



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado
Derecho Civil IV "Derechos Reales"
Profesor Aldo Molinari Valdés.

Mariales de lectura control N° 2:

1. ATRIA, Fernando. *"La tierra para el que la trabaja"*. Pp. 229–236.
2. ATRIA, Fernando. *"Adquisición de derechos reales"*. Pp. 21-33.
3. RODRIGUEZ GREZ, PABLO. *"De las posesiones inútiles en la legislación chilena"*. Pp. 17–41.

LA TIERRA PARA EL QUE LA TRABAJA

Fernando Atria Lemaitre*

En el sistema jurídico chileno, hay dos regímenes legales de posesión de la tierra, es decir, dos conjuntos de reglas que especifican qué posiciones en cuanto a los derechos sobre un inmueble deben ser reconocidas cuando las de más de una persona están en conflicto. Por un lado, está el régimen contenido en el Código Civil, especial aunque no únicamente en sus artículos 728 a 730. Conforme a este régimen, la tierra es para quien la tiene inscrita, es decir: la tierra es para quien puede justificar un título formal sobre ella.

El segundo régimen es el que se aplica a los bienes inmuebles que no han sido todavía incorporados al registro. Este régimen sigue la regla aplicable a los bienes muebles, y en él la tierra es para quien la detenta materialmente, con ánimo de señor y dueño.

En el sistema del Código, la existencia de estos dos regímenes no era una finalidad buscada o deseada por el legislador sino una concesión a la facticidad de las cosas, al hecho de que el Código fue el que introdujo el sistema registral por lo que hubo que optar entre abolir el régimen no registral y forzar a todo el que reclamara derechos sobre inmuebles a inscribir dentro de un breve plazo, o mantener la aplicabilidad del régimen del artículo 700 a los bienes inmuebles mientras no fueran inscritos. La necesidad de mantener la aplicabilidad de este régimen a los inmuebles no inscritos, entonces, fue impuesta por la necesidad de evitar una transición abrupta y traumática, que habría implicado recurrir a “providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración”, como lo explica Andrés Bello en el Mensaje al Código Civil.

De modo que la existencia de dos regímenes posesorios para los bienes inmuebles no es parte del Código Civil, sino una concesión a las limitaciones del derecho. Esto implica una regla relativamente clara de aplicabilidad: el régimen

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

del los bienes inmuebles es aplicable a todos los bienes que entran al registro, y el del artículo 700 es aplicable a los bienes que no están registrados, mientras no estén registrados. Ningún bien que ha entrado válidamente al registro puede salir de él. La aplicación de estos dos criterios, junto a la obvia conveniencia de registrar los inmuebles, justificaba la creencia original de que el régimen del artículo 700 dejaría en un plazo no demasiado largo de ser aplicable a los inmuebles. El régimen inscrito estaba, en las famosas palabras del Mensaje, diseñado de modo que caminara "aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos".

¿Se ha alcanzado ese punto? En un sentido la respuesta es positiva: hoy no es muy común que se litigue sobre bienes inmuebles que no están en el registro, y en este sentido el régimen del artículo 700 es cada vez menos aplicable a los bienes inmuebles. Pero eso no quiere decir que la posesión material de bienes inmuebles haya dejado de ser relevante. Al contrario, hoy debemos decir precisamente lo contrario: no sólo que la posesión material de bienes inmuebles es jurídicamente relevante, sino que la relevancia de esa posesión ya no puede pensarse como una solución de transición (a la manera en que debía pensarse la aplicabilidad del régimen del artículo 700 bajo el Código Civil). Ahora existe, junto al régimen normal de posesión inscrita del Código Civil, un régimen normal de posesión material que en principio es de duración indefinida. Es el régimen aplicable a la pequeña propiedad raíz, llamado de "regularización" o "saneamiento" de la posesión.

El origen de este régimen alternativo puede rastrearse al menos a la ley N° 6.382, de 1939, y hoy se encuentra contenido en el decreto ley N° 2.695 (de "regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz"). Este régimen permite que la posesión constituida de modos irregulares sea "saneada", es decir, sometida al régimen regular del Código Civil. Para eso, sin embargo, necesita pronunciarse sobre los derechos que pueden ser reconocidos al que reclama una forma de posesión "irregular" cuando sobre la misma cosa otro reclama una posesión regular. En esto el régimen evolucionó notoriamente durante el siglo XX. Si en la ley N° 6.382 el "poseedor inscrito" tenía preferencia (una condición para el saneamiento bajo esa ley era que el predio de cuyo saneamiento se trataba no formara parte de un predio inscrito), las reglas vigentes del decreto ley N° 2.695 (que reproducen en esto reglas anteriores, contenidas a su vez en el D.F.L. RRA. N° 6, de 1968) dan al poseedor material preferencia, sujeta, desde luego, a ciertas condiciones.

El hecho de que el régimen de regularización ya no pueda pensarse como un régimen de transición hace que el problema de la aplicabilidad no pueda responderse como antes, cuando se planteaba al interior del Código Civil. En efecto, ¿cuál es la relación entre estos dos regímenes? Para la doctrina tradicional, sin embargo, la respuesta es igualmente simple: ella comprende las reglas sobre saneamiento de la posesión como un régimen ajeno al Código Civil, aplicable en consecuencia sólo

a los procedimientos explícitamente regulados en el decreto ley N° 2.695. Esto vale no sólo para las reglas procedimentales del decreto ley N° 2.695, sino también para sus reglas substantivas: en particular, las del artículo 19, que especifican qué derechos han de preferirse cuando se oponen los del que detenta materialmente sin posesión inscrita y los del que, teniendo inscripción a su favor, no detenta.

