

346 82  
16233  
2010  
Buenos  
c.1

0643343

REVISTA DE DERECHO  
Y JURISPRUDENCIA

EDICIÓN BICENTENARIO

DOCTRINAS ESENCIALES

DERECHO CIVIL

BIENES



RAÚL TAVOLARI OLIVEROS

DIRECTOR

≈≈

3. Garantía. La inscripción asegura al poseedor contra toda prescripción, aun contra la extraordinaria de 30 años, mientras subsista válidamente; así lo establece el artículo 2505. Ni aun el apoderamiento de la cosa que haga otro, con ánimo de señor, le hará perder la posesión (art. 728 inc. 2º).

## SOBRE LA UTILIDAD DE LA POSESIÓN VICIOSA

EDUARDO BELMAR C.

Fuente: RDJ Doctrina, Tomo XLV, Nros. 1 y 2, 27 a 36

Cita Westlaw Chile: DD22052010

*Sed neque ex multitudine auctorum, quod melius et aequius est, iudicatote, quum possit unius forsitan et deterioris sententia et multas et maiores in aliqua parte superare. Dig. Prooemia. De conceptione Digestorum § 6; Cod. I, XVII. 1 § 6. (1)*

1. Entre las clasificaciones de la posesión figura una que distingue entre la posesión útil y la inútil, atendiendo a si conducen o no a la adquisición del dominio por prescripción.

Se dice que en nuestro Código Civil son posesiones inútiles las llamadas "viciosas", a saber, la violenta y la clandestina.

Posesiones útiles serían, en cambio, la regular y la irregular, ya que ambas llevan a la usucapión, ordinaria la primera y extraordinaria la segunda.

2. Se plantea aquí una cuestión previa: ¿Las posesiones viciosas coexisten con las que no adolecen de vicios como un grupo aparte, o son formas degeneradas que pueden revestir las posesiones regular e irregular?

3. Hay quienes piensan que las posesiones viciosas constituyen un grupo aparte y separado de las posesiones regular e irregular (2). Otros (3), en cambio, creen que las posesiones viciosas son una forma que puede revestir la posesión irregular. Los que opinan esto último se basan en que en el Proyecto de 1853 se decía que la posesión natural (llamada hoy irregular), podía, además, ser viciosa en cuanto violenta o clandestina (artículo 846).

(1) Y no juzguéis por la muchedumbre de autores lo que es mejor y más equitativo, pues, a veces, puede la opinión de uno solo, y aún del peor, superar en algún punto a las de los más numerosos y mejores.

(2) J. C. FABRES: Instituciones de Derecho Civil Chileno. Tomo IX de sus Obras Completas, pág. 117; N° 191.

(3) L. CLARO SOLAR: Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, tomo VII, página 502.

4. Yo no puedo poner en duda que esta opinión era exacta en el sistema del Proyecto de 1853, porque en él la posesión civil (hoy regular) exigía buena fe no sólo en el momento de adquirirse la posesión (artículo 843), sino que era menester la subsistencia de la buena fe durante todo el tiempo necesario para prescribir, so pena de que la posesión dejara de ser civil y se convirtiese en natural. La mala fe superviniente ponía, pues, término a la posesión regular.

5. Por mi parte, y disintiendo de las dos opiniones expuestas, creo que los vicios de la posesión pueden acompañar tanto a la posesión regular como a la irregular. Es decir, que una posesión regular puede ser viciosa sin dejar de ser regular. Me baso para ello en que es dable afirmar dentro de nuestro Código Civil que un individuo que ha adquirido una cosa con justo título (venta de cosa ajena), buena fe (conciencia de adquirir la cosa por medios legítimos, etc.) y tradición, la ejerza, después de adquirir la posesión en la forma indicada, ocultándola a quien tiene derecho para oponerse a ella, caso en el cual sería poseedor regular (artículo 702) y al mismo tiempo clandestino (artículo 713). Y si nos atenemos a la historia de la disposición es fácil constatar que, si bien el artículo 846 del Proyecto de 1853 decía que la posesión natural podía además ser viciosa en cuanto violenta o clandestina, en el Proyecto Inédito (artículo 846) se modificó dicho precepto, y se dijo: "La posesión puede además ser viciosa en cuanto violenta o clandestina"; no limitándose la posibilidad de ser viciosa la posesión a la irregular. Y este cambio no fue sólo de redacción, fue de sistema.

