestos a las artes y maniobras de la parte contraria. Esta, una vez presentada la demanda interruptoria, podría dilatar o dificultar la práctica de la notificación más allá del plazo de vencimiento de la prescripción, evitando de este modo su interrupción por el recurso que, precisamente, tendía a impedir el progreso del curso prescriptivo".^{30a}

Por la tesis de que la interrupción de la prescripción se produce desde la notificación de la demanda y no desde la interposición de ésta, se aduce que este principio resulta de la norma según la cual no puede alegar la interrupción de la prescripción ni aun el que ha intentado el recurso judicial "si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal" (C. Civil, art. 2503, N° 1º).^{30b}

En consecuencia —se agrega— si la demanda se presenta a los tribunales dentro del plazo de prescripción, pero la notificación de ella se practica después de vencido dicho plazo, debe concluirse que no hubo interrupción. Carece de todo asidero legal sostener que la presentación oportuna de la demanda hace retrotraer a su fecha la de la notificación de ella realizada después de cumplido el plazo de prescripción.³¹

A. Efectos de la interrupción

798. REGLA GENERAL. La regla general, relativa a los efectos de la interrupción, es que ésta hace perder todo el tiempo anterior que se lleva de posesión. Y si el prescribiente posee la cosa, empezará a prescribir de nuevo, como si se tratara de la primera ocasión en que lo hace.

799. EXCEPCIÓN. La regla general tiene su excepción en el caso de la interrupción natural del N° 1º del artículo 2502, es decir, cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios. La interrupción en este caso no hace perder el tiempo anterior; su efecto se reduce a no contar en el plazo de prescripción el tiempo en que no pudieron efectuarse actos posesorios, o sea, el tiempo de duración de la interrupción (art. 2502, inciso final). Si, por ejemplo, después de haberse poseído la cosa por dos años, surge un acontecimiento que hace imposible el ejercicio de actos posesorios por seis meses, una vez removido el obstáculo, la continuación de los dos años de posesión sigue desde el día en que desapareció la interrupción; los seis meses que duró ésta es un tiempo incomputable

^{30a} C. Ap. Santiago, 29 octubre 1963, R. t. 60, sec. 2º, pág. 130.

^{30b} C. Ap. Santiago, 20 diciembre 1950, R. t. 48, sec. 2º, pág. 3; C. Suprema, 7 noviembre 1958, R. t. 55, sec. 1º, p. 17; C. Suprema, 26 noviembre 1991, R. t. 86, sec. 1º, pág. 102.

³¹ Última sentencia de la nota anterior.

para el prescribiente, no así el tiempo anterior a la interrupción, el cual entra en la computación del plazo prescriptivo.

Recordemos las dos situaciones que pueden presentarse con la heredad que ha sido permanentemente inundada. Si el terreno es restituído por las aguas dentro de los cinco años subsiguientes, vuelve a sus antiguos dueños (C. Civil, art. 653); de lo contrario, ellos pierden no sólo la posesión sino también el dominio, que pasa al Estado como lecho, álveo, cauce o fondo de río, estero u otra corriente que se escurre por cauce natural. Si después de los cinco años las aguas dejan el todo o parte del terreno que cubrían, este terreno, en cuanto a su dominio, seguirá el destino que señale la aplicación de las normas sobre accesión, oportunamente analizadas. Por último, téngase presente: a) que las *porciones* de terrenos de un predio que, por avenida, inundación o cualquiera causa queden *separadas* del predio, pertenecen siempre al dueño de éste y no forman parte del cauce del río (C. de Aguas, art. 30, inc. 3°); b) que si bien el dominio de la propiedad inundada se pierde si el terreno es restituído por las aguas después de los cinco años subsiguientes al hecho, el usufructo no, pues revive "por el tiempo que falta para su terminación" (C. Civil, art. 808).

La excepción del caso de la interrupción material que no hace perder el tiempo anterior, presenta semejanza con la *suspensión* de la prescripción (art. 2509); pero se diferencia fundamentalmente de ella en estos dos puntos: 1) la interrupción de la prescripción obra tanto en la prescripción ordinaria como en la extraordinaria; la suspensión sólo opera en la prescripción ordinaria, y 2) la interrupción puede alegarla todo el que tenga interés en ella; la suspensión sólo puede alegarla aquel en cuyo favor el legislador la ha establecido.

800. EFECTO DE LA INTERRUPTCIÓN NATURAL. CUANDO SE HA PERDIDO LA POSESIÓN POR HABER ENTRADO EN ELLA OTRA PERSONA (art. 2502, N° 2°). En este caso se produce el efecto propio de la interrupción, es decir, se pierde todo el tiempo corrido de prescripción, con una excepción: si el poseedor, por medio de acciones posesorias, recupera la posesión perdida, no se entiende haber habido interrupción para el despoído (art. 2502, inc. final).

Este precepto guarda armonía con el artículo 731 del Código Civil, según el cual el que recupera legalmente la posesión perdida, se entenderá haberla tenido durante todo el tiempo intermedio.

La excepción se da sólo si la posesión se recupera por medios *legales*, por medio de las acciones posesorias (art. 2502, inc. final); si la posesión se recupera por vías de hecho, se produce la interrupción, y el que nuevamente empieza a poseer, comienza una nueva posesión, principiando a correr un nuevo plazo para el efecto de la prescripción.

801. PERSONAS QUE PUEDEN INVOCAR LA INTERRUPTCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. Al respecto, hay que distinguir entre la interrupción natural y la interrupción civil.

La interrupción *natural* de la prescripción puede alegarla cualquiera persona que tenga interés en ello.

La interrupción *civil*, en cambio, según lo establece el artículo 2503, sólo puede alegarla el que ha entablado la acción. Y por una razón muy sencilla:

porque tanto los actos jurídicos como los actos judiciales son de efectos relativos.

802. INTERRUPTCIÓN CON RESPECTO A LOS COMUNEROS. La regla según la cual puede alegar la interrupción civil sólo el que ha entablado la acción, tiene una pequeña excepción contemplada en el artículo 2504 del Código, que dice: "Si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpa la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras".

803. CASOS EN QUE NI AUN LA ACCIÓN JUDICIAL PRODUCE EL EFECTO DE INTERRUPTIR LA PRESCRIPCIÓN. Hay casos en que, a pesar de haberse entablado demanda judicial, no se produce la interrupción de la prescripción. Son los tres casos que taxativamente enumera el artículo 2503:

1°. Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

2°. Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia;

3°. Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda".

804. 1°. NOTIFICACIÓN ILEGAL DE LA DEMANDA. Si la demanda o la acción judicial no es notificada en forma legal, esta acción no produce el efecto de interrumpir la prescripción.

Esta solución del Código no se aviene con la interpretación aceptada de que la demanda interpuesta ante tribunal incompetente basta para producir la interrupción de la prescripción. Una filosofía congruente, armónica o consecuente debería predicar que también la notificación ilegal es apta para la interrupción, pues, como en la hipótesis de la incompetencia, demuestra del mismo modo, el cese de la inactividad del dueño de la cosa o del que pretende serlo. Pero, tratándose de la notificación ilegal, la ley es perentoria y clara. No hay resquicio para eludir ni para introducir una amonización de principios: *dura lex, sed lex*.

805. 2°. DESISTIMIENTO EXPRESO DE LA DEMANDA O DECLARACIÓN DE ABANDONO DE LA INSTANCIA. El que ha intentado el recurso judicial no puede alegar la interrupción de la prescripción si desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia (art. 2503, N° 2°).

Desistimiento de la demanda es el retiro de ella por el actor después de haber sido notificada al demandado. Tal desistimiento debe ser expreso y, además, declarado en sentencia judicial. La sentencia que acepta el desistimiento, haya o no habido oposición, extingue la acción a que él se refiere, con relación a las partes litigantes y a todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio a que pone fin (C. de Procedimiento Civil, art. 150). Esto significa que se producen los efectos de la cosa juzgada respec-

to de las acciones hechas valer en la demanda. Por tanto, el demandante que se desistió y todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio a que pone fin no pueden después demandar nuevamente al poseedor; si lo hicieren, a éste le bastará invocar la fuerza de la cosa juzgada que emana de la sentencia que acepta el desistimiento.

Pasemos al *abandono de la instancia* o, como dice ahora el nuevo texto del Código del ramo, *abandono del procedimiento*. Se entiende abandonado el procedimiento cuando todas las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante seis meses, contados desde la fecha de la última resolución recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos (C. de Procedimiento Civil, art. 152, conforme a la modificación que le introdujo el N° 17 del artículo 1° de la Ley N° 18.705, de 24 de mayo de 1988).

El fundamento de la sanción del abandono en referencia es la presunción de desistimiento de los litigantes en la continuación del juicio iniciado.

Ha de subrayarse que ese abandono no produce como efecto la pérdida de la acción; sólo hace perder el procedimiento, o sea, las actuaciones en el proceso abandonado. Dice la ley procesal que no se entienden extinguidas por el abandono las acciones o excepciones de las partes; pero éstas pierden el derecho de continuar el procedimiento abandonado y de hacerlo valer en un nuevo juicio. Quedan subsistentes, sin embargo, con todo su valor los actos y contratos de que resulten derechos definitivamente constituidos (C. de Procedimiento Civil, art. 156).

Declarada por sentencia judicial abandonado el procedimiento, la acción interpuesta por el demandante no tiene la virtud de interrumpir civilmente la prescripción. Pero, dado el efecto del abandono, que sólo hace perder el procedimiento, y no la acción, nada impide que el actor entable nuevamente su acción en otro juicio, siempre que ella no haya prescrito. Naturalmente, si prospera ahora la acción, la interrupción se producirá, en cuanto a su fecha, en relación con la acción hecha valer en el nuevo juicio.