Esta manera de entender las reglas de saneamiento es una instancia de una actitud más general: la de entender que en algún sentido durante el siglo XX el logro que la codificación representó estuvo bajo peligro producto de la "politización" del derecho civil. Esta politización se manifestaba a través de "intromisiones" del legislador (intromisiones cuyos ejemplos más notorios, a estas alturas indiscutidos, son el derecho del consumo y el derecho del trabajo, ambos desgajados del régimen general de la contratación contenido en el Código Civil). La doctrina tradicional defiende la integridad del orden del Código declarando dichas intromisiones como "excepcionales". Que sean excepcionales quiere decir que ellas se aplican sólo a los casos que ellas explícitamente regulan, dejando vigente el orden del Código Civil en el resto (y dejando también al Código Civil como el orden de trasfondo, el que rige "supletoriamente").

Detrás de esta defensa del orden del Código Civil hay una interpretación de la significación del Código y las tendencias a las que se vio expuesto durante el siglo XX. Esta interpretación corre más o menos como sigue: En los códigos tradicionales (cuyo paradigma es, desde luego, el Código Civil) hay un sistema racional que condensa 20 siglos de tradición y reflexión jurídica, sobre qué es lo suyo de cada uno. Dicho orden es un orden de justicia correctiva, no distributiva. Por consiguiente, es un orden que es no político por definición. Pero durante el siglo XX la mayor notoriedad política de grupos tradicionalmente marginados, y en general el surgimiento del socialismo y de la socialdemocracia en Europa, hizo que a través de la acción política se intentara atender a presiones distributivas de esos grupos. Dichas presiones se tradujeron en regímenes separados del Código, como los del decreto ley N° 2.695 (es interesante constatar aquí que las reglas substantivas del decreto ley N° 2.695, dictadas durante el período de predominio del neoliberalismo de Chicago, son en lo fundamental las mismas que las contenidas en el D. F. L. RRA. N° 6 de 1968, dictado en el contexto de la reforma agraria), de modo que en muchas áreas la situación es análoga a la que hemos visto en materia de posesión de inmuebles: un régimen contenido en el Código existe paralelamente a un régimen contenido en legislación especial, separada del Código. En este contexto, la defensa de la integridad del "orden del Código" es la defensa del primero de la colonización por el segundo. Esta defensa se justifica porque el régimen del Código es el régimen racional, el que se justifica por consideraciones "técnicas" y no distributivas.

Ahora bien, una descripción como la anterior es habitualmente el prólogo a un argumento que ridiculiza la pretensión de la dogmática tradicional de que el

Código contiene un orden distributivamente neutral y políticamente aséptico. En efecto, los críticos de la “dogmática tradicional” suelen objetar este último punto y ofrecerlo como un ejemplo de falsa conciencia: el profesor (“tradicional”) de derecho civil puede creer o decir que cree que el derecho civil no es guiado por consideraciones redistributivas de política, pero eso es falso. La pretendida “autonomía” del derecho civil es falsa.

No es ésta la posición que se defiende en este artículo. Al contrario, en esta disputa precisa, la de si es o no correcto entender al derecho civil como un espacio libre de política (es decir, libre de reglas que deban ser entendidas por referencia a sus finalidades distributivas), la crítica habitual dirigida contra la “dogmática tradicional” es errada. El Código Civil contiene, como ésta sostiene, un orden racional y políticamente neutral. El derecho civil efectivamente tiene una cierta autonomía, que hace que a su interior las cuestiones se planteen no en términos de beneficios distributivos sino de títulos. El argumento para explicar esto, sin embargo, no puede ser desarrollado aquí. Lo que me interesa destacar es que las líneas que siguen no rechazan sino asumen este supuesto de la dogmática tradicional.

Lo que el crítico y el “jurista tradicional” no ven es que en el caso de la posesión de inmuebles la relación entre el régimen que se sigue de la racionalidad interna del Código y el que se sigue de consideraciones distributivas ajenas al Código (y es, por consiguiente, externo a él) es precisamente al revés de cómo suele entenderse.

En el sistema correspondiente a la racionalidad del Código Civil, la posesión es un hecho material (artículo 700 C. C.). Si hay una regla de oro en la tradición civil, aunque pueda parecer paradójal, es que las cosas son en definitiva para quienes las tienen (lo que en materia de detentación de inmuebles se transformaría –nótese la ironía– en “la tierra para el que la trabaja”). Pero este régimen tiene un problema cuando es aplicado a una estructura de tenencia de la tierra que descansa en dueños ausentes, que era precisamente el caso de la aristocracia terrateniente en 1855 (es obvio que el problema del dueño ausente se hace más agudo mientras más difícil son las comunicaciones entre el dueño y quienes detentan a su nombre). De ahí se sigue la necesidad del régimen de posesión inscrita. De modo que no es correcto decir que, en materia de posesión de inmuebles, el sistema que fluye de la racionalidad intrínseca del derecho civil es el que está en el Código y el que ha sido creado a través de legislación especial durante el siglo XX es el que, desviándose de esa racionalidad intrínseca, ha introducido criterios asistemáticos para beneficiar a grupos particulares: es *precisamente al revés*. El régimen de posesión inscrita contenido en el Código Civil es el régimen que se desvía de la lógica interna del derecho civil, con la finalidad de beneficiar a grupos particulares, mientras la legislación que ha ido creciendo alrededor de ese Código (las diversas formas de saneamiento de la posesión) son las formas en que

la irracionalidad introducida por el régimen políticamente motivado del Código Civil es solucionada, volviendo de modo más o menos explícito al régimen de la tradición civil, que entiende la posesión en sentido fáctico.