6. En efecto, en el Proyecto de 1853 se definía la posesión clandestina como la que se adquiría por vías clandestinas (artículos 851 y 852); de manera que el que no adquiría clandestinamente pero que después, recelando que se le disputase, la ocultaba; o sea, que ejercía ocultamente la posesión, no era poseedor clandestino; y a la inversa, el que había adquirido clandestinamente aunque hiciese pública su posesión, no dejaba de ser clandestino.

Dentro de este Proyecto de 1853 un poseedor civil no podía, pues, ser poseedor vicioso. Pero en el Proyecto Inédito sí que podía serlo, puesto que en el artículo 851 se dijo que "posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola" etc. Pasaban, pues, con la modificación a ser compatibles la posesión regular y la posesión clandestina, que es, evidentemente una posesión de mala fe.

7. Pero esa sola no fue la modificación que en esta materia introdujo el Proyecto Inédito en el de 1853. El artículo 835 de este último, consecuente con el sistema que establecía, preceptuaba: "Se llama posesión civil la que procede de justo título y es acompañada de buena fe". Y el

artículo 843 agregó que no bastaba sólo con buena fe inicial, sino que era necesaria su subsistencia durante todo el tiempo de prescripción. En cambio, en el Proyecto Inédito se dijo: "Artículo 835: Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe".

8. Aunque era claro en el Proyecto Inédito que la mala fe o clandestinidad posteriores no hacían cambiar la calidad de una posesión regular, D. Andrés Bello, con admirable visión, advirtió que era conveniente explicar el artículo 835 agregándole la consecuencia o corolario que resultaba de su modificación y de la variación del precepto que definía la posesión clandestina. Y en mérito de ello, después de haber sido despachado el Proyecto del poder de la Comisión Revisora, o sea, después de haber sido elaborado por dicha Comisión el llamado Proyecto Inédito, acaso en el momento de revisar las pruebas de imprenta del Proyecto definitivo que se enviaría al Congreso Nacional, D. Andrés Bello agregó al artículo 835: "Aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión, se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como vice-versa el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular". Con este agregado llegó al Congreso Nacional y así fue aprobado (4).

9. Ahora bien, ¿cuál será la forma más común que revestirá la mala fe subsecuente de un poseedor regular? Indudablemente la de una posesión clandestina. El que, después de haber adquirido de buena fe una cosa, llega a saber que no la adquirió del verdadero propietario, ejercerá su posesión ocultándola a los ojos del que tiene derecho para disputársela, o sea, al dueño; con lo cual, sin dejar de ser poseedor regular, será también poseedor clandestino.

10. Demostrando que la clandestinidad puede acompañar a una posesión regular, sería ocioso probar que, con mayor razón puede acompañar a una posesión irregular, puesto que, por regla general la posesión viciosa será irregular ab initio, como cuando ha sido adquirida de mala fe, sabiéndose, por ejemplo, que el tradente no es dueño o que carece de poder para enajenar.

Después de lo dicho, no sé quién podrá sostener que la posesión clandestina es inútil ya que en tal caso lo serían, eventualmente, las posesiones regular e irregular.

11. En cuanto al vicio de la posesión basado en que fue adquirida por la fuerza, ésta jamás podrá acompañar a una posesión regular, pues la

(4) El autor de este apunte ha tenido a la vista tanto el Proyecto Inédito original manuscrito, como un ejemplar del proyecto mismo que fue enviado al Congreso Nacional para su aprobación.

fuerza está reñida con la buena fe inicial ("conciencia de haber adquirido la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio") (artículo 706) que se exige al poseedor regular, y cuando interviene la violencia no hay tradición, sino rapiña; y el título translaticio, si lo había, no desempeña papel alguno y es lo mismo que si no existiera (5).

12. Pero ello no significa que el poseedor violento no pueda prescribir extraordinariamente: 1) Porque no hay ninguna disposición legal que disponga que el poseedor vicioso (violento o clandestino) no pueda prescribir adquisitivamente; 2) Porque la posesión violenta será siempre una forma de posesión irregular y nadie niega al poseedor irregular su derecho a prescribir; y 3) Porque aún cuando se afirmara que el poseedor violento no es poseedor irregular, sino simplemente vicioso, esto es, que las posesiones viciosas formaran un grupo aparte y distinto de la posesión irregular, tampoco podría negársele derecho a prescribir, ya que, cuando menos, no se le niega (ni podría negársele en nuestro Código; otra cosa era en Roma) su calidad de poseedor; y esto último es fundamental, porque para prescribir extraordinariamente no se exige posesión irregular; basta simplemente la posesión, sin calificación alguna (6).