806. 3°. SENTENCIA ABSOLUTORIA A FAVOR DEL DEMANDADO. El recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa contra el poseedor, tampoco interrumpe la prescripción de éste si obtiene el demandado sentencia de absolución (art. 2503, N° 3°). ¿Qué se entiende por *sentencia de absolución*? Para algunos, estas expresiones, no definidas por el legislador, deben tomarse en un sentido amplio; sentencia de absolución sería toda sentencia que no acoge la demanda. Según el parecer de otros, sentencia de absolución sería sólo la sentencia definitiva que declara libre de la demanda al demandado en razón de haber demostrado éste la legitimidad de su derecho o situación jurídica y la ilegitimidad de las pretensiones del actor. La determinación del concepto no es, como se comprenderá, indiferente. Si de acuerdo con una de las fórmulas enunciadas una sentencia, a pesar de que rechaza la demanda, no puede calificarse de absolutoria, quiere decir que el efecto interruptivo de aquélla no desaparece, la interrupción de la prescripción se produce. En este último sentido, por ejemplo, y tratándose de la prescripción extintiva, una sentencia dice que el rechazo de la demanda ejecutiva por

fallar al título alguno de los requisitos establecidos por las leyes para que tenga fuerza ejecutiva, *no importa obtener la sentencia absolutoria* de que habla el N° 3° del artículo 2503 del Código Civil que impediría alegar la interrupción civil de la prescripción de la obligación que emana del mismo título.^{31a}

807. INTERRUPTCIÓN: PRESCRIPCIÓN ORDINARIA Y PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA. La interrupción opera respecto de ambas clases de prescripción. Razones:

1) La interrupción de la prescripción se encuentra tratada en los artículos 2501 y 2504 del Código Civil; el artículo 2506 clasifica la prescripción en ordinaria y extraordinaria. De manera, entonces, que el legislador se ocupa de esta interrupción antes de clasificar la prescripción en ordinaria y extraordinaria, lo que está indicando que ella se aplica en ambas prescripciones;

2) En el caso de la suspensión de la prescripción, que estudiaremos luego, en el artículo 2509, el legislador se refiere expresamente a la *prescripción ordinaria*; en cambio, con respecto a la interrupción, no ha distinguido, y sabemos que es un principio generalmente aceptado que "donde la ley no distingue, no puede el hombre distinguir";

3) Por último, como después veremos, el artículo 2510, refiriéndose a la prescripción extraordinaria, también requiere que la posesión sea ininterrumpida.

IV. DIVERSAS CLASES DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

808. PRESCRIPCIÓN ORDINARIA Y PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA. De acuerdo con el artículo 2506 del Código, la prescripción adquisitiva puede ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción adquisitiva ordinaria tiene por fundamento la posesión regular y el tiempo que requiere es menor. En cambio, la prescripción adquisitiva extraordinaria tiene por fundamento la posesión irregular y, consecuentemente, el plazo que implica para prescribir es mucho más largo.

A. Prescripción Ordinaria

1) Generalidades

809. Requisitos. Además de las condiciones generales a toda prescripción (prescriptibilidad de la cosa y posesión no interrumpida), la ordinaria necesita dos requisitos propios:

^{31a} C. Suprema, 17 de noviembre 1948, *R. de D. y J.*, tomo XLVI, sec. 1°, pág. 186.

- a) posesión regular, y
b) el transcurso del plazo que la ley señala (art. 2507).

810. a) **POSESIÓN REGULAR.** Es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque ésta no subsista, siendo necesaria, además, la tradición si el título invocado para poseer es uno traslativo de dominio.

Como la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria (art. 707, inc. 1°), quiere decir que, una vez cumplido el plazo legal, al que alega la prescripción ordinaria le bastará, por lo general, exhibir su justo título.

811. b) **TRANSCURSO DEL PLAZO.** El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de dos años para los muebles y de cinco años para los bienes raíces (art. 2508).

812. **FORMA DE COMPUTAR LOS PLAZOS.** En vista del silencio del legislador respecto a la forma de computar los plazos de prescripción, tenemos forzosa-mente que aplicar las reglas generales, vale decir, los artículos 48, 49 y 50 del Código.

En otras legislaciones, como la francesa por ejemplo, se dan reglas especiales para contar el plazo de prescripción. Sin embargo, parece que nuestro legislador no lo creyó necesario, ya que había dado la regla general en los artículos 48, 49 y 50.

Podemos decir, en síntesis, aplicando esos artículos, que el plazo de prescripción es *continuo*, corre sin interrupción incluyendo los días domingo y los que sean feriados legales, ya que en el Código Civil la regla general es que los plazos sean continuos.

Además, este plazo es de días *completos*, y no se cuenta de hora a hora, sino de medianoche a medianoche, de manera que el primer día no se cuenta.

2) Suspensión de la prescripción

813. **CONCEPTO.** Hemos visto anteriormente que por la interrupción el tiempo corrido de prescripción, sea ésta ordinaria o extraordinaria, queda definitivamente perdido. Ahora estudiaremos un fenómeno análogo, que puede ocurrir sólo en la prescripción ordinaria: la *suspensión*, que es la detención del curso del plazo de la prescripción durante el tiempo que dure la causa suspensiva; pero desaparecida ésta, el plazo de la prescripción continúa: el período anterior a la suspensión se agrega al posterior a la cesación de la misma, de manera que el único tiempo que no se computa es el transcurrido mientras existió y subsistió la causa de la suspensión. Al revés de lo que acontece en la interrupción, en la suspensión el tiempo anterior a ella no se pierde, sino que queda simplemente detenido o paralizado. La suspensión no borra el plazo de prescripción; simplemente, le abre un paréntesis.

Supóngase que un poseedor regular de un inmueble lleva cuatro años de posesión ininterrumpida, al cabo de los cuales el dueño cae en demencia, que dura dos años, y cesa después: la prescripción vuelve a correr transcurridos estos dos años, y se consumará cumplido el año posterior a la suspensión, pues los cuatro años anteriores a ésta se suman al año posterior a la misma, lo que da cinco años, que es el plazo necesario para adquirir el dominio de los inmuebles por la prescripción adquisitiva ordinaria. Los dos años de suspensión no se computan.

Pero este paréntesis puede estar no sólo *en el curso* de una prescripción ya iniciada, sino también *al comienzo*. Si una persona entra a poseer un inmueble estando demente el dueño, el plazo del poseedor sólo podrá *comenzar* a correr una vez que el propietario recobre su salud mental.

814. **EFFECTO DE LA SUSPENSIÓN.** La suspensión detiene pero no extingue la prescripción: cesando la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si hubo alguno (art. 2509, inc. 1°).

815. **FUNDAMENTO O RAZÓN DE SER.** El fundamento de la suspensión de la prescripción es la injusticia que supondría dejar correr ésta en contra de personas que se encuentran en la imposibilidad de defender sus derechos. Es verdad que los representantes de los incapaces podrían hacerlo por ellos; pero la ley ha querido salvaguardar sus derechos hasta de la negligencia o desidia del representante legal que no interrumpe la prescripción que corre contra su representado. Considera que no puede imputarse a éste la inactividad de aquél.

Algunos autores critican la suspensión de la prescripción, porque hace preponderar el interés particular del beneficiado con dicha suspensión sobre el interés general o colectivo que importa la prescripción. Dícese que es una reacción individualista contra una institución de carácter general. Pero se ha observado que el rigor del principio de utilidad social en que se basa la prescripción debe morigerarse y hacerlo compatible, hasta donde sea posible, con el interés individual.

816. **SU CARÁCTER EXCEPCIONAL.** La suspensión de la prescripción es un beneficio jurídico excepcional, sólo existe en favor de las personas que la ley determina.

817. **CAMPO DE APLICACIÓN.** Las reglas concernientes a la suspensión de la prescripción se aplican tanto a la usucapión como a la prescripción extintiva. Respecto de la primera, en general sólo cabe en la ordinaria.

818. **CAUSAS DE SUSPENSIÓN.** La prescripción adquisitiva ordinaria se suspende en favor de las personas que en seguida se mencionan:

1°. Los menores; los dementes; los sordomudos; y todos los que están bajo potestad paterna, o bajo tutela o curaduría.

Nótese que gozan del beneficio los menores, emancipados o no, es decir, tanto los que son hijos de familia como los que no lo son, pues el legislador no distingue. Por la misma razón, los dementes y los sordomudos están favorecidos por la suspensión, hállese o no declarados en interdicción.

2º. La prescripción adquisitiva ordinaria también se suspende en favor de la mujer casada en sociedad conyugal mientras dure ésta.

Se explica tal suspensión porque aun cuando la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal es hoy plenamente capaz, el marido administra los bienes de la mujer (C. Civil, art. 135), por lo cual se justifica la suspensión en favor de ella.

No se suspende la prescripción en favor de la mujer divorciada o separada de bienes, respecto de aquellos que administra (C. Civil, art. 2509, inc. penúltimo).

3.º También se suspende la prescripción ordinaria en favor de la herencia yacente (art. 2509, Nº 3º). Esta es una de las disposiciones que han inducido a algunos a calificar a la herencia yacente de persona jurídica, puesto que dice que "se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las *personas* siguientes: 3º la herencia yacente". Pero la verdad es que quien posee es el heredero ignorado por intermedio del curador de la herencia yacente. Y la suspensión se explica por el temor a la negligencia del curador en interrumpir la prescripción.