Esto es importante porque necesitamos poder determinar la relación que existe, entre el régimen del Código Civil (“la tierra para el que la tiene inscrita a su nombre”) y el de las reglas sobre regularización de la posesión (“la tierra para el que la ha detentado pacíficamente por al menos 5 años”), en términos de régimen general y excepción. La necesidad de plantearse esta pregunta ha sido ignorada por la dogmática tradicional, que es incapaz de ver el notorio problema que su solución irreflexiva crea. Esta solución es la que se sigue de la comprensión invertida que caracteriza a la doctrina tradicional.

En efecto, como la doctrina tradicional entiende que el régimen que corresponde a la racionalidad del Código es el de posesión inscrita, y el que se desvía de esa racionalidad es el contenido en la legislación especial respectiva (hoy el Decreto Ley N° 2.695), ella entiende que el primero es el de general aplicación y el segundo es aplicable sólo excepcionalmente. Las consideraciones contenidas en los dos párrafos anteriores sugieren invertir esta relación, y entender entonces que la racionalidad propia del derecho civil exige entender que las reglas generalmente aplicables a la solución de controversias entre posesión inscrita y posesión material están básicamente en el artículo 19 del Decreto Ley 2.695 y no en los artículos 728-730 del Código Civil. Es importante, sin embargo, observar la aguda irracionalidad que esta comprensión introduce en el sistema de posesión de bienes inmuebles.

Precisamente porque la dogmática tradicional tiene razón y el Código Civil contiene un orden racional, al injertar en él un orden distinto, políticamente motivado, lo que ocurrió es que el sistema como un todo devino incoherente. Es función de la ciencia del derecho identificar esas posibles incoherencias y solucionarlas. Pero como la relación entre lo que es parte del orden y lo que es intervención políticamente motivada con él ha sido entendida al revés, dichas incoherencias no han sido identificadas. El régimen de posesión inscrita está plagado de incoherencias (en particular el régimen de acciones es prácticamente incomprensible¹), pero aquí

¹ Aunque no es posible detenerse en este punto todo lo que su importancia sugiere, nótese que conforme al régimen de posesión inscrita del Código Civil el dueño no tiene acción para recuperar su cosa inmueble de manos de quien se la ha arrebatado fácticamente, al menos después de transcurrido el año al que se refiere el artículo 920, es decir, desde que ha prescrito el interdicto de amparo. Habiendo éste prescrito, el dueño ya no puede recurrir a interdicto posesorio alguno, y desde luego no puede ejercer la acción reivindicatoria, porque conforme al régimen de la posesión inscrita el usurpador no es poseedor. Algunos han intentado ver en el artículo 915 la solución a este problema, y la práctica chilena ha recurrido a la acción de precario del inciso 2° del artículo 2195. No es éste el lugar para objetar esta solución. Es evidente que la conclusión de que el dueño no tiene medios legales para recuperar su cosa en las circunstancias especificadas más arriba es inaceptable, por lo que alguna regla como la del artículo 915 o del artículo 2194 tendrá que servir para evitar

sólo podemos detenernos en una que se manifiesta precisamente en el modo en que se relacionan los dos regímenes posesorios identificados al principio.

Al formular lo que luego devendría la versión ortodoxa de la "teoría de la posesión inscrita", que insiste en la radical irrelevancia posesoria de la detentación material, Humberto Trucco debió enfrentarse a la siguiente objeción:

Se dice: si la inscripción constituye por sí sola *posesión*, hay que aceptar el *absurdo* y la consecuencia *monstruosa* de que, si alguien vende un inmueble *ajeno* que no está inscrito el comprador, por el hecho de inscribir, se coloca en situación de ganar la cosa por la prescripción extraordinaria de treinta años, y puede así expulsar al verdadero dueño y poseedor, que lo era tal vez desde tiempo inmemorial.²

La primera respuesta de Trucco a esta objeción (una respuesta que resulta debilitada por el hecho de que, después de la Ley N° 16.952, ya no se trate de 30 sino de 10 años) nota que es un caso de "remota ocurrencia", porque es "bien difícil" que el dueño no haya necesitado inscribir para transferir su propiedad, o que ésta de un modo u otro no cambie de manos en ese largo tiempo. Pero ésta es sólo una defensa dilatoria. La defensa de fondo defiende esta consecuencia aparentemente "monstruosa" y "absurda" incluso en los remotos casos en los que pueda ocurrir. La cuestión es que el absurdo y la monstruosidad son sólo aparentes, porque el perjuicio para el dueño no inscrito no es consecuencia de la ley sino de su negligencia. Comentando la situación del que adquiere el dominio inscribiendo el predio en este caso, Trucco sostiene:

"Pero, ¿es cierto que el reconocimiento de un dominio [ganado por prescripción extraordinaria por el que sin ser dueño inscribió en perjuicio del dueño no inscrito] sea atentatorio contra la *equidad*? En manera alguna. En ello no debe verse sino una *sanción legal*, un mal a que se ha expuesto el poseedor no inscrito por obra de su propia y personal incuria o desidia, y el que por negligencia o desidia propia se expone a un daño, debe aceptar resignado las sanciones con la que la ley castiga su desidia, por duras que ellas sean, sin pretender una *protección tardía* que estuvo en sus manos alcanzar al amparo de la ley en cuanto momento durante el largo espacio de treinta años."³

Continuación nota ¹

esa conclusión. Lo que ahora importa es que la situación es sorprendente, y se explica por la regla del artículo 920, que parece contener un caso de acción real que se extingue por vía principal. Eso no tiene sentido. La explicación es que el artículo 920 está pensado para el régimen de posesión material (al año el interdicto no prescribe, sino que al año la ley deja de entender que el usurpado es poseedor, y por eso pierde el interdicto), pero es incomprensible por referencia al régimen de posesión inscrita. Esto está en el origen, a mi juicio, de la notoria arbitrariedad de la jurisprudencia sobre precario, cuando uno la considera globalmente. Son casos en los cuales, como se verá más adelante, los jueces intentan dar soluciones adecuadas mientras la ley los fuerza a una conclusión insostenible.

² TRUCCO, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno", *R. D. J.*, t. 6, pp. 131-155, p. 143.

³ *Ibid.*, p. 144.

Las consecuencias que sufre el que no cumple los requisitos formales para ver protegida su posesión son tan radicales que esa desprotección debe poder ser imputada a la "propia y personal incuria o desidia" del que ha sufrido el perjuicio. Si el dueño, en su negligencia, no se preocupó de inscribir su posesión, y como consecuencia de eso otro logró posesión inscrita sobre el predio de modo que cuando el dueño quiso ejercer su derecho recién entonces notó que lo había perdido, entonces el dueño sólo tiene a él mismo y a su negligencia que culparse.

Es evidente que la plausibilidad de esta justificación depende de dos cosas: la radicalidad de los efectos legales de la falta de inscripción y el grado de familiaridad con las condiciones técnicas de operación del derecho que es necesario mostrar para obtener la protección legal. Y es igualmente evidente que, sin perjuicio de qué es lo que parecía aceptable al legislador en 1855 o a Humberto Trucco en 1910, todo el sentido de la introducción de regímenes de saneamiento de la posesión de inmuebles, desde 1939 (con la Ley N° 6.382, primera de saneamiento) es que el legislador ha constatado que el supuesto de Trucco es, en las condiciones del siglo XX y tratándose de la detentación de la pequeña propiedad raíz, insostenible. Que no se puede reprochar negligencia, en otras palabras, a quien no recurre a los mecanismos formales de protección de sus derechos cuando se trata de personas cuyas condiciones económicas o sociales hacen difícil su acceso a la asesoría jurídica. La dictación de la legislación de saneamiento es el reconocimiento institucional del hecho de que el perjuicio que sus beneficiarios sufren por el hecho de quedar sin protección jurídica no es reconducible a su desidia (caso en el cual ese perjuicio puede ser tratado, como lo vio Trucco, como una forma de "sanción" civil), sino a su condición de clase. Dicho de otro modo, el propio legislador ha decidido, en un proceso que sólo tendió a agudizarse durante el siglo XX, que dada la situación de pobreza o marginalidad de los afectados (identificada actualmente por el valor de los predios en cuestión, al tenor de lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto Ley N° 2.695, una regla que proviene del D.F.L. N° 6 de 1968) no es posible, en las circunstancias, imputarles negligencia, y por eso no se justifica negarles la protección del derecho. Ése y no otro es el sentido del hecho de que las reglas sobre saneamiento protegen a quien se encuentra en condiciones que, conforme al régimen del Código Civil, no tiene ninguna posición jurídica digna de protección: al que, por ejemplo, ha adquirido sobre la base de un contrato de compraventa que no ha sido inscrito (y que por consiguiente carece radicalmente de todo derecho sobre la cosa vendida, conforme al artículo 686 C. C.), o al que sólo puede mostrar a su favor el hecho de que le prometieron vender pero que además puede acreditar que pagó al menos parte del precio y ha detentado la cosa por cinco años (que no sólo carece de tradición en términos del artículo 686, sino que adicionalmente carece de título traslativo de dominio!).

El problema es que, como la dogmática tradicional entiende que el régimen completo del Decreto Ley N° 2.695 es excepcional (porque en su comprensión invertida entiende que éste se desvía del sistema "racional" del Código para perseguir los objetivos políticos del legislador intervencionista del siglo XX), ella coherentemente concluyó que todas las reglas del Decreto Ley N° 2.695 se aplican solamente a los procedimientos que ese decreto crea. Y esto incluso cuando esas reglas son reglas substantivas, es decir, son reglas sobre quién tiene protección legal, no sólo sobre los plazos en los cuales las oposiciones deben ser presentadas, etc.

