

DERECHOS REALES

8

PROF. FDO. ATRIA

# DERECHO

## VULGARIZACION SOBRE LA POSESION ANTE EL CODIGO CIVIL CHILENO

POR

**Leopoldo Urrutia**

I

### Generalidades

1.—Variada ha sido la jurisprudencia chilena en la aplicación de los artículos 728 y 2,505 del Código Civil. Se ha considerado que existe manifiesta antinomia de preceptos en cuanto a su letra y sentido. Se dice que el artículo 2,505 permite, sin tener posesión, prescribir contra posesión inscrita vigente, siendo que el 728 establece como regla absoluta que “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”. El citado artículo 2,505 altera, se añade, la base

fundamental de toda prescripción adquisitiva, fijada como postulada universal en los artículos 686, 794 y 2,492 del Código Civil. Concepción, sin embargo, que ambos artículos contemplan dos situaciones de hecho inconfundibles, que, bien precisadas, no se prestan a disquisiciones de ningún género, como quiera que el 728 se refiere al ningún valor legal que tienen los hechos físicos de quienes pretender desposeer a un poseedor inscrito en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, al paso que el 2,505 concordante con el artículo 730 contempla otro caso, cual es el relativo al mérito legal que tiene una posesión inscrita contra otra posesión también inscrita, vigentes ambas, con respecto a la misma propiedad o a una parte de ella.

## II

**La posesión es un hecho protegido por la Ley, porque aparenta el dominio**

2.—Para apreciar debidamente lo expuesto, conviene rememorar algunos preceptos sobre las circunstancias que constituyen la posesión, y sobre todo la posesión natural, conforme a lo que explica la nota relativa al artículo 700 del Código Civil, consignada al final de los textos, que es un precedente fidedigno de este artículo.

3.—El artículo 700 dice que la posesión es “la **tenencia de una cosa** determinada con ánimo de señor o dueño”... Define la posesión y la caracteriza como hecho físico, a semejanza de otras legislaciones modernas. Reconoce que es un hecho material, y nada más que un hecho realizado con ánimo de dueño de la cosa que se detiene, con poder efectivo sobre ella. Consiste la posesión en el **apoderamiento** de una cosa, como lo establecen, además de otras disposiciones legales, los artículos 724, 726, 727, 728, 729 y 730 del Código Civil. Apoderamiento significa, según los léxicos, poner una cosa **bajo el poder** de una persona que se considera dueño de ella; importa, agregan, el hecho material de **asir fuertemente** la cosa de que uno se cree dueño. Los romanos, para caracterizar el hecho que la ostenta, empleaban el vocablo **contractatio** que en nuestro idioma equivale al de **agarrar**. El Código Alemán condensa estas ideas diciendo que la posesión consiste en el **poder efectivo** que se tiene sobre una cosa.

4.—Por interés público notorio, fluye naturalmente la consecuencia

que consagra el artículo 700 del Código, de que el poseedor tiene el **dominio aparente**; y por esto goza de la protección de las leyes de policía y de las civiles en grado ascendente, según sea el tiempo de la posesión. La ley otorga, a favor de este dominio aparente, acciones sumarias posesorias para mantener o recuperar el hecho que lo ostenta, y hasta acciones ordinarias cuando esta apariencia llega a constituir el derecho real de propiedad por medio de la prescripción ordinaria o extraordinaria.

5.—De estos postulados surge que la posesión no se pierde por simple abandono: es necesario que otro la conquiste, cogiendo la cosa y poniendo fin por este hecho personal a la posesión anterior, salvo los casos determinados expresamente por las leyes. Y, como el **apoderamiento** es hecho personal, tampoco puede ser transferida, sino que debe realmente adquirirse, esto es, **tomarse**, como lo dicen los artículos 720 y 721. La posesión principia en el que la toma, según el artículo 717.