Finalmente, la prescripción se suspende siempre entre cónyuges (art. 2509, inc. final). Y esto por las razones señaladas a continuación:

a) Si corriera entre cónyuges la prescripción, sería ésta causa de perturbaciones en la armonía que debe reinar entre marido y mujer.

b) Con respecto al marido, hay otra razón. El marido tiene el usufructo legal de los bienes de la mujer, y sabemos que el usufructuario es un mero tenedor. En consecuencia, siendo el marido mero tenedor, por ser usufructuario de los bienes de la mujer, no puede prescribir, ya que el título de mero tenedor no da derecho a prescribir.

c) El marido, como administrador de los bienes de la mujer, es el encargado de interrumpir las prescripciones que corran en contra de los bienes de ella. Y si el marido dejara correr, en favor propio, alguna prescripción, con posterioridad la mujer podría responsabilizarlo por no haber procedido a interrumpir dicha prescripción.

d) Por último, como veremos en su oportunidad, el legislador prohíbe las donaciones irrevocables entre cónyuges, y de permitirse que hubiera prescripción entre cónyuges, en el fondo esta prescripción podría encubrir una donación irrevocable; bastaría simplemente con la inacción del marido o la mujer para que el otro cónyuge adquiriera por prescripción el bien donado subrepticamente.

Se ha discutido si la suspensión de la prescripción entre cónyuges se aplica tanto en la prescripción ordinaria como en la prescripción extraordinaria.

a) Una primera opinión afirma que la suspensión de la prescripción entre cónyuges opera tanto en la prescripción ordinaria como en la prescripción extraordinaria. Da los siguientes argumentos:

1) Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición: las razones que ha tenido el legislador para suspender la prescripción ordinaria militan también con respecto a la prescripción extraordinaria.

2) El artículo 2509 enfáticamente dice que se suspende *siempre* la prescripción entre cónyuges; en otros términos, se suspende en todo caso.

3) Finalmente, si bien el artículo 2511 dispone que la prescripción extraordinaria no se suspende a favor de las personas enumeradas en el artículo 2509, no alcanza a los cónyuges, pues ellos no están señalados en los números del artículo 2509, sino contemplados en una disposición aparte como es el inciso final del mismo artículo 2509.

b) Una segunda opinión, entre cuyos partidarios figura don Alfredo Barros Brizuela, sostiene que la prescripción sólo se suspende entre cónyuges con respecto a la prescripción ordinaria, mas no con respecto a la prescripción extraordinaria. Da en apoyo de su tesis las razones que siguen:

1) El argumento aducido de que donde hay la misma razón debe haber la misma disposición, no cabe aplicarse aquí, porque el artículo 2509 constituye un beneficio que la ley otorga, y es, por lo tanto, una disposición excepcional que no admite interpretación analógica, sino una interpretación restrictiva.

2) Las palabras "*siempre entre cónyuges*" que usa el legislador en el artículo 2509, no se refieren a la suspensión en la prescripción ordinaria y en la extraordinaria, sino que sencillamente se refieren al inciso anterior, es decir, que lo que se suspende siempre entre cónyuges es la prescripción, sea que la mujer esté separada de bienes o esté divorciada. La no suspensión de la prescripción en favor de la mujer que se encuentra en estos casos sólo rige para los *terceros*.

3) En cuanto al argumento que se deduce de la palabra "*enumeradas*" del artículo 2511 del Código Civil, se dice que dicha palabra está tomada como indicadas, referidas o enunciadas, y no en el sentido de señaladas con números. Y no hay duda que los cónyuges están mencionados en el artículo 2509 al que se remite el 2511.

4) Finalmente, por la propia ubicación de la suspensión en la prescripción ordinaria, aparece claro que se aplica sólo a ésta y no a la extraordinaria.

819. LAS CAUSAS DE SUSPENSIÓN SON TAXATIVAS. La disposición del artículo 2509 del Código Civil, ¿es o no taxativa? En otros términos, ¿podría alegarse otra causal de suspensión fuera de las mencionadas en ese artículo? Parece indiscutible que sólo se pueda aplicar a esas personas que enumera el artículo y no a otras; la enumeración es taxativa.

De aquí se colige que aunque una persona se encuentre en la imposibilidad absoluta y total para interrumpir la prescripción, no se suspende a favor de ella.

820. DIFERENCIAS ENTRE LA INTERRUPTIÓN Y LA SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. La interrupción y la suspensión, que son hechos que se asemejan en cuanto ambos detienen el curso de la prescripción, presentan cuatro diferencias principales:

- 1) La interrupción de la prescripción es fruto o producto de la naturaleza o de un acto del hombre; la suspensión tiene su fuente en la ley, obra de pleno derecho.
- 2) Siendo la suspensión un beneficio de carácter excepcional, sólo puede alegarla aquel en cuyo favor se encuentra establecida; la interrupción puede alegarla cualquiera persona que tenga interés en ella, cuando la interrupción es natural, y el que ha entablado la acción, cuando la interrupción es civil.
- 3) Los efectos de ambos son diversos: la interrupción hace perder todo el tiempo corrido de prescripción; la suspensión sólo produce el efecto de descontar el tiempo que ha durado la causa de la suspensión.
- 4) La interrupción tiene aplicación tanto en la prescripción ordinaria como en la prescripción extraordinaria; a diferencia de la suspensión, que, de acuerdo con el artículo 2511 del Código Civil, sólo se aplica a la prescripción ordinaria, mas no a la prescripción extraordinaria, salvo el caso entre cónyuges, que es discutido.

B. Prescripción Extraordinaria

821. ELEMENTOS PROPIOS. Además de los elementos generales de toda prescripción (prescribibilidad de la cosa y posesión no interrumpida), la extraordinaria tiene como elementos propios la posesión irregular y el lapso de diez años (art. 2510 y 2511).

822. a) POSESIÓN IRREGULAR; LAS POSESIONES VICIOSAS. El Código no dice que la prescripción extraordinaria exige la posesión irregular; pero si se considera que la posesión regular conduce a la prescripción ordinaria y que toda posesión no regular es irregular, lógico es concluir que es esta última el elemento propio de la prescripción extraordinaria.

La teoría común y tradicional sostiene que aunque la posesión sea irregular, en ningún caso debe ser viciosa, porque ésta no es útil para prescribir mientras subsiste el vicio de violencia o clandestinidad. Sin embargo, se ha hecho ver, en contra, que no hay en el Código Civil chileno ninguna disposición que permita afirmar que el poseedor vicioso no puede prescribir adquisitivamente. El artículo 2510 sólo impide prescribir al poseedor vicioso, que alega la prescripción, *cuan-do existe un título de mera tenencia* en virtud del cual detenta la cosa; de aquí se desprende que si el poseedor vicioso tiene a su

favor un título de posesión, o simplemente carece de título, puede prescribir adquisitivamente. La posesión viciosa sólo es un obstáculo para prescribir cuando existe un título de mera tenencia; la disposición rescriptiva no puede extenderse más allá de sus términos^{51a}.

823. b) LAPSO DE DIEZ AÑOS. El lapso necesario para adquirir por la prescripción extraordinaria es de diez años (art. 2511). Este plazo primitivamente era de treinta años, a partir de la Ley N° 6.162 de quince y después de la Ley N° 16.952 (que comenzó a regir en este punto el 1° de octubre de 1969) de diez años, contándose según las reglas dadas por el Código en los artículos 48, 49 y 50.

El hecho de que la cosa sea mueble o inmueble es intrascendente.

Y como lo dice el artículo 2511 en forma expresa, el plazo de diez años corre contra toda persona y no se suspende.

824. LA POSESIÓN IRREGULAR DEBE SER ININTERRUMPIDA, ya que la interrupción es un fenómeno que produce la pérdida del tiempo corrido en cualquier clase de prescripción.

825. EL TÍTULO. LA BUENA FE Y LA TRADICIÓN EN RELACIÓN CON LA PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA. Para la prescripción extraordinaria no se necesita la buena fe, porque basta para ella la posesión irregular y es tal la que carece de uno o más de los requisitos que establece el artículo 702; y entre estos requisitos está la buena fe.

También entre estos requisitos está la tradición, cuando se invoca un título translativo de dominio. Ahora bien, si falta la tradición, hay posesión irregular. Por eso es que el artículo 2510, refiriéndose a la prescripción extraordinaria, dice:

"El dominio de cosas comerciables que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1° *Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.*

2° *Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.*"

No se ve el motivo que ha tenido el legislador para establecer esta disposición, pues la buena fe no es necesaria para la prescripción extraordinaria.

3° *Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias.*

^{51a} En este sentido: EDUARDO BERMEJAS C., *Sobre la utilidad de la posesión viciosa*, artículo publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLV, sec. Derecho, págs. 27 a 36.

1ª Que el 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.

2ª Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

Es evidente que el legislador no ha sido del todo feliz en la redacción de la regla 3ª del artículo 2510. De la simple lectura parece desprenderse que el poseedor no podía prescribir por estar de mala fe, cuando la verdad es que no podría hacerlo por la existencia del título de mera tenencia, por faltar la posesión, elemento indispensable para prescribir. (Esta disposición no hace, pues, sino confirmar que la mera tenencia no da lugar a la prescripción, y que una de sus características es la inmutabilidad.)

826. LA MERA TENENCIA NO DA LUGAR A LA PRESCRIPCIÓN. De los artículos 716, 719, 730 y 2510 del Código Civil, se deduce que la mera tenencia no se cambia en posesión por el solo transcurso del tiempo, por la sola voluntad subjetiva de parte del mero tenedor.

Sin embargo, la alusión que el artículo 716 hace al artículo 2510 podría inducir a pensar que este último contempla un caso que escapa a la afirmación que acabamos de formular. En efecto, el artículo 716 del Código de Bello, después de senar el principio de que "el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión", agrega: "salvo el caso del artículo 2510, regla 3ª." Mas los términos de esta última norma no entrañan excepción al principio general sino que lo confirman. Porque el caso de mutación de mera tenencia en posesión considerado en el artículo 2510 no se opera por el solo lapso de tiempo, sino supone además, el concurso de otros hechos que no dependen de la pura voluntad del tenedor de la cosa. El cambio en referencia surge porque se han realizado actos de parte del mero tenedor y, también, del propietario, actos que alteran la situación jurídica de ambos.