Y esto deja abierta la posibilidad para casos en los que se trata de una acción de precario, sujeta entonces al régimen "general" del Código Civil (y no al régimen "excepcional" del Decreto Ley N° 2.695), interpuesta por quien es poseedor inscrito de un inmueble en contra de quien lo detenta materialmente en condiciones tales que, si se tratara no de una acción de precario sino del procedimiento "especial" del Decreto Ley N° 2.695, podría oponer esa detentación contra el actual poseedor inscrito de modo que este último carecería de derecho a oponerse. Como las reglas del Decreto Ley son aplicables sólo al procedimiento de saneamiento, si el beneficiado por ellas no ha iniciado el procedimiento, entonces carece radicalmente de protección: si detentaba, por ejemplo, sobre la base de una promesa de compraventa (que en términos del Decreto Ley N° 2.695 le habría dado plena protección incluso en contra de la oposición del dueño), pero por "desidia o incuria" se encuentra con el dueño (que deriva su título de quien prometió vender y recibió el precio) no en el marco del procedimiento de saneamiento sino en un juicio de precario iniciado por éste, no tendrá nada que oponerle. Nótese la radical diferencia: *en la misma situación el detentador material recibirá, dependiendo del procedimiento en el que la cuestión se ventile, toda o ninguna protección del derecho.* Y la cuestión de si se encontrará el detentador con el dueño en un procedimiento de saneamiento o de precario depende en parte del hecho de que el detentador pida el saneamiento. La paradoja es que la legislación que se creó para compensar el déficit de protección con el que quedaba el que no tenía acceso al derecho depende, para su aplicación, de que ese mismo individuo, que no tiene acceso al derecho o no lo tiene tan expedito, acceda al derecho solicitando el saneamiento. La contradicción no podría ser más flagrante, y deja a los jueces en una situación insostenible: en el juicio de precario, el juez tiene que decirle al demandado que no tiene derecho alguno, aunque lo tendría todo si hubiera iniciado el procedimiento de saneamiento a tiempo, y que entonces su negligencia lo condena, aun cuando el legislador ha reconocido una y otra vez que en las circunstancias en las que se encuentra no se le puede reprochar negligencia. No es extraño, entonces, que los tribunales busquen subterfugios para evitar esta conclusión.

1390

**REVISTA DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD
ADOLFO IBAÑEZ**

NUMERO I: 2004

**COMENTARIO DE LA
JURISPRUDENCIA DEL
AÑO 2003**

**CORTE SUPREMA
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

PEÑALOLÉN, 2004

ADQUISICIÓN DE DERECHOS REALES

Accesión de mueble a inmueble

La ley 6285, de 1938, autorizó la expropiación de un terreno donde manaban aguas termales. Con el mérito de esa autorización, y antes de que la propiedad fuera efectivamente expropiada, ella fue entregada en concesión a la entonces Caja de Seguro Obligatorio (cuyo sucesor legal es el Instituto de Normalización Previsional, INP), con el objeto de que éste construyera diversos establecimientos de explotación turística. La Caja de Seguro Obligatorio realizó dicho cometido, construyendo para ello diversos establecimientos deportivos y recreativos. Éstos son los hechos que fueron discutidos en *Asesio con INP*. Aquí, la demandante alega ser dueña de parte del predio donde los edificios fueron en su momento construidos y, en consecuencia, solicita que se obligue a la demandada a pagar el valor de esos terrenos o se declare que se ha hecho dueña de los mismos por prescripción. El INP respondió alegando reconventionalmente la prescripción y en forma adicional su derecho de retención conforme al inciso 2º del artículo 669 (que da derecho al que edifica, planta o siembra con materiales propios en predio ajeno a ser indemnizado del valor de lo edificado, plantado o sembrado antes de restituir, si se ha edificado, plantado o sembrado "a ciencia y paciencia del dueño").

Como la demandante tenía el predio inscrito a su nombre, y era sucesor de modo ininterrumpido de quien fuera poseedor inscrito al momento de ocurrir los hechos que originan el litigio, la alegación de prescripción hecha por el INP fue fácilmente desechada. En primera instancia, el tribunal lo hizo sobre la base de los artículos 724 y 2505 del Código Civil: conforme al primero, la demandada no pudo adquirir posesión del inmueble, por no haberse practicado la inscripción necesaria para ello; conforme al segundo, no puede alegarse posesión material para derrotar una posesión inscrita (c. 12). La Corte Suprema, aunque casó la sentencia de segunda instancia que confirmó la de primera, también negó la alegación de la parte demandada, concluyendo correctamente que la poseedora del inmueble era la parte demandante, y que por consiguiente la alegación de la prescripción por la demandada era impertinente (c. 9).

La cuestión más interesante en este caso fue la aplicación del artículo 669, que regula la accesión de mueble a inmueble. Como se sabe, el artículo 669 contiene una regla que distingue dos situaciones: la del que edifica, planta o siembra con materiales propios en suelo ajeno con desconocimiento del dueño, y la del que lo hace a ciencia y paciencia de éste. En el primer caso el dueño tiene el derecho alternativo de "hacer suyo el edificio", estando obligado sólo a las indemnizaciones que corresponden conforme a las reglas sobre prestaciones mutuas (arts. 904-915 CC) o de exigir al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno más los intereses correspondientes (art. 669 inc. 1º). En el segundo caso (si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño), el derecho alternativo del inciso primero desaparece y el dueño sólo tiene derecho a "recobrar" el (uso del) terreno, para lo que sin embargo debe previamente indemnizar el valor del edificio, plantación o sementera.