## III

**De los modos de adquirir y perder la posesión**

6.—El párrafo 2º, título VII del Libro II del Código Civil, que tiene el rubro indicado, legisla manifiestamente sólo sobre las bases precedentes, y al respecto las señala y especifica en los siguientes términos:

7.—El artículo 723 confiere valor de posesión a la **aprehensión**

**material** de una cosa mueble, aun por ciertas personas que no tienen la libre disposición de sus bienes. El 726 dice que **se deja de poseer** una cosa desde que otro se **apodera** de ella con ánimo de hacerla suya. El 727, que no se entiende perdida la posesión de cosa mueble mientras se halla en **poder** del poseedor, aunque éste ignore su paradero. El 729, que si **alguien**, pretendiéndose dueño, se **apodera violenta o clandestinamente** de una cosa inmueble, el que tenía la posesión la pierde. El 730, que el **adquiriente** de una cosa de manos de **quien la usurpa** es poseedor de ella y **pone fin** a la posesión anterior.

8.—Sólo exceptúan estos artículos de las reglas perentorias anteriores, a los inmuebles cuyos títulos están inscritos; pero el alcance de esta excepción constituye la materia del presente trabajo, que luego explicaremos.

9.—El párrafo 2º en referencia establece, pues, claramente que el **mero apoderamiento** de cosa mueble o inmueble con ánimo de **hacerla propia**, confiere posesión nueva y extingue la posesión anterior, sin que a ello obste un acto inicial de usurpación, o un hecho de violencia o de clandestinidad, por parte del actor.

10.—Sin esfuerzo se nota que estas reglas solamente tratan de hechos o actos personales y físicos, a virtud de los cuales se adquiere o se pierde la posesión, y no tratan de dos posesiones inscritas que se contrapongan, ni de títulos jurídicos respecto del valor que corresponda por prelación a las inscripciones. Sólo precisan los **efectos del mero apoderamiento** para dar valor legal aun a **hechos abusivos**,

denominados **viciosos** por los artículos 709 y 710, como los de usurpación de la posesión y de violencia o clandestinidad para tomarla, ya que la **posesión natural** es y ha sido la base de la propiedad como derecho; y tratan asimismo dichas reglas dentro del citado párrafo 2º, del modo y forma cómo el poseedor de inmuebles puede poner a cubierto la posesión por medio de la inscripción, **contra ataques abusivos** de personas que por actos **materiales** pretendan sustituirlo. **A este sólo fin** se ha introducido en dicho párrafo 2º el precepto del artículo 728, que indica el medio jurídico solemne que sirva para estabilizar el hecho de la posesión **que se tiene**.

#### IV

**Precedentes para demostrar que el artículo 728 del Código Civil solo contiene disposiciones de garantía definitivas contra actos físicos de apoderamiento**

11.—Para demostrar la tesis, hay que eliminar un factor que puede perturbar el criterio: el artículo 724 no se refiere a la **posesión no inscrita**, que es de lo que tratamos. Dice el artículo: "Si la cosa es de aquellas cuya **tradicción** deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".

12.—Cabe recordar a este respecto que, si bien el artículo 686 prescribe que se efectuará la **tradicción** de los bienes raíces por la **inscripción del título** en el Regis-

tro del Conservador, a renglón seguido del 724, especifica el artículo 726 que **se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con el ánimo de hacerla suya, menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan**; y si es cierto que pudiera decirse que el 724 contiene una de las excepciones expresas, no es menos cierto que tal excepción no existe **para este caso**, porque subsiguientemente, los artículos 728 en el inciso 2º, 729 y 730, reafirman que **el mero apoderamiento de bienes raíces no inscritos basta para adquirir la posesión y poner fin a la posesión anterior**. Llama todavía la atención que este aserto se halle reiterado aún en orden al apoderamiento que efectúa el adquirente del inmueble **no inscrito**, de manos del **usurpador** de dicho inmueble.