¿Cuáles son tales actos? ¿En qué condiciones puede prescribir extrajudicialmente un sujeto que ha comenzado como mero tenedor de la cosa? Para este logro es necesario que se produzcan las dos circunstancias siguientes:

1ª Que el que pretende ser dueño no pueda probar que en los últimos diez años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; y

2ª Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo.

La presencia copulativa de los dos mencionadas circunstancias indica que el que comenzó como mero tenedor, ha tenido la cosa como señor y dueño: concurren la prueba negativa del desconocimiento del dominio ajeno y la prueba afirmativa de que se obró como poseedor. De este modo, la mera tenencia se convierte en posesión, no ya por la sola voluntad del tenedor ni por el simple transcurso del tiempo, sino también, y esto es lo principal, por negligencia de parte del dueño.

827. SEMEJANZAS ENTRE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA Y LA EXTRAORDINARIA:

1) Ambas conducen a la adquisición del dominio;

2) Tanto una como otra requieren posesión: una, posesión regular, y la otra, posesión irregular;

3) En cuanto al cómputo del plazo, en ambas se aplican las reglas de los artículos 48, 49 y 50 del Código Civil.

828. DIFERENCIAS ENTRE LA PRESCRIPCIÓN ORDINARIA Y LA EXTRAORDINARIA:

1) En la prescripción ordinaria se requiere posesión regular; en la prescripción extraordinaria, posesión irregular;

2) En la prescripción ordinaria, el plazo es de dos o cinco años, según se trate de bienes muebles o de bienes inmuebles; en la prescripción extraordinaria, el plazo es de diez años, sin clase alguna de distinguos;

3) La prescripción ordinaria se suspende en favor de ciertas personas; la prescripción extraordinaria no se suspende, salvo el caso discutido de la prescripción entre cónyuges.

V. PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS REALES QUE NO SON EL DOMINIO

829. REGLAS APLICABLES. El artículo 2498 del Código Civil dice que se gana por prescripción el dominio de las cosas corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Y agrega ese mismo artículo 2498: "Se ganan de la misma manera *los otros derechos reales* que no están especialmente exceptuados".

Hasta aquí hemos visto la prescripción, sus reglas y plazos en la adquisición del dominio. Cabe preguntarse, entonces, ¿qué reglas y plazos de prescripción se aplican a los demás derechos reales? La respuesta la da el artículo 2512. Según esta disposición, la regla general es que en la prescripción de los otros derechos reales se aplican las mismas reglas y plazos del dominio. Así, pues, la prescripción del derecho de hipoteca, usufructo, uso y habitación se rige por las reglas estudiadas.

La Corte Suprema, en una sentencia de 8 de mayo de 1990, declara que la constitución de una hipoteca por quien no es dueño del bien raíz no importa una causal de nulidad sino una de inoponibilidad respecto del verdadero dueño y siendo la hipoteca un derecho real (C. Civil, art. 577), ella es susceptible de ganarse por la prescripción adquisitiva (C. Civil, art. 2498), cuando no ha sido constituida por el dueño.^{31c}

Ahora bien, el artículo 2512, después de preceptuar que los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y que están sujetos a las mismas reglas, agrega que hay excepciones, que son las que enunciaremos a continuación:

^{31c} R. de D. y J., tomo 87, sec. 1ª, págs. 32.

1ª El *derecho de censo*. Se adquiere por prescripción extraordinaria de diez años.

2ª El *derecho de herencia*. Se puede adquirir en dos formas: a) de acuerdo con el artículo 2512, por la prescripción extraordinaria de diez años; y b) por la prescripción ordinaria de cinco años, tratándose del heredero putativo a quien por decreto judicial se ha dado la posesión efectiva de la herencia y al cual sirve de justo título el decreto (arts. 704 y 1269).

3ª El *derecho de servidumbre*. Se adquiere según el artículo 832.

Este dice que las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes *sólo* pueden adquirirse por medio de un título; ni aun el goce inmemorial bastará para constituir las.

Dichas servidumbres no son susceptibles de adquirirse por prescripción. Motivo: les faltan los requisitos de publicidad y continuidad, indispensables para que tenga lugar este modo de adquirir.

Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren como el dominio, pero la *excepción* consiste en que se adquieren *siempre* por prescripción de cinco años, haya posesión regular o irregular y haya o no justo título y buena fe en la inscripción.

VI. EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN

830. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD. El efecto esencial de la prescripción es hacer adquirir el dominio al poseedor una vez que ella se ha cumplido.

831. CÓMO SE REALIZA LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD POR LA USUCAPCIÓN O PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. La adquisición de la propiedad se produce retroactivamente y sólo si el poseedor consiente en la adquisición.

832. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD SE PRODUCE RETROACTIVAMENTE. La prescripción, una vez cumplida, opera retroactivamente, esto es, se reputa dueño al poseedor no sólo a partir del día en que se ha cumplido el plazo de la prescripción, sino también en el pasado, desde el momento en que comenzó a correr la prescripción. Este efecto de la prescripción no lo enuncia expresamente la ley, pero se deduce, por ejemplo, del artículo 1736 del Código Civil, según el cual no ingresan a la sociedad conyugal los bienes adquiridos por prescripción iniciada antes del matrimonio y cumplida durante la sociedad; si no tuviera efecto retroactivo la prescripción, dichos bienes ingresarían al haber social y no serían propios del correspondiente cónyuge.

El principio de la retroactividad se fundamenta o justifica, según algunos, como Colin y Capitant, en razón de que el tiempo prolongado de la posesión pacífica hace presumir que el antiguo dueño o reivindicante actual no tiene derecho, habiendo abdicado de su propiedad por un acto anterior, del que, por desgracia, el poseedor no puede encontrar la prueba.

A juicio de otros, como Mazeaud, el principio de la retroactividad se ha establecido en interés de los terceros, a fin de poder consolidar todos los actos que han sido realizados por el poseedor sobre la cosa desde el comienzo de la posesión. Y, así, la hipoteca constituida por el poseedor antes de cumplido el plazo de prescripción, queda a firme, pues se reputa que el poseedor es dueño desde que comenzó a prescribir y, por tanto, tenía derecho a constituir hipoteca; su acreedor hipotecario puede ejercer todos los derechos. Y a la inversa, todos los actos realizados por el verdadero dueño en contra del cual obró la prescripción, pierden su efecto, pues se estima que perdió la propiedad no desde el día en que se cumplió el plazo de prescripción sino desde la fecha en que ésta comenzó. Como anota Mazeaud, son sacrificados los terceros que trataron con el primer propietario. La ley prefirió inclinarse en favor de terceros que entraron en relaciones jurídicas con el poseedor, porque ellos tenían fundamento para creer que se entendían con el verdadero propietario: el poseedor es el que presenta externamente apariencia de dueño, como quiera que es él quien realiza los actos de señorío sobre la cosa y lo normal y lógico, cuando se negocia respecto a ella, es dirigirse al que la tiene en su posesión.

833. CONSECUENCIAS DE LA RETROACTIVIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN. 1) Los frutos producidos por la cosa desde el comienzo de la prescripción pertenecen al poseedor que ha prescrito; y como es considerado dueño desde esa fecha, no se encuentra obligado a devolverlos aun cuando haya estado de mala fe.

2) Los gravámenes impuestos por el prescribiente durante el plazo de prescripción quedan a firme, se consolidan.

3) Y, por el contrario, los gravámenes impuestos por el antiguo dueño durante el plazo de prescripción, son inoponibles al poseedor.

834. LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD SÓLO SE PRODUCE SI EL POSEEDOR CONSENTIÓ EN ELLA. Hemos dicho al comenzar el estudio de la prescripción que si bien ésta desempeña un papel socialmente útil, puede, a veces, encubrir una injusticia o una incorrección desde el punto de vista moral. Por eso la ley deja a la conciencia del prescribiente el que se aproveche o no de la prescripción. De ahí que, por un lado, pueda renunciarse a ella, por otro, esté en la necesidad de alegarla. Ya nos hemos referido a estos puntos (Nºs 771 a 773). Ahora nos limitaremos a tratar la posibilidad de alegar la prescripción por vía de acción y por vía de excepción.

835. ALLEGACIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN POR VÍA DE ACCIÓN Y POR VÍA DE EXCEPCIÓN. Algunos sostienen que la prescripción adquisitiva puede ser alegada por vía de acción y por vía de excepción; otros dicen que sólo lo puede ser por vía de excepción, y, finalmente, una última opinión expresa que la prescripción adquisitiva debe ser alegada por vía de acción y no de excepción.

a) Los que afirman que sólo es procedente la vía de excepción manifiestan que, según la concepción civilista de la acción, ésta siempre nace de un derecho y la prescripción no es un derecho sino un modo de adquirir, de

manera que no se divisaría cuál sería el derecho deducido en juicio en la acción de prescripción adquisitiva. En consecuencia, si ésta no es una acción, necesariamente debe ser una excepción y, como tal, debe ser invocada. Cuando el demandante, agregan esos autores, alega la prescripción adquisitiva, lo que hace es invocarla como causa de pedir de la acción correspondiente. Así, cuando para recuperar la posesión de la cosa, el prescribiente entabla la acción reivindicatoria, ¿qué es lo que arguye el titular? Sencillamente dice pedir la cosa de que no está en posesión porque es dueño de ella, y lo es por haberla adquirido por prescripción.³²

b) Los que piensan que la prescripción adquisitiva debe hacerse valer por vía de acción, niegan que ésta siempre nace de un derecho, y así lo probaría la existencia de acciones de nulidad y posesorias, reconocidas en forma expresa por nuestro legislador y que, precisamente, no nacen de ningún derecho real o personal.³³

Por otra parte, se añade, debe recordarse que toda excepción perentoria es una defensa del demandado que tiene por objeto enervar, matar, destruir, aniquilar, extinguir la acción del demandante, y la prescripción adquisitiva no tiene por único fin enervar los fundamentos de la demanda, privar al demandante de los medios de perseguir el pago de su acreencia (como ocurre con la prescripción extintiva, que destruye los medios de hacer cumplir la obligación y no a ésta propiamente), sino obtener el reconocimiento del dominio del demandado, sobre la cosa que se pretende reivindicar, por la existencia de un modo de adquirir sin conexión alguna con el título del actor ni los fundamentos de la demanda. El prescribiente demandado al oponer la prescripción adquisitiva al demandante, debe hacerlo en una reconvencción, esto es, en una contademanda, en la que pida, por vía de acción, la declaración de la prescripción adquisitiva y, como consecuencia, el reconocimiento de su dominio por haber operado ese modo de adquirir: la adquisición del prescribiente demandado tiene la virtud de extinguir el derecho correspondiente del actor, el antiguo dueño de la cosa.