13. En el número anterior afirmé que no había ninguna disposición legal en nuestro Código que permitiera sostener que el poseedor vicioso no puede prescribir adquisitivamente (7). En efecto, el artículo 2510 del Código Civil, que se invoca para sustentar la tesis que combatimos, dispone: "El dominio de las cosas comerciables que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1ª Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno;

(5) Dig. XLI. 2,5: Aequi si vendidero, nec tradidero rem, si non voluntate mea nactus sis possessionem, non pro emptore possides, sed praedo es.

(6) Por otra parte, y volviendo un punto atrás, en nuestro Código Civil toda posesión que no sea regular es irregular, porque así lo dispone el artículo 708; y me parece evidente que la frase "es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702" no significa en manera alguna que no puedan faltar todos, como sucede, v. gr.: con la posesión del ladrón. En efecto, los requisitos de la posesión regular son dos: justo título y buena fe. Sólo cuando el título es translaticio, es necesaria la tradición. Ahora bien, siendo sólo dos esos requisitos, al faltar más de uno, faltan, en realidad, todos, cuando, por ejemplo, no se requiere título, como en la accesión o en la ocupación. Obsérvese, además, que el artículo 702 no contiene los requisitos o elementos de la posesión sino de su regularidad. Dicho precepto configura o califica una posesión que se presupone.

(7) En el Derecho francés no se presenta este problema. El artículo 2229 del Código Civil, que es suficientemente claro, dispone: "Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire".

2ª Se presume en ella de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio;

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

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

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

14. Expliquemos este artículo. En primer término puede verse, como ya lo habíamos anunciado, que no exige posesión de determinada clase; basta simplemente poseer. Es evidente, no obstante, que, si, como vimos, toda posesión no regular es irregular, es esta última la que, en definitiva, se exige en este precepto. Agrega la disposición que no es necesario título alguno. Es indudable que se puede ser poseedor sin ningún título, por ej., el ladrón. Y no se diga que el requisito de tener la cosa con ánimo de señor o dueño no concurre en el ladrón. Difícil es encontrar quien tenga más *animus domini* que el ladrón. Pero, se dice, ¿cómo puede sentirse dueño el que sabe que la cosa es ajena, si el artículo 714 del Código Civil dá a entender que el que conoce el dominio ajeno no es sino un mero tenedor? Esto apenas precisa rebatirse porque no tiene ningún fundamento.

El artículo 714 dispone en su inciso 2º: "Lo dicho (o sea, son meros tenedores) se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno". Basta leer el citado precepto para darse cuenta de que una cosa es conocer el dominio ajeno y otra, muy distinta, reconocerlo. En efecto, conocer algo es saber su existencia; reconocer, en cambio, es respetar. El que tiene una cosa a nombre del dueño o en su lugar, indudablemente reconoce el dominio ajeno; pero el ladrón, que posee en su propio nombre, y con un marcado *animus*, de ninguna manera reconoce el dominio ajeno, puesto que no lo respeta. Por otra parte, para demostrar la falsedad de la afirmación que rebatimos, basta con tener presente que, a ser efectiva, la posesión clandestina y la de mala fe no serían tales posesiones sino simples o meras tenencias, ya que en ambos casos se sabe que la cosa es ajena.

15. Continúa el artículo: "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..."

Para que se produzca el caso que contempla este precepto es menester que el título en virtud del cual el que alega la prescripción detente la



cosa, sea de mera tenencia, como el de prenda, comodato, arrendamiento, etc., de donde se infiere, desde luego, que si el poseedor vicioso tiene a su favor un título de posesión o, simplemente, carece de título, puede prescribir adquisitivamente sin cortapisas (8) Se trata de un individuo que ocupó materialmente la cosa por un título, no de posesión, como el de venta, donación o permuta, sino de mera tenencia. Nosotros sabemos que la mera tenencia no se muda en posesión por el simple lapso de tiempo; pero que nada impide que, el que habiendo iniciado su tenencia con un título no posesorio, llegue más tarde a poseer si adquiere ánimo de señor o dueño. Ya no es el simple lapso de tiempo el que muda la tenencia en posesión, sino este lapso acompañado de actos posesorios ejecutados por el detentador de la cosa.