Por razones que serán evidentes más adelante, es útil entender las reglas del artículo 669 por referencia a las reglas sobre prestaciones mutuas en el caso de reivindicación. No son un corolario de éstas, porque las soluciones que contienen son diversas, pero se refieren a problemas suficientemente similares como para entender que entre ellas debe haber la "debida correspondencia y armonía" de que habla el artículo 20.

En efecto, las reglas del artículo 669 no reproducen las reglas sobre prestaciones mutuas. La indemnización a la que el poseedor vencido tiene derecho se determina, en éstas, en atención al tipo de mejora realizada, mientras que en aquéllas lo determinante es si el dueño toleró inactivamente la construcción o simplemente la desconocía. La razón por la que las reglas difieren es que el problema de la construcción en suelo ajeno puede plantearse no sólo en casos caracterizados porque un poseedor ha sido vencido en un juicio reivindicatorio. Hay por lo menos dos situaciones más: la del constructor que cree que entre el dueño y él hay un contrato (creencia refrendada, en el caso del inciso 2º, por la inactividad del dueño), y la del que, como en el caso en comento, cree tener un derecho sobre el inmueble pero que no es siquiera poseedor por no tenerlo registrado a su nombre.

Ahora bien, tratándose de las indemnizaciones del artículo 669 la ley es más generosa con el constructor del inciso 2º que con el poseedor de buena fe. En efecto, el primero sólo puede recobrar (arts. 908-909 CC) las mejoras necesarias y las útiles (respecto de las voluptuarias sólo tiene *ius tollendi*, el derecho a "llevarse los materiales de dichas mejoras" conforme al art. 911). El constructor en el caso del artículo 669 inciso 2º, por su parte, tiene derecho a que se le indemnice el valor del edificio con prescindencia de su calificación en tanto mejora, y con prescindencia de si ha estado de buena o mala fe.

Es interesante destacar la peculiaridad de la obligación que el Código Civil impone al dueño de un terreno, si sabe que se está construyendo o plantando en él. El dueño está obligado a advertir a quien edifica o planta que el

terreno en que lo está haciendo es ajeno y que se expone a perder el valor de lo que haya edificado o plantado, y si no lo hace no podrá recobrar el terreno. Si se considera que lo edificado (como en el caso en cuestión) puede ser de una entidad significativa, el incumplimiento por el dueño de esta carga lo hace adquirir una obligación de indemnizar que puede ser superior al valor del inmueble. Y nótese que esta obligación es una que tiende a evitar que el que actúa ilegalmente sufra perjuicio. La acción del constructor es ilegal en la medida en que interfiere con el dominio ajeno, y la ley no exige siquiera que esté de buena fe: puede invocar el inciso 2º del artículo 669 incluso quien actúa a sabiendas de que el terreno es ajeno, si lo hizo a ciencia y paciencia del dueño.

¿Por qué el Código impone esta obligación sobre el propietario? Algunos autores han defendido la tesis de que esta obligación no es anómala, es decir, no se desvía del sistema del Código. El mejor ejemplo de esta tesis es Luis Claro Solar, quien entendía la regla del inciso 2º del artículo 669 como una sanción al propietario de mala fe:

En este caso [el del inciso 2º del art. 669 CC] el propietario ha procedido de mala fe, puesto que en lugar de entablar desde luego su demanda reivindicatoria, a pesar de tener conocimiento de los trabajos que ejecuta el poseedor, lo deja hacer para lucrar enseguida con la obra ejecutada en la expectativa de que lo que se ha de indemnizar sea inferior al gasto efectivo¹.

Pero Claro Solar aquí va demasiado rápido. Si el fundamento de la regla del inciso 2º del artículo 669 fuera la mala fe del propietario, ¿no bastaría una presunción legal de mala fe? El argumento de Claro Solar no es suficiente para justificar la radicalidad de la regla que comentamos. Es perfectamente posible que el dueño no advierta al constructor por desidia, lo que en derecho civil calificaría como negligencia. Pero una persona normalmente no tiene obligación de mostrar diligencia respecto de los intereses de otra: sólo tiene un deber general de cuidado.

Quizás, entonces, el Código Civil le imputa al dueño una declaración de voluntad. En efecto, podría decirse que la inactividad del dueño es una manifestación de voluntad. Si así fuera, tendría que tratarse de un caso de voluntad tácita o presunta. Pero en realidad no puede ser un caso de voluntad tácita, porque eso es contingente: el silencio puede o no ser declaración tácita de voluntad, y la regla legal no hace las consecuencias dependientes de los hechos adicionales que lo demuestren (el dueño no puede defenderse alegando que su inactividad no era una forma de manifestar su aquiescencia al uso de su predio por el constructor); debe entonces ser una voluntad presunta, es decir una voluntad que la ley imputa al sujeto con independencia de lo que el sujeto quiera. En este caso necesitamos una justificación para esta imputación de voluntad. ¿Podría ser simplemente que el dueño puede evitar, con escaso detrimento para él, un daño significativo al patrimonio del tercero que construye, planta o siembra? Esta solución parece plausible mientras uno no