En síntesis, cuando el prescribiente *demandado*, los derechos que le concede la prescripción adquisitiva deben ser ejercidos por las acciones que compete. Y en tales casos podría invocar la prescripción adquisitiva como causa de pedir; por ejemplo, cuando pide la restitución de la cosa de que no está en posesión mediante la acción reivindicatoria. Cuando el prescribiente es el *demandado*, debe oponer la acción reivindicatoria en una reconvencción y ha de hacerlo por vía de acción. En consecuencia, cualquiera que sea la posición procesal del prescribiente, nunca puede entablar la prescripción adquisitiva como excepción perentoria.

Jurisprudencia. La jurisprudencia no es clara ni uniforme en el punto que se examina. Algunos fallos aceptan o dan a entender que la prescripción

³² En este sentido: H. Múzquiz S., ob. cit., págs. 53 a 62, N° 21 a 27.

³³ En este sentido: L. E. Contreras A., *De la prescripción extintiva civil*, memoria de prueba, Concepción, 1955, págs. 108 a 117, N° 335 a 337.

adquisitiva puede alegarse por vía de acción y por vía de excepción,³⁴ otros resuelven enfáticamente que debe alegarse como acción,³⁵ y, finalmente, algunas sentencias aceptan la excepción de prescripción adquisitiva, pero la mayoría de las que siguen esta tendencia no agregan que dicha prescripción debe entablarla necesariamente por esa vía.³⁶

836. LA ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DEBE HACERSE VALER EN LA RECONVENCIÓN. La reconvencción es una demanda contraria que efectúa el demandado contra el demandante en el mismo proceso o juicio que éste entabló contra aquél. En ella el demandado ejerce una acción contraria e independiente de la acción del demandante y cuyos efectos puede neutralizar. Todavía más, en nuestra legislación procesal no se exige, como en la alemana, que haya algún nexo entre la acción primitiva y la reconvenccional o entre ésta y las excepciones o defensas del demandado que hace valer al mismo tiempo la reconvencción.

Ahora bien, los que aceptan la existencia de la acción de prescripción adquisitiva dicen que la forma de oponerla es precisamente reconveniendo, deduciéndola en reconvencción. Así lo ha dicho, entre otras, una sentencia de la Corte de Temuco, según la cual "la prescripción adquisitiva alegada por el demandado no debe ser interpuesta como simple defensa destinada a enervar la acción ejercitada en contra suya, pues respecto a ella es menester una declaración expresa del tribunal por ser una materia ajena a la controversia misma trabada en la demanda y su contestación."³⁷ La Corte Suprema ha resuelto que "deducida en juicio ordinario la acción de petición de herencia, debe oponerse como reconvencción la prescripción adquisitiva del mismo derecho."³⁸ Finalmente, la Corte de Concepción señala que la prescripción adquisitiva debe hacerse por el demandado a través de la vía procesal de la acción, reconveniendo; no puede prosperar si se esgrime como excepción perentoria.^{37b}

³⁴ Corte Suprema, 17 de octubre de 1918, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XVI, sec. 1ª, pág. 301; Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXI, sec. 1ª, pág. 595; Corte Suprema, 4 de abril de 1946, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 418.

³⁵ Corte de Santiago, 20 de septiembre de 1919, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIX, sec. 1ª, pág. 479; Corte de Temuco, 6 de mayo de 1940, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIX, sec. 1ª, pág. 479; Concepción, 1940, pág. 2667 (considerandos 15 a 19, págs. 2673 a 2674); Corte Suprema, 13 de mayo de 1946, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 467.

³⁶ Corte de Santiago, 8 de enero de 1927, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, sec. 2ª, pág. 1; Corte Suprema, 12 de enero de 1944, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLII, sec. 1ª, pág. 23; Corte Suprema, 4 de abril de 1946, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIII, sec. 1ª, pág. 418; Corte Suprema, 15 de diciembre de 1947, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLV, sec. 1ª, pág. 324.

³⁷ Sentencia de 6 de mayo de 1940, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* de la Universidad de Concepción, año VIII, Concepción, 1940, pág. 2667. En el mismo sentido: Corte de Santiago, 20 de septiembre de 1919, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIX, sec. 1ª, pág. 479.

^{37b} Sentencia de 9 de septiembre de 1966, *R. de D. y J.*, tomo LXXII, sec. 1ª, pág. 386. De esta sentencia cita aquí, en la nota 8, diversos fallos sobre cómo debe hacerse valer en juicio la usucapción o prescripción adquisitiva.

Naturalmente, los que sostienen que la prescripción adquisitiva constituye una excepción y no una acción, arguyen, consecuentemente, que la prescripción adquisitiva no puede oponerse en la reconvencción, porque en esta como en toda demanda, lo que se hace valer son las acciones y no las excepciones o los medios de defensa destinados a enervar las acciones del primer demandante.³⁸

837. OPORTUNIDAD EN QUE DEBE ALEGARSE LA PRESCRIPCIÓN DENTRO DEL JUICIO. Nuestro Código de Procedimiento Civil dispone que las excepciones perentorias deben oponerse en la contestación de la demanda (art. 309, N° 3°). Sin embargo, agrega que las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en *cualquier estado de la causa*, pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda (art. 310, inciso 1°).

Lógicamente, si la prescripción adquisitiva se alega como acción o si se considera que sólo como tal puede hacerse valer, deberá enablar al formular la demanda o en la reconvencción al momento de contestarse la demanda, pero no en cualquier otro estado del juicio. Por el contrario, si se hace valer como excepción y se admite que como tal puede hacerse valer, es indudable que la prescripción adquisitiva podrá alegarse en cualquier estado del juicio.³⁹

La jurisprudencia ha dicho que la prescripción adquisitiva, como modo de adquirir que es, y por la declaración de dominio que persigue, es por su naturaleza de lato conocimiento. Por ello, aunque el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, al referirse a la prescripción, no la haya limitado ni haga distinción alguna a su respecto, no puede estimarse incluida en esa referencia. Tal precepto no ha podido sino aludir únicamente a la prescripción extintiva con que terminan las acciones judiciales provenientes de un vínculo de obligación y que no corresponde a la prescripción adquisitiva. En consecuencia, es improcedente la excepción de prescripción adquisitiva opuesta por el demandado en segunda instancia en ejercicio del derecho que confiere el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil.^{39a}

838. LA PRESCRIPCIÓN DEBE ALEGARSE EN TÉRMINOS CONCRETOS. La prescripción debe alegarse, no en términos genéricos, sino en los términos concretos aplicables al caso de que se trata, pues el juez no puede declarar de oficio los elementos con que debe ser alegada para poder decidir si es procedente. Y, así, debe expresarse la fecha precisa desde la cual comenzó a correr el plazo, ya que en la

³⁸ En este sentido: Méndez, ob. cit., págs. 63 a 66.

³⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo III, sec. 1°, pág. 96; tomo VIII, sec. 1°, pág. 80; tomo XVI, sec. 1°, pág. 216; tomo XXI, sec. 1°, pág. 593; tomo XLIII, sec. 1°, pág. 487.

^{39a} C. de Santiago, 16 de julio de 1952, R. de D. y J., tomo XLIX, sec. 2°, pág. 100; C. Suprema, 9 de septiembre de 1966, R. de D. y J., tomo LXXII, sec. 1°, pág. 336.

prescripción es tan importante el lapso de tiempo y la posesión o la inacción en su caso, como la invocación o alegación.⁴⁰

839. QUÉNES PUEDEN ALEGAR LA PRESCRIPCIÓN. Desde luego, puede alegar la prescripción el poseedor, como quiera que en su beneficio se encuentra establecida. Del mismo modo, los sucesores del prescribiente (herederos, legatarios), comprendiéndose los cesionarios, que son los que suceden al titular por acto entre vivos. Pero no puede alegar la prescripción adquisitiva el que es dueño de la cosa, ya que ella es un modo de adquirir las cosas ajenas.⁴¹

¿Puede un acreedor ejercer el derecho de alegar la prescripción que se opera a favor de su deudor? Se dice que no, porque en nuestra legislación positiva no hay una disposición general que consagre tal derecho a favor de los acreedores.⁴² Hay, sí, una norma especial relativa al fador, quien puede oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor (art. 2496).

840. CUÁNDO ENTRA EL BENEFICIO DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL PATRIMONIO DEL PRESCRIBIENTE. El hecho de que la prescripción deba ser alegada por el que quiera aprovecharse de ella (art. 2493), no significa que el beneficio que ella envuelve se considere incorporado al patrimonio del prescribiente sólo a partir de esa alegación; el beneficio lo adquiere el prescribiente desde el momento mismo en que se cumplen los requisitos legales de la prescripción, y el fallo que comprueba o reconoce ésta se limita a declarar la existencia de un hecho ya producido, y a deducir de él las consecuencias jurídicas que le son propias. En cuanto al efecto retroactivo de la prescripción, nos remitimos a las explicaciones oportunamente dadas.

841. INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA PRESCRIPCIÓN DE UN DERECHO REAL CONSTITUIDO EN UN BIEN RAÍZ. La sentencia que declara la prescripción adquisitiva del dominio de un bien raíz o de cualquier otro derecho real constituido en él, deberá inscribirse en el Registro Conservatorio del territorio en que esté ubicado el inmueble, por disponerlo así el artículo 52 del Reglamento del Conservador, en la parte final del N° 1°, y los artículos 697, 698 y 2513 del Código Civil.

Anteriormente ya hemos dicho cuál es el objeto de esta inscripción: no representa el papel de tradición, es decir, de modo de adquirir, porque el

⁴⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVII, pág. 549.

⁴¹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XVIII, sec. 1°, pág. 482.

⁴² A raíz de una tercera de dominio interpuesta en el juicio ejecutivo deducido por el acreedor hipotecario, la Corte Suprema declaró que este último no puede alegar en su beneficio la prescripción adquisitiva que favorezca al deudor. En voto disidente, los ministros señores Trucco, Scheppler y Penagallo estimaron que el acreedor ejecutante puede oponer al tercero de dominio todas las excepciones que podrá deducir el ejecutado para sostener su dominio. En este mismo juicio, el juez de primera instancia y la Corte de Apelaciones expresaron que ningún acreedor, hipotecario o no, puede alegar esa prescripción (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXV, sec. 1°, pág. 424).

modo de adquirir es la *prescripción*, y no puede adquirirse una misma cosa por dos modos diferentes. En este caso, la inscripción responde a la segunda de las finalidades que la ley le atribuye, esto es, la de dar publicidad a la propiedad raíz, colocándola en un cuadro a la vista de todos, y manteniendo la continuidad de su historia. Esa inscripción tiene por objeto colocar al inmueble bajo el régimen de la posesión inscrita. En seguida, la inscripción de la sentencia judicial que declara la prescripción constituye una *medida de publicidad dirigida a proteger a los terceros*, pues sin su competente inscripción dicha sentencia es *inoponible a terceros*, no los afecta o, como dice el artículo 2513, no vale contra ellos.

VII. PRESCRIPCIÓN CONTRA TÍTULO INSCRITO

842. NECESIDAD DE OTRO TÍTULO: FECHA DESDE LA CUAL COMIENZA A CORRER LA PRESCRIPCIÓN. Según el artículo 2505, "contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo".

Esta disposición es un simple corolario del artículo 728, que impide adquirir la posesión de inmuebles inscritos por actos de apoderamiento material. Se explica que el artículo 2505 sea consecuencia lógica del artículo 728, porque si conforme a éste no se puede poseer, tampoco se podrá prescribir, como quiera que la prescripción tiene por fundamento a la posesión.

843. CUESTIONES SUSCITADAS POR EL ARTÍCULO 2505. Son dos. La primera plantea el problema de si el título inscrito que habilita para prescribir debe emanar necesariamente del primitivo poseedor inscrito contra el cual se hace valer la prescripción; en otras palabras, ¿puede estar totalmente desligado el título del prescribiente respecto del título en contra del cual se prescribe?

La segunda cuestión consiste en saber si el artículo 2505 se refiere sólo a la prescripción ordinaria o también a la extraordinaria.

A. *Inscripción desligada de la anterior*

844. PLANTAMIENTO DEL PROBLEMA: TEORÍAS. Si la inscripción de un título está completamente desligada de la inscripción anterior, ¿tiene el segundo título inscrito la virtud de permitir la prescripción en contra del primero? Ejemplo: Primus es poseedor inscrito; Secundus, su arrendatario, dándose por dueño del inmueble, lo usurpa y lo vende a Tertius, inscribiendo éste su título; ¿podría este último prescribir en contra de Primus?

Algunos sostienen que la inscripción desligada real y aparentemente de la del primitivo poseedor inscrito no pone fin a la posesión e inscripción de

éste; por tanto, no da lugar a posesión y, consecuentemente, no habilita para prescribir. Otros sustentan la teoría contraria.

Como se comprenderá, la cuestión discutida se encuentra estrechamente vinculada con el alcance que se dé a los artículos 728 y 730 del Código Civil, ya estudiados. Si se considera que la *inscripción competente* de que habla este último es la inscripción que emana del verdadero poseedor, se deduce que la inscripción del título que no emana del primer poseedor inscrito no da la posesión ni permite prescribir en contra de éste. Por el contrario, si se considera que la inscripción competente es simplemente la que reúne los requisitos de la ley, del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, debe concluirse que una inscripción totalmente desligada de la anterior puede cancelar la primera inscripción, dar la posesión y, por ende, habilitar para prescribir en contra del primer poseedor inscrito.

845. a) TEORÍA SEGÚN LA CUAL LAS INSCRIPCIONES DE LOS TÍTULOS DEBEN ESTAR LIGADAS EN ALGUNA FORMA. *Afirmación de esta teoría.* Aunque la persona que invoca la prescripción tenga título inscrito, éste no le da la posesión legal necesaria para prescribir si no se deriva del poseedor inscrito; al establecer el artículo 2505 que contra el título inscrito sólo tiene lugar la prescripción adquisitiva en virtud de *otro título inscrito*, se refiere a un título cuya inscripción esté ligada en alguna forma (real o aparente) con la inscripción del primer título, con la inscripción del título en contra del cual se aduce la prescripción.

Razones. Conforme al artículo 728, para que cese la posesión inscrita es menester que la inscripción se cancele, sea por decreto judicial, o por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho. Como se ve, en cuanto a la nueva inscripción (que es el caso que corresponde), sólo la inscripción del poseedor que transfiera su derecho tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior. Por tanto, la inscripción que no emana de él, la del usurpador, no pone fin a la posesión inscrita anterior; ésta subsiste e impide la existencia de otra posesión, porque toda posesión es un estado exclusivo; no teniendo posesión el que exhibe un título inscrito emanado de una persona que no es el poseedor inscrito, no puede prescribir.

No contraría esta interpretación el artículo 730, al expresar que si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, *sin la competente inscripción*, pues ésta sería la única capaz de cancelar la inscripción anterior, y tiene tal virtud la que emana del poseedor inscrito y no la de un extraño, como el usurpador. ¿Y cuáles serían estas situaciones en que el adquirente del usurpador podría tener competente inscripción, emanada del poseedor inscrito? Entre otras, las siguientes: a) cuando el dueño ratifica la venta efectuada por otra persona sin su autorización (art. 1818); b) cuando el usurpador, después de enajenar el inmueble, lo adquiere por acto entre vivos o por causa de muerte, valiéndose retroactivamente la venta (art. 1819); c) cuando el usurpador, suplantando al verdadero dueño, vende

el inmueble inscrito usurpado: la inscripción de este título no justo cancela-
ría la inscripción vigente.

Aplicaciones prácticas del artículo 2505. "Reconoce esta doctrina que debien-
do emanar la nueva inscripción del poseedor inscrito anterior, en la práctica
ocurrirá ordinariamente que el adquirente, al inscribir su título, se hará
dueño por tradición del inmueble y, por tanto, no tendrá necesidad de
recurrir al modo de adquirir llamado prescripción. Sin embargo, se sostiene,
pueden presentarse diversos casos que confirmarían la tesis según la cual la
nueva inscripción debe emanar del poseedor inscrito para que proceda la
prescripción.

Tal ocurrirá, tratándose de *títulos justos*, cuando la tradición no opera
la transferencia del dominio por no llenar alguno de los requisitos exigidos
por la ley para su validez. En una situación semejante, no se transferiría el
dominio en razón de no ser válida la tradición, pero cancelada la inscrip-
ción vigente por medio de la nueva inscripción en que el poseedor inscrito
transfiere su derecho al adquirente, cesa la posesión anterior y comienza la
nueva, mediante la cual puede llegar a la prescripción adquisitiva del in-
mueble. Por ejemplo, si otorgado válidamente el título de compraventa de
un inmueble inscrito, el vendedor se resiste más tarde a hacer la tradición y
contra la voluntad se le lleva al Registro del Conservador obligándosele a
firmar la correspondiente inscripción, la tradición del dominio no valdría
porque no se habría efectuado voluntariamente (C. Civil, art. 672); pero si
la nueva inscripción permanece vigente, porque el vendedor no entabla las
acciones del caso, podría el comprador adquirir por prescripción el domi-
nio del inmueble a virtud de su título emanado del poseedor anterior.
Estos ejemplos podrían repetirse en todos los casos en que, según la ley, no
se ha efectuado una tradición válida."⁴³

"Pero es en los casos de inscripción de un *título no justo* en los que, según
esta teoría, tendría una aplicación más vasta el artículo 2505, interpretado en
la forma que hemos señalado.

Recordemos el ejemplo que ponía esta misma teoría al interpretar el
artículo 730: el del usurpador que suplantando al poseedor inscrito, enajena
el inmueble. La inscripción que verifica el adquirente cancela la inscripción
anterior, ya que procede aunque sea aparentemente del poseedor inscrito.
Ahora bien, semejante enajenación no habría trasladado el dominio, pues el
que aparece transfiriendo no es el verdadero dueño de la cosa. Pero, de
acuerdo con el artículo 683, la tradición verificada por el que no es dueño,
da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de
ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el
tradente no haya tenido ese derecho. Así, el enajenador habría otorgado a
favor del adquirente un título no justo, falsificado; mas, si dicho adquirente
lo inscribe y la inscripción se hace sobre la del título anterior, para lo cual no

habría inconveniente en razón de revestir el título todas las apariencias de la
legalidad, se habrá verificado una inscripción competente, en que el posee-
dor inscrito aparece transfiriendo un derecho a otro y, por consiguiente, se
habrá puesto término a la posesión anterior, y se habrá dado, asimismo,
origen a una nueva posesión inscrita.

Esta posesión, en razón de ser injusto el título de que procede, será
irregular y, por lo tanto, servirá sólo para prescribir extraordinariamente el
inmueble inscrito a virtud de esta nueva inscripción ligada, como lo quiere la
ley, a la inscripción anterior.