13.—No se concibe, por lo tanto, que el precepto general del artículo 724 pueda referirse a **inmuebles cuyos títulos aun no han sido inscritos**, cuando seguidamente y en el mismo párrafo se repite que la **posesión de inmuebles no inscritos** se adquiere por un simple acto de apoderamiento, violento o clandestino, o de inicial usurpación.

14.—Se debe, pues, afirmar que el citado artículo 724 sólo se refiere necesariamente a la tradición de dominios inscritos, o a actos escriturados o por escriturar, ajenos a las reglas posesorias que acabamos de transcribir, y que, sobre todo, se refiere a los bienes raíces que ya figuran en la continuidad del Registro del Conservador, o a las tradiciones de dominio que se procura constituir como primera inscripción. De no ser así, serían

baldíos todos los preceptos de los artículos 723, 726, 728 inciso 2º, 729 y 730, lo cual no es aceptable dentro de la hermenéutica legal.

15.—Eliminada para la tesis en estudio, la regla del artículo 724, afirmamos que el 728 **no legisla acerca del mérito legal que tengan dos posesiones inscritas que se contraponen** por estar ambas vigentes.

16.—Hay que eliminar otro factor que puede también perturbar el criterio. Suele decirse que, en el párrafo 2º, título VII del Libro II en referencia, se establece que el apoderamiento de una cosa produce dos efectos distintos: o sólo extingue una posesión existente sin dar nueva posesión, o confiere una nueva al actor, extinguiendo a la vez la posesión anterior.

17.—Dentro de este dilema, se agrega que nadie puede adquirir la posesión de inmuebles sino por medio de la inscripción en el Registro del Conservador, tal como lo prescribe el artículo 724, ya que, según el artículo 686, toda **tradición** de inmuebles debe inscribirse aunque no se hallen inscritos con anterioridad.

18.—De lo que se desprende que, mientras esté vigente la inscripción a que se refiere el discutido artículo 728, nunca se puede adquirir otra posesión por hechos físicos de mero apoderamiento, ni **tampoco por títulos inscritos**.

19.—Las nuevas inscripciones, de cualquier naturaleza que sean, no confieren ni solemnizan posesión. La antinomia, añaden, entre este artículo y el 2,505 es manifiesta, desde que para prescribir se necesita haber poseído, según lo establece el artículo 2,492.

20.—Los sostenedores de esta teoría la apoyan en que los artículos 726 y 729, y especialmente el 724, cuando tratan del apoderamiento de cosas que se poseen, emplean frases como éstas: “El que se apodera de una cosa poseída por otro, **pone fin a la posesión existente**” y no dicen: “y **adquiere la posesión**”; y, por el contrario, cuando el legislador quiere que también **se adquiera la posesión**, lo expresa literalmente, como lo hace en los casos especiales que señalan los artículos 728 y 730. Así, pues, como en el citado artículo 724 sólo se dice que **no se adquiere** la posesión de inmuebles sino por medio de la tradición inscrita, es evidente, concluyen diciendo, que la regla del artículo 728 rechaza también toda **posesión inscrita** con que se pretenda atacar la vigente.

21.—Se confuta lo dicho manifestando que es inexacto que los artículos mencionados señalen doble efecto al apoderamiento de una cosa que se posee, ya que siempre se expresan en estos términos: el 726: “Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya”; el 729: “Si alguien, **pretendiéndose dueño, se apodera** violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde”. Pero el artículo 728, del cual es corolario el 729, completa el sentido diciendo: “Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, **no adquiere** la posesión de ella, **ni pone fin** a la posesión existente”; de suerte que, que si el título no está inscrito, claro está, a **contrario sensu**, que adquiere la posesión, a la

vez que pone fin a la existente; y el 730, aun tratando del apoderamiento sobre la base inicial de una usurpación, dice: “**En este caso la persona a quien se enajena la cosa usurpada, adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior**”.