Dice el precepto en examen que la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe y no dará lugar a la prescripción. Desde luego eso de que la existencia (9) de un título de mera tenencia haga presumir mala fe, es, en nuestro Código, una disposición inútil. Con buena o mala fe puede prescribirse y la frase en examen no es sino un resabio de los Proyectos, en los cuales la buena fe desempeñaba un papel importante en materia de prescripción. En efecto, en el Proyecto 1846-47 la buena fe era necesaria para prescribir ordinaria (artículo 706) o extraordinariamente (artículo 714). En el Proyecto de 1853 el poseedor de mala fe no podía prescribir ordinariamente (artículo 2687) y, como ya se ha dicho, la buena fe en que fundar una prescripción de esta clase debía mantenerse durante todo el tiempo necesario para usucapir (artículo 843); para la prescripción extraordinaria, no era necesaria la buena fe; digo esto porque, como se presumía de derecho la buena fe, aun cuando no hubiese título, era lo mismo que si no se exigiera, puesto que no podía demostrarse lo contrario; pero la existencia de un título de mera tenencia hacía presumir mala fe y no daba lugar a la prescripción (artículo 2690). No era, en realidad, la mala fe la que impedía la prescripción: era la falta de posesión y aunque teóricamente era ocioso decirlo, puesto que para usucapir es requisito sine qua non poseer, no estaba demás para evitar así que un mero tenedor, violando la fe, se diese de la noche a la mañana por poseedor, sin serlo en realidad, y pretendiese alegar, en contra del legítimo propietario y verdadero poseedor de la cosa, una prescripción "sintética", aprovechándose, tal vez, de la bondad o tolerancia del dueño

(8) "Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est." (Ulpianus). (Dig. XL, 9, 12 § 1).

(9) Obsérvese que basta la "existencia" del título de mera tenencia; no es necesario, a mi juicio, que el detentador de la cosa lo invoque. Basta que él exista. No podría el que alega la prescripción atenerse a la regla 1ª del artículo 2510 del Código Civil, y decir: yo poseo sin título. La sola existencia del título le somete a las limitaciones contempladas en los dos números de la regla 3ª del mismo artículo.

que le había permitido tenerla por largo tiempo en su poder. Además, en el Proyecto de 1853 se respetaba el principio de que la mera tenencia no puede transformarse en posesión (artículos 857 y 2690 inciso 3º) Y se decía expresamente que la falta de título hacía presumir mala fe (artículo 844) (10).

16. En el Proyecto Inédito ya no se exige que la buena fe acompañe a la posesión durante todo el tiempo necesario para prescribir; basta la posesión regular (artículo 2687) y ésta es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe (artículo 835). Para la prescripción extraordinaria se presumía de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; lo que, como vimos, se traduce prácticamente en la no exigencia del requisito, y agregó que "la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción a menos de probarse actos posesorios posteriores, ejecutados sin violencia, clandestinidad ni interrupción por todo el lapso de tiempo que la ley requiere". De modo que en este último Proyecto, aclarándose el anterior, no era un poseedor improvisado el que alegaba la prescripción; había sido en verdad un mero tenedor, pero, al transcurso del tiempo, había agregado actos posesorios reales y ejecutados no a escondidas del propietario, sino públicamente y tampoco los había realizado valiéndose de la fuerza. En realidad, su mera tenencia había llegado a transformarse en posesión. Se sanciona así la negligencia del dueño que parece despreciar la cosa puesto que, sabiendo o pudiendo con alguna diligencia saber que es públicamente poseída por otro, no se la reclama (11). Don Andrés Bello estimó que el artículo no era aún explícito y lo redactó en la forma en que aparece en el Código. Así fue aprobado por el Congreso.

17. Las dos circunstancias que se exigen para que pueda prescribir adquisitivamente un individuo que posee actualmente pero que empezó a detentar la cosa en nombre del dueño, o sea, reconociendo dominio ajeno, vale decir, como un mero tenedor, son las siguientes:

a) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos quince años (treinta antes de la reforma de la Ley 6162) se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción. Esta exigencia es perfectamente justa. Si es verdad que el que se da por poseedor e inicia la realización de actos posesorios, empieza a poseer; no es menos cierto que, en cualquier momento en que reconozca el dominio del dueño (o de aquel a quien cree dueño), desaparece con efecto

(10) Cf. Artículo 2231 del Código Civil francés y su fuente probable: Dig. XLI, 2, 3 § 19.

(11) Dig. XLII, 8, 24: "Ius civile vigilantibus scriptum est" (Scaevola); C. d. VII, 10, 7: "quum sibi amissi mancipii damna debeat imputare qui in perniciem suam gesta taciturnitate firmaverit".