¹ Claro Solar, L: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992), t.viii, §702.

recuerda que es el tercero el que está actuando ilícitamente; desde luego, puede esperarse que una persona se preocupe por los intereses de otra incluso cuando ésta está infringiendo el derecho de la primera. De ahí, sin embargo, a decir que la primera tiene el *deber legal* de colaborar a que el que actúa ilícitamente no sufra perjuicio hay un paso que el Código en general es reacio a dar. En la accesión de mueble a inmueble lo da sin titubear y es esta anomalía la que reclama una explicación. En otras palabras, la obligación especial del dueño de actuar diligentemente respecto de los intereses del constructor es anómala, y para esa anomalía es importante encontrar una explicación.

Una probable explicación parece estar en consideraciones de política urbanística. Ésta es, por otra parte, la justificación más probable del surgimiento de la regla romana *superficies solo cedit*, que yace bajo el artículo 669²: el constructor no puede reivindicar los bienes muebles con los que ha construido porque no puede permitírsele reivindicar la viga que sostiene el resto del edificio. La regla *superficies solo cedit* es necesaria, de acuerdo a Ulpiano, "ne urbs ruinis defformetur" ("para que la ciudad no pierda su forma por los derrumbes": D. 47.3.1). Las consideraciones urbanísticas operan en ambos sentidos: el dueño del inmueble se hace dueño de lo construido sobre él (y el constructor no puede reivindicar sus muebles porque pierde el dominio sobre ellos), pero el dueño de los muebles tiene derecho a ser indemnizado. La indemnización es más significativa mientras más atendible haya sido el error del constructor, y por eso la doble regla del artículo 669.

De modo que debe entenderse que la obligación del dueño no es una obligación interna a la relación entre el dueño y el constructor, sino una limitación de orden público al derecho de dominio (del propietario de los bienes muebles utilizados para la construcción).

Las consideraciones anteriores, que sólo destacan lo anómalo de la regla del inciso 2º del artículo 669, sirven para determinar la extensión que debe recibir la expresión "a ciencia y paciencia del dueño". La Corte Suprema asume³ que construye a ciencia y paciencia del dueño quien construye *con conocimiento* del dueño, pero dadas las consideraciones anteriores parecería razonable entender que "a ciencia y paciencia" es más exigente que sólo "con conocimiento": se actúa "a ciencia y paciencia" del dueño cuando se actúa con su conocimiento, en circunstancias tales que para el dueño intervenir y advertir al que construye

2 No sería el único caso en el que consideraciones de índole urbanística llevarían a los juristas romanos a desviarse de los principios jurídicos. Otro caso es el de la servidumbre de apoyo *oneris ferendi* (Ulp. D. 8.3.6.2) que, en contra de la regla tradicional, *servitus in facere consistere non potest*, imponía al dueño del predio sirviente la obligación (activa) de mantener en buenas condiciones el muro de su propiedad sobre el que se apoyaba la construcción vecina. Al respecto véase Atria, F: "A Roman puzzle" en 34 *The Irish Jurist* (1999) 276-29. Respecto de la regla *superficies solo cedit*, es de la misma opinión Carrasco, A: *Ius Edificandi y Accesión* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1986), pp. 98-91.

3 Apoyándose en Ramos, R: "Edificación en suelo ajeno sin previo contrato" en *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción, 1986), pp. 141-147. La sentencia cita erradamente la página 414 como la página inicial. Este artículo aparece reimpresso, doce años después pero bajo un autor distinto, en Grollmus, C: "Edificación en sitio ajeno sin previo contrato" 19 *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso, 1998), pp. 383-390.

no resulta gravoso. Como todo lo que se exige es que el dueño no reaccione, por regla general los dos estándares llevarán al mismo resultado, porque por regla general advertir a quien construye de que está construyendo en terreno ajeno no debería ser particularmente gravoso. Pero si lo es, entonces no parece sensato preferir la posición del tercero en contra del dueño.

La Corte Suprema no hace esta distinción (tampoco lo hace la Corte de Apelaciones ni el juez de primera instancia, porque ellos decidieron, erradamente, que lo importante era lo que se había hecho a ciencia y paciencia del dueño actual al momento de la construcción), y razona sobre la base de que el inciso 2º del artículo 669 simplemente exige que se haya construido (etc.) con conocimiento del dueño. Efectivamente, la Corte Suprema aplica al caso las reglas del inciso 2º del artículo 996, aceptando como suficiente para ello que se había demostrado "que el dueño del suelo *tuvo conocimiento* de la construcción del edificio, careciendo por tanto de fundamento esta acción" (c. 7).