22.—Por lo demás ¿cómo puede aceptarse en derecho que una cosa cuya posesión se pierde por el apoderamiento que de ella hace una persona con **ánimo de hacerla suya**, quede sin poseedor actual? Si la posesión es el dominio aparente ¿cómo puede acogerse una doctrina que deja sin protección una cosa que bajo tantos aspectos protege la ley en manos de un presunto dueño?

23.—Sobre lo expuesto debe recordarse que **apoderamiento** significa coger una cosa **que se cree propia** o con ánimo de hacerla propia, según se ha demostrado en los números 3 y 5.

## V

Los artículos 728 y 2505 contienen dos reglas sin ninguna antinomia, como se dice en el número 1

24.—Según lo manifiestan los capítulos anteriores, la posesión natural se adquiere por el apoderamiento de la cosa que se toma con ánimo de hacerla propia. Este apoderamiento físico pone fin a la posesión anterior, aunque el **acto de asir** la cosa sea violento, clandestino, o le preceda una base de usurpación.

25.—La ley ha tenido que reconocer estos hechos, que fatalmen-

te constituyen el origen de la propiedad. Son propios de la condición humana, y ha necesitado reconocerlos para elevarlos a la categoría de derechos en bien de la paz pública y privada.

26.—Con este objeto el Código Civil ha introducido en el párrafo 2º tantas veces citado, el precepto del artículo 728, **para afirmar al poseedor natural el hecho de su posesión.** La inscripción de su posesión, presuntiva del dominio, le pone a cubierto de todo **ataque físico** contra ella, sin que nadie pueda ponerle término legal, ni adquirirla, sino por la cancelación señalada en dicho artículo.

27.—Por eso el inciso 2º del artículo dice textualmente: “Mientras subsista la inscripción, el que **se apodera** de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, **ni pone fin** a la posesión existente”.

28.—Claramente se refiere este inciso al hecho físico del **apoderamiento** de que el Código trata y ha tratado en todo el párrafo 2º, desde el artículo 725 hasta el 730. **Apoderamiento** dice el inciso 2º del 728, y **apoderamiento** repite el artículo que sigue, esto es el 729, corolario explicativo del 728. Ya está explicado sobradamente más atrás que este vocablo sólo significa **asir**, coger materialmente una cosa de que alguien se cree dueño o pretende serlo.

29.—No puede por tanto colegirse que el inciso 2º, al mencionar los efectos que produce la inscripción indicada en el artículo 728, se refiera a la **permanencia de la inscripción, absoluta e inamovible contra otro título inscrito** respecto de la misma propiedad. Sólo man-

tiene su efecto contra hechos materiales.

30.—Esta afirmación a que debe llegarse, se patentiza de resalto con el precepto consignado en el inciso 2º del artículo 730, **perteneciente al mismo párrafo.** Dice este inciso a la letra: “Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito (el caso del artículo 728) 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.**”

31.—Aquí en este inciso se expresa perentoriamente que el artículo 728 sólo regla el caso de un **ataque físico de posesión material** contra posesión inscrita, pues **autoriza poseer contra un poseedor inscrito, a cualquier otro poseedor también inscrito,** respecto de la misma cosa inmueble.

32.—Otro poseedor inscrito, dice el inciso 2º, **adquiere posesión contra inscripción vigente.** De modo que, si puede poseerse con inscripción, contra otra inscripción, llegará el caso consignado en el artículo 2,505, de saber si se ha producido o no la prescripción adquisitiva de dominio de que trata el mismo artículo. Ha existido posesión para prescribir el dominio. Es, por lo tanto, perfectamente aplicable el artículo 2,492, que exige esta circunstancia.