Análogo a este caso es aquel en que el título es conferido por una perso-
na en calidad de mandatario o de representante legal de otra sin serlo, lo
mismo que cualquiera otro de los casos en que no existe un título justo para
el adquirente, en conformidad al artículo 704 del Código Civil.⁴⁴

Defensores de esta teoría. Entre los principales sostenedores de la teoría de
que el nuevo título inscrito a que se refiere el artículo 2505 debe emanar
forzosamente del poseedor inscrito anterior, se cuentan don Arturo Alessan-
dri Rodríguez y don Alejandro Lira. El primero la expuso en su cátedra y en
el alegato publicado con el nombre *Prescripción de bienes inscritos* (Santiago,
1924). El segundo la desenvuelve principalmente en dos alegatos publicados
con los nombres de *Contra título inscrito* (Santiago, 1917) y *El régimen de la
inscripción conservatoria* (Santiago, 1927).

846. b) Teoría según la cual las inscripciones de los títulos pueden estar
disociadas. a) *Afirmación de esta teoría.* Para cancelar la inscripción existente y
obtener posesión del inmueble que se pretende prescribir, no se requiere
relación alguna entre la inscripción anterior y la posterior. La prescripción
contra título inscrito es posible a virtud de otro título inscrito, que bien
puede no emanar del poseedor inscrito anterior, sino de un tercero que
enajena como propio el bien raíz y hace entrega material del mismo al
adquirente que inscribe su título de enajenación.

b) *Razones.* 1) Si bien el artículo 728 establece que para que cese la pose-
sión inscrita es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las
partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su
derecho a otro, o por decreto judicial, es de observar que el inciso 2º del
artículo 730 se pone en el caso en que el mero tenedor de ese inmueble
inscrito lo enajene a su nombre, y en este evento el adquirente mediante la
competente inscripción adquiere para sí la posesión poniendo fin a la pose-
sión anterior. Esta competente inscripción no puede ser la que emane del
poseedor inscrito, pues ese caso lo considera el artículo 728 y no es dable
suponer semejante *redundancia*. Por tanto, es forzoso concluir que la ley al
hablar de competente inscripción se está refiriendo a aquella que se efectúa
de acuerdo con los requisitos exigidos por el Reglamento del Conservador de

⁴³ Lira, *El régimen de la inscripción conservatoria*, alegato, Santiago, 1927, citado por J. Herrera
Suva, *Nuestro sistema posesorio inscrito*, memoria de prueba, Santiago, 1936, pág. 143.

⁴⁴ Herrera Suva, *Nuestro sistema posesorio inscrito*, pág. 145.

Bienes Raíces. La nueva inscripción así practicada tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior que exista sobre la misma propiedad.

2) Si el título del prescribiente debiera emanar forzosamente del poseedor anterior, *éste no podría reivindicar*: se opondría a ello la obligación de garantía que pesa sobre el que transfiriere una cosa a título oneroso; por otra parte, el nuevo poseedor no tendría para qué aislarse en la prescripción, sino que se limitaría a invocar la tradición como modo de adquirir. Y es de notar, sin embargo, que nuestros tribunales continuamente aceptan reivindicaciones del antiguo poseedor inscrito contra el actual y este último invoca para defenderse la prescripción.

3) El artículo 2505 carecería de sentido si la ley no hubiera admitido la posibilidad de una inscripción que no proceda del poseedor inscrito. En efecto, si para que sea competente la inscripción es menester que emane del poseedor inscrito que transfiriere en ella su derecho a otro, es evidente que no podría presentarse el caso de prescripción contra un título inscrito, puesto que sólo puede prescribir el que posee contra el propietario que no posee, y el antiguo poseedor inscrito no tendría la calidad de propietario, pues la habría perdido al transferir su derecho a otro por la nueva inscripción.

4) El artículo 2505 no contiene la exigencia de que el título deba emanar del anterior poseedor, aunque sólo sea aparentemente (como el caso del falso mandatario o del que teniendo el mismo nombre del poseedor inscrito se hace pasar por éste).

5) Pretender que la segunda inscripción debe emanar real o aparentemente del antiguo poseedor, es darle a la inscripción el carácter de modo de adquirir derivativo, en tanto que por su esencia es originario.

6) Si la nueva inscripción hubiera de proceder necesariamente del poseedor inscrito, para que se pudiera estimar cancelada la inscripción anterior o iniciada una nueva posesión, ya no se trataría del caso en que se pone el artículo 2505, de una prescripción "contra un título inscrito", sino simplemente de una tradición, en virtud de la cual el poseedor inscrito transferiría su derecho a otro. Este se haría dueño de la cosa por el modo de adquirir tradición y no necesitaría recurrir a la prescripción.

La teoría contraria señala algunos casos muy rebuscados en que el adquirente del poseedor inscrito no adquiere el dominio por tradición, sino por prescripción. Pero se objeta que ellos son tan excepcionales que no permiten fundar una teoría interpretativa de disposiciones legales. Todavía más, no puede decidirse en el ejemplo del vendedor a quien se obliga a realizar la inscripción contra su voluntad, que tal inscripción "emana" de él; en cuanto a la situación del tercero que suplantó al poseedor inscrito y enajena el inmueble, tampoco es posible sostener que el nuevo título emana de dicho poseedor inscrito y que existe entre ambas inscripciones (entre la de este último y la realizada a favor del adquirente del suplantador) la debida continuidad, pues el que aparece enajenado no es el poseedor inscrito.

7) No es efectiva la afirmación de la doctrina contraria de que si la nueva inscripción emana de un tercero confiriere posesión, habría pluralidad de posesiones en oposición al carácter exclusivo de la posesión sobre una misma

cosa. La inscripción emanada de un tercero, conforme al artículo 730, es una inscripción competente que pone fin a la posesión anterior; el poseedor inscrito que era dueño sólo conserva el dominio, pero pierde la posesión, que pasa a manos del tercero que ha adquirido del usurpador y ha inscrito su título. Y es por eso que el primer poseedor inscrito puede ejercer contra este tercero la acción reivindicatoria, que es precisamente la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela (art. 889).

8) Es falso, como pretenden los adversarios, que si se admitiera la teoría según la cual la nueva inscripción emanada de un tercero confiere posesión, se produciría un vacío en la historia de la propiedad raíz, pues precisamente para llenarlo la ley obliga a inscribir la sentencia que reconoce la prescripción adquisitiva (C. Civil, art. 689 y 2513; Reglamento del Registro Conservatorio, art. 52, N° 1°).

9) En cuanto a la continuidad de los poseedores inscritos, es natural que ella cese. Y así lo comprendió el legislador al establecer en el mismo artículo 2505 que la prescripción se comienza a contar desde la nueva inscripción, derogando así el principio general que permite añadir la posesión del anterior a la del sucesor, pues el título de éste no emana de aquél, y es lógico por tanto que no tenga lugar la suma o accesión de posesiones.

10) La única interpretación del artículo 2505 conciliable con las demás disposiciones del Código es la de que la prescripción contra título inscrito es posible a virtud de otro título inscrito, que bien puede no emanar del poseedor inscrito anterior, sino de un tercero que enajena como propio un inmueble y hace entrega material del mismo al adquirente que inscribe su título de enajenación.

En efecto, "tenemos, en primer lugar, que el artículo 728 consagra la eficacia de la posesión inscrita mientras no se cancele la inscripción por cualquiera de las tres maneras que dicha disposición señala. Mientras subsista la inscripción, no obstante el apoderamiento que haga un tercero de la cosa sobre la cual recae el título inscrito, no se pierde la posesión por una parte ni se adquiere por otra. Pero relacionando este precepto con el artículo 730, se explica su alcance en el sentido de que aquella firmeza y vigor de la posesión inscrita está limitada al caso de la aprehensión material que haga un tercero de la propiedad inscrita, sin que medie de su parte nueva inscripción. Desde que interviene una nueva inscripción, que es el caso del artículo 730, inciso 2°, se pierde la posesión para el primer inscrito y se adquiere para el segundo; el artículo 728 se refiere, pues, al caso del apoderamiento por un tercero del inmueble inscrito sin nueva inscripción. Y el artículo 730 al caso del tercero que apoderándose de dicho inmueble lo enajena y el título logra inscribirse. En este caso, se pierde la posesión por una parte y se adquiere por otra. Entendidos así estos artículos, guardan perfecta armonía con el precepto del artículo 2505, que consagra la prescripción contra título inscrito a virtud de una nueva inscripción que, según se ha tratado de demostrar, no es necesario que emane del poseedor inscrito, sino de un tercero que

usurpa el bien raíz y lo enajena, inscribiéndose el título de enajenación y haciéndose entrega al adquirente de la tenencia material del inmueble".⁴⁵

Los sostenedores de la opinión aquí expuesta insisten en que para que la nueva inscripción confiera posesión al adquirente del tercero que enajena un inmueble inscrito ajeno, es necesario que *exista acompañada de la tenencia material del inmueble*, pues no se puede prescindir, conforme al artículo 700 del Código, del carácter de hecho que representa la posesión, que es, por definición, la *tenencia* de una cosa con ánimo de señor y dueño. Con esta inteligencia se evita dar efectos posesorios a las meras inscripciones de papel.