21. Que la posesión no haya sido clandestina. Esto es también justo. Posesión clandestina es aquella en que lo que se oculta a quien puede disputarla es el corpus, no el animus. El Código se refiere evidentemente al ocultamiento de la materialidad de la posesión, o sea, a la cosa misma. El caso de un mero tenedor que se hiciera pasar por dueño ante terceros, *ad pompam vel ostentationem*, pero que reconociera el dominio del propietario en sus relaciones con éste, no daría jamás lugar a una prescripción, porque no habría allí verdadera posesión y porque no cumpliría, además, con el requisito del N° 1 de la regla 3ª artículo 2510. Se trata, pues, del ocultamiento del corpus. El legislador sanciona la mala fe, o aun más, la deleznable traición que envuelve el caso propuesto: un individuo da en comodato una cosa a un amigo; éste dice haberla extraviado o afirma, por ejemplo, que se la han robado, cuando, en realidad, la ha ocultado para no restituirla. El comodante, por tratarse de un amigo, pasa por lo que él dice y no hace mayores averiguaciones. Entre tanto el amigo ha realizado actos posesorios sobre la cosa, por ejemplo, la ha arrendado o empeñado. Pasan quince años. ¿Puede haber algún juez que dé lugar a una prescripción que alegue el comodatario que, habiendo ocultado la cosa, la ha poseído clandestinamente? La disposición no puede ser más equitativa. Un acto que con tanta intensidad viola la buena fe no puede ser confirmado por el legislador.

22. Es verdad que el legislador proscribía la clandestinidad y sanciona la mala fe. Pero no es menos cierto que, así como la nulidad relativa que deriva de fuerza o de dolo, prescribe en cuatro años, o sea, en aras del interés general que exige una estabilidad jurídica el legislador pasa y olvida el quebranto o lesión individual o particular; así también la proscripción de la violencia y de la clandestinidad, no tiene sino aplicaciones locales. Sólo

se ha apoderado de ella de un modo ilegal". Creo que esta es una forma más efectiva de evitar la justicia privada. Así debería ser, y nótese que en el Mensaje se incurre en un yerro a este respecto cuando se dice: "Toda posesión es amparada por la ley; pero sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva" (Esta frase está inspirada o calçada del artículo 853 del Proyecto de 1853; pero de ninguna manera concuerda con el Código que aprobó el Congreso, lo cual es muy explicable porque seguramente D. Andrés Bello hizo el Mensaje de memoria y confundió los preceptos del Código con los de los Proyectos; o bien, tenía el Mensaje hecho con anterioridad y no lo armonizó debidamente con el Proyecto que, en definitiva, se envió al Congreso). La verdad es que no toda posesión es amparada por la ley: no lo es la posesión clandestina (desde que se hace pública deja de serlo) y no lo es la posesión violenta sino un año después de haberse ejecutado el último acto de violencia, salvo la querrela de restablecimiento. El poseedor regular vicioso (clandestino) no tiene acción posesoria en contra del que turba o embaraza su posesión y sin embargo está premunido de la acción reivindicatoria (publiciana). Pareciera haber una incongruencia: el que tiene lo más, carece de lo menos. En realidad, no es gran problema porque aún el propietario mismo carecería de interdicto posesorio si su posesión no fuese tranquila; por otra parte, la llamada acción publiciana no mira a la posesión sino al dominio, y es de lato conocimiento.

cuando la misma ley las ha señalado expresamente como impedimentos, la prescripción es improcedente; en los demás casos no. En realidad la violencia y la clandestinidad son cosas graves; pero no tanto que lleguen a pasar por encima de esa nebulosa que se llama el "interés general", y que es el fundamento mismo de toda prescripción. En tres casos concretos la clandestinidad, lato sensu, impide prescribir: a) En el de las servidumbres inaparentes (artículo 882); b) En el de las aguas, caso en el cual deben hacerse obras aparentes (835 N° 1°); y c) En el del que posee clandestinamente habiendo de por medio un título de mera tenencia. En los demás casos, la clandestinidad no impide la prescripción.

Se exige, por último, que la posesión no haya sido interrumpida. Esto está, en mi concepto, demás. Toda prescripción exige una posesión continua.

23. De todo lo expuesto se deduce:

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

24. Estas son, en mi concepto, las conclusiones que se desprenden de los diversos preceptos del Código Civil. Se han relajado así los principios que informaban esta materia en los Derechos Romano y Canónico, que eran más estrictos, y que se hallan bien sintetizados en los artículos 2229, 2233 y otros del Código Civil francés.

Me parece que no todas ellas guardan armonía con la doctrina general de la prescripción adquisitiva y que algunas están lejos de satisfacer la equidad. Ello ha sido el resultado de las muchas variaciones que en esta parte experimentó el Código en su elaboración. Toca a la jurisprudencia decir la última palabra.