## VI

### Dos situaciones de hecho conciliables

33.—Queda a mi juicio demostrado, de acuerdo con nuestro derecho positivo, lo que sigue:

a) La posesión natural no inscrita se adquiere o pierde por otra posesión natural que, sobre la misma cosa, conquista el último que se apodera de ella (artículos 717 y 729 del Código Civil).

b) El poseedor natural de inmuebles puede poner a cubierto su posesión contra los apoderamientos de la cosa que posee, inscribiendo su posesión (artículo 728).

c) Mientras subsista la inscripción, nada valen los ataques físicos contra la posesión inscrita (artículos 728, inciso 2º, y 729).

d) La posesión inscrita vigente no obsta a que otro poseedor también inscrito relativamente al mismo inmueble, adquiera posesión ulterior por medio de su inscripción, y, por lo tanto, pueda ganar el dominio de la cosa anteladamente inscrita, a virtud de la prescripción adquisitiva, a la vez extintiva de la posesión anterior, con arreglo a los artículos 2,505, 2,492 y 2,517 del Código Civil (artículo 730, inciso 2º).

34.—Se confirma entonces lo dicho en el número 1º de este estudio jurídico.

## VII.

### Inscripción de papel

35.—Para que valga una inscripción contra otra anterior o contra la posesión natural, es necesario que aquélla no sea de "papel". La inscripción solemniza un hecho verdadero, y, por lo tanto, no puede solemnizar apoderamientos que no han existido.

36.—Doy este nombre a inscripciones de cosas que nunca se han poseído, inscripciones que son frecuentes, según lo manifiesta, entre otros que conozco, el siguiente ejemplo. Se trató de una gran hacienda inscrita con estos límites arcifinios: al norte, una laguna; al sur, un río; al oriente, la Cordillera de la Costa; y al poniente, el mar Pacífico. Dentro de este gran predio existían seis u ocho cuadras que, desde tiempos inmemoriales, poseían unas familias de pescadores con deslindes de cercas perfectamente notorias. El predio se había transmitido de padres a hijos sin título inscrito, sin haberse producido entre ellos ninguna dificultad, y quienes formaban una reducción de familia. El propietario inscrito pretendió desposeer a estos ocupantes sin inscripción. Fué rechazada la acción a pesar de no tener títulos inscritos los poseedores demandados, rechazo que se fundó en el antecedente de que la inscripción de deslindes arcifinios del fundo no podía comprender las cuadras de las familias de los pescadores, desde que ni a la fecha de la inscripción ni después habían sido ocupadas alguna vez por los propietarios del gran predio, dentro del cual se hallaban ubicadas: posesión de hecho que siempre había correspondido a aquellas familias.

37.—La consideración en referencia fué justa en derecho y en el hecho.

38.—La inscripción, buena para los suelos poseídos naturalmente cuando se efectuó, y buena después, era inscripción de papel respecto del predio que mantuvieron como suyos los pescadores, que nunca de-

jaron de poseer por apoderamiento ajeno.

39.—Cuando el Fisco no tenía inscritas sus propiedades, se presentaron muchos casos semejantes al anterior, y aun hoy se ve que, dentro de las grandes haciendas inscritas con límites generales, existen reducciones de familias antiquísimas que han poseído suelos bien demarcados y cultivados por ellas, sin que jamás los hayan ocupado los grandes propietarios. Las inscripciones generales no han podido comprender esos predios de reducciones. Estas inscripciones **han sido de papel referentemente a lo que no se ha tenido.**

40.—La inscripción es en el fondo solemnidad de un hecho, asegura la posesión; de suerte que, faltando el hecho de la posesión, nada solemniza ni asegura.

41.—De consiguiente, para que

haya **posesión inscrita** que pugne con arreglo al inciso 2º del artículo 730 y al 2,505, contra la posesión inscrita del artículo 728, es preciso que se trate de inscripción de verdaderos hechos de apoderamiento.

42.—Las inscripciones que sucesivamente se hacen en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, llevan envuelta la presunción de pureza y verdad; pero admiten impugnación, como lo autoriza el derecho respecto de todo instrumento público, probando la falsedad de su esencia y de que solemnicen el hecho físico de apoderamiento. Constituyen presunción legal y no de derecho. La prescripción de tiempo las sana y afirma definitivamente.

LEOPOLDO UBRUTIA

Santiago, noviembre de 1933.