3) *Defensores de esta teoría.* Entre otros, pueden citarse don Oscar Dávila, don Leopoldo Urrutia, don Luis Claro Solari, don Manuel Somarriva, don Jorge Herrera Silva, don José Claro Vial, etc.⁴⁶

847. JURISPRUDENCIA. En la jurisprudencia se encuentran sentencias que aceptan una y otra teoría; pero en este último tiempo nuestros tribunales parecen inclinarse por la interpretación que no requiere vinculación alguna entre la inscripción posterior y la anterior, en los términos explicados.⁴⁷

B. Aplicabilidad del artículo 2505 a la prescripción extraordinaria

848. ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE UN INMUEBLE INSCRITO; NECESIDAD DE TÍTULO INSCRITO. TEORÍAS. El artículo 2505, ¿se refiere exclusivamente a la prescripción ordinaria o se aplica también a la extraordinaria? ¿Puede adquirirse por la prescripción extraordinaria un inmueble inscrito, sin necesidad de título inscrito? Dos teorías hay al respecto.

a) Don Ruperto Bahamonde, seguido por don Juan Esteban Montero, afirma que el artículo 2505 se refiere sólo a la prescripción ordinaria; en consecuencia, un inmueble inscrito se puede adquirir por prescripción extraordinaria sin necesidad de título inscrito. En conformidad a esta doctrina, el individuo que se apodera materialmente de un inmueble inscrito, y lo posee durante diez años sin violencia, clandestinidad ni interrupción, se hace dueño de él por la prescripción extraordinaria.

⁴⁵ HERRERA SILVA, *Nuestro sistema posesorio inscrito*, págs. 150-151.

⁴⁶ OSCAR DÁVILA, *Posesión y prescripción de inmuebles inscritos*. Santiago, 1928; LEOPOLDO URRUTIA, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil Chileno", en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXI; CLARO SOLAR, ob. cit., tomo VII, N° 893, pág. 569. SOMARRIVA, teoría que sostiene en su cátedra y que resume en la sentencia que como miembro integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago redactó el 28 de octubre de 1943 (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, sec. 2ª, pág. 9); HERRERA SILVA, ob. cit., págs. 139 y siguientes; CLARO VIAL, *La posesión inscrita ante la doctrina y la jurisprudencia*, Memoria de Prueba, Santiago, 1938, págs. 255 y siguientes.

⁴⁷ Véase en este sentido: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomos XXVI, sec. 1ª, pág. 241; XII, sec. 2ª, pág. 10; XLIII, sec. 2ª, pág. 65; XLVII, sec. 1ª, pág. 311. En sentido contrario: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomos XXI, sec. 1ª, pág. 351; XXX, sec. 1ª, pág. 205, etc.

En abono de esta tesis se argumenta:

1) Que el Mensaje dice que el lapso de treinta años (plazo antiguo de la prescripción extraordinaria) consolida todos los derechos y extingue todas las obligaciones, de tal manera que nadie puede reclamar después de este espacio de tiempo un derecho que no ha ejercido.

2) Que el artículo 2510, que rige la prescripción extraordinaria, no exige título alguno.

3) Que para la prescripción extraordinaria basta la posesión irregular, y que es tal la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702.

4) Que uno de los requisitos es la tradición, la cual en el caso de los inmuebles se verifica por medio de la inscripción, de tal manera que si falta la inscripción, quiere decir que falta la tradición, lo que hace que la posesión sea irregular y sólo sirva para adquirir por prescripción extraordinaria.

Agregase que de no aceptarse esta doctrina, jamás habría prescripción extraordinaria contra título inscrito y se llegaría al absurdo de que la ley protege al propietario negligente, en perjuicio del que trabaja en el inmueble.

La Corte de Santiago acoge esta opinión en una sentencia del año 1927.⁴⁸

b) La opinión contraria cuenta con la casi unanimidad de los tratadistas (Fabres, Aguirre Vargas, Claro Solari, Barros, Errázuriz, Alessandri) y es la que ha triunfado en la jurisprudencia. Según ella, en contra de un título inscrito no hay prescripción ordinaria ni extraordinaria, sino en virtud de otro título inscrito, de manera que la regla del artículo 2505 es absoluta. Las razones que hay para pensar así son las siguientes:

1) El artículo 2505, que no establece distinción alguna entre prescripción ordinaria y extraordinaria, a diferencia de otros artículos en que se habla especialmente de una u otra especie de prescripción. La colocación misma que el artículo tiene hace ver que el legislador no ha querido hacer distinciones, puesto que lo colocó antes del artículo 2506, que divide la prescripción adquisitiva en ordinaria y extraordinaria. En la distribución de los artículos en este Título se nota o advierte un método perfectamente lógico. En primer lugar, el artículo 2498 que define la prescripción; en seguida, los artículos 2499 a 2505, inclusive, que contienen reglas generales aplicables a la prescripción adquisitiva, entre las cuales se cuentan las relativas a la interrupción, a los actos de mera facultad o tolerancia, etc.; luego viene el artículo 2506, que divide la prescripción adquisitiva en ordinaria y extraordinaria. Siguen los artículos 2507, 2508 y 2509, que reglamentan la prescripción ordinaria; el 2510 y el 2511, que reglamentan la prescripción extraordinaria, y el 2512, que considera la prescripción de los demás derechos reales. Pues bien, dentro de este orden lógico adoptado por el legislador, el artículo 2505, que dice que contra título inscrito no habrá prescripción sino en virtud de otro título inscrito, está colocado entre las reglas generales aplicables a toda clase de prescripción.

⁴⁸ Sentencia de 8 de enero de 1927. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, sec. 2ª, pág. 1.

2) En el Proyecto, el actual artículo 2505 estaba colocado entre las reglas aplicables sólo a la prescripción ordinaria, a continuación del que lleva actualmente el N° 2506. Al hacerse la redacción definitiva del Código, se trasladó de las reglas de la prescripción ordinaria a las reglas aplicables a toda prescripción, lo que evidencia la intención del legislador de hacerlo extensivo a la prescripción extraordinaria.

3) La regla del artículo 2510, que regula la prescripción extraordinaria, es de carácter general, porque se refiere a la adquisición por ese medio de toda clase de cosas, muebles e inmuebles. El artículo 2505 es especial, porque sólo se refiere a los inmuebles, y es doblemente especial, porque entre los inmuebles sólo se refiere a los que han entrado definitivamente bajo el régimen de la propiedad inscrita; y en conformidad al artículo 13, deben prevalecer las disposiciones especiales sobre las generales cuando entre unas y otras haya oposición.

4) Es una regla de hermenéutica consagrada en el artículo 22, que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Ahora bien, dentro de un estudio comparativo y de conjunto de todas las disposiciones que reglamentan la posesión inscrita, la única conclusión lógica es que contra título inscrito no haya prescripción, ordinaria ni extraordinaria, sino en virtud de otro título inscrito. Se trata de adquirir el dominio, que es un derecho real en una cosa corporal, y por abreviación se habla de adquirir la cosa. Para adquirir por prescripción es necesario haber poseído, y la única manera de adquirir la posesión del derecho de dominio es mediante la inscripción. Además, el artículo 728 dispone que mientras la inscripción subsista, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión anterior, lo que significa que el simple apoderamiento de un inmueble inscrito no da posesión, y sin posesión, mal se puede llegar a adquirir por prescripción; de manera que ésta es la única doctrina aceptable para armonizar las disposiciones de los artículos 728 y 2505.

5) Los artículos 726 y 729, que se suelen invocar en apoyo de la doctrina contraria, no tienen aplicación en este caso, porque en ellos se trata de inmuebles no inscritos.

6) No es efectivo, como se sostiene, que dentro de esta teoría no habría nunca lugar a la prescripción extraordinaria contra título inscrito, porque la habrá cada vez que la posesión sea irregular, cuando el título no sea justo, cuando haya sido adquirida de mala fe; y ya vimos que los títulos injustos tienen la virtud de cancelar la inscripción anterior y conferir la posesión; y en este caso, siendo la posesión irregular, por el título injusto, la prescripción a que dé origen será extraordinaria.

7) Los antecedentes que sirvieron de fuente a estas disposiciones del Código Civil, como el artículo 2505, fueron el Código prusiano y el Proyecto de Código español de García Goyena, y en ambos se establece la imprescriptibilidad de los inmuebles inscritos cuando no se invoca un título inscrito.

8) El argumento que se hace de que la ley protege al dueño que no trabaja, en desmedro del que trabaja en el inmueble, no es argumento jurídico.

co; podrá ser una crítica estimable para modificar la ley, pero no para interpretarla.

En su inmensa mayoría los fallos de los tribunales declaran que contra título inscrito no hay lugar a prescripción ordinaria ni extraordinaria, sino en virtud de otro título inscrito; y que el simple apoderamiento no da posesión, y, por lo tanto, no puede conducir a la prescripción.⁴⁹

Nótese bien que lo anterior no sirve para amparar inscripciones de papel contra poseedores materiales de inmuebles no inscritos. A menudo ocurre que se sabe que una persona es poseedor material de un inmueble no inscrito, y entonces un tercero fragua con otro una compraventa de ese bien, y el supuesto adquirente, previa publicación de avisos, lo inscribe a su nombre; en seguida, demanda de reivindicación al poseedor esgrimiendo la inscripción más o menos reciente. Nuestros tribunales han declarado que semejante inscripción, que no deriva del verdadero dueño y que no representa tampoco ninguna realidad posesoria, es inepta para despojar al poseedor material del bien raíz. Así, por ejemplo, un fallo declara: "Si la vendedora del bien raíz no inscrito no era dueña ni poseedora del mismo y el comprador lo inscribió previa publicación de avisos, mal puede prosperar la demanda reivindicatoria de ese inmueble dirigida en contra de quien lo ha poseído materialmente sin violencia, clandestinidad ni interrupción por más de treinta años. Para el acogimiento de la demanda habría sido necesario que el actor acreditase haber adquirido el dominio del bien raíz por tradición. Y en la especie tal posibilidad no se daba, pues es un hecho de la causa que la vendedora no era dueña".⁵⁰

⁴⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomos: VII, sec. 1.ª, págs. 294; XIX, sec. 1.ª, págs. 102; XX, sec. 1.ª, págs. 472; XXX, sec. 1.ª, págs. 206; *Gaceta jurídica* N° 137, sent. 2.ª, p. 109, etc.
⁵⁰ C. Suprema, 7 de agosto de 1971, *R. de D. y J.*, tomo LXVIII, sec. 1.ª, págs. 230.