En todo caso, el juez de primera instancia decidió que la construcción no se había hecho a ciencia y paciencia del dueño, por lo que la regla que debía aplicarse era la del inciso primero (derecho alternativo del dueño). Como está dicho, la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia. La Corte Suprema casó la sentencia de segunda instancia, y decidió que la edificación se había realizado a ciencia y paciencia del dueño, por lo que la regla aplicable era la del inciso 2º del artículo 669 (derecho de retención para el edificador). Podría pensarse que la Corte Suprema no tenía competencia para imponer su opinión sobre si se había edificado a vista y paciencia del dueño o no, porque esta parece ser una cuestión de hecho sobre la cual los jueces del fondo tienen la última palabra. Pero esta apreciación sería incorrecta. La razón por la que el juez de primera instancia y luego la Corte de Apelaciones decidieron que la regla aplicable era la de del inciso primero del artículo 669 era que "la edificación fue iniciada sin el conocimiento de la actual dueña exclusiva" del inmueble, ya que "a la data del inicio de la edificación [la demandante] aún no era dueña exclusiva" (c. 8 sent. prim. inst.). El juez razona sobre la base de que el inciso 2º del artículo 669 del Código Civil es aplicable sólo cuando la persona que demanda es aquella a ante cuya vista y paciencia se edificó. La Corte de Apelaciones parece concurrir con el juicio del juez de primera instancia, porque cree que es relevante para el caso el hecho de que "la construcción en los terrenos de la actora tiene una data muy anterior a la fecha en que la actora adquiere el dominio exclusivo de la propiedad de autos" (c. 2).

Claramente éste es un grueso error de derecho que debe celebrarse que la Corte Suprema haya corregido. En el momento en que el dueño observa pasivamente como se edifica, planta o siembra en su terreno, el derecho de dominio que está incorporado a su patrimonio es afectado: ahora su uso de la cosa está sujeto a la compatibilidad de ese uso con el uso por el extraño de la edificación, plantación o sementera o al pago de lo que éste haya invertido. Esta modificación en el contenido del derecho de dominio del dueño es

transmisible, por lo que sea quien sea quien lo suceda en el título incorporará a su patrimonio un derecho de dominio con las mismas características (por supuesto, que su derecho de dominio haya sido modificado no quiere decir que lo haya sido por un derecho real correlativo del constructor, que carece de todo derecho real relativo a la cosa. Por eso, el derecho del constructor es contra el dueño que observó la construcción y quien lo suceda en el dominio, y no alcanza a quien adquiriera el dominio originario de la cosa, *e.g.* por prescripción). Cuando la Corte Suprema casa la sentencia, basado en que la Corte de Apelaciones infringe la ley porque entiende que aquél a cuya ciencia y paciencia debe haberse construido es el dueño actual y no el dueño contemporáneo a la construcción, lo que está haciendo es corregir la errada interpretación de la ley hecha por el juez y la Corte, no imponiendo a éstos su propia apreciación de los hechos. Por eso la Corte correctamente señala que el vicio que permite casar la sentencia es la errada interpretación de la ley de la Corte de Apelaciones (c. 4), dejando para la sentencia de reemplazo la apreciación de la prueba para determinar si era o no el caso que se había construido a vista y paciencia del dueño.

En esta sentencia, la Corte declara que la situación es la cubierta por el inciso segundo del artículo 669, y en consecuencia desecha la demanda en lo principal, que ejercía uno de los derechos que el inciso 1º confiere al dueño. A continuación, la Corte acoge la petición subsidiaria, y declara que la demandante se ha hecho dueña de lo construido por prescripción adquisitiva. Al mismo tiempo, rechaza la reconvencción del demandado que solicitaba se declarara a su favor el derecho de retención del inciso 2º del artículo 669.

La decisión de la corte es correcta, pero sus razones son erradas.

En primer lugar, la demandante en ese caso era efectivamente dueña del inmueble por adherencia, pero no lo era por prescripción sino por accesión. La Corte sostiene que la demandante era poseedora del edificio porque éste "quedó amparado por la respectiva inscripción de dominio del conservador de bienes raíces", y esto porque el edificador "sabía que el terreno en que construía pertenecía a un tercero" (c. 9). Es difícil ver el vínculo entre estas dos cuestiones. La cuestión de si el edificio "queda amparado" por la inscripción es seguramente independiente del hecho de que el edificador sabía que el terreno era ajeno, y tiene que ver únicamente con la cuestión de si ha de considerarse al edificio como una cosa accesoria respecto del inmueble sobre el que se construye. En el contexto del Código Civil chileno, es difícil ver cómo puede evitarse la conclusión de que el edificio es accesorio al inmueble. El artículo 668 ha dispuesto que incluso cuando el dueño de *mala fe* construye con materiales ajenos lo edificado ha de considerarse accesorio al inmueble. En consecuencia, la conclusión en nuestro caso debe ser que, haya o no sabido la Caja de Seguro Obligatorio que el terreno era ajeno, lo edificado accede al terreno sobre el que es edificado.

Y esto soluciona inmediatamente la cuestión de cuál es el título en virtud del cual la demandante se ha hecho dueña de lo edificado: es accesión y no

prescripción. La cuestión es importante, aunque no afecta lo dispositivo del fallo, porque nos permite concluir que la demandante sería dueña incluso si no se hubiera cumplido el plazo de prescripción. Quizás aquí la Corte se dejó llevar por la argumentación de Ramos, quien sostiene, en el artículo al que la Corte hace referencia, que mientras el dueño deba la indemnización del inciso 2º (esto es, mientras el constructor tenga derecho de retención) el dueño del inmueble no se hace dueño de lo construido sobre él. Pero esta posición es insostenible. Desde luego, el lenguaje que el inciso primero utiliza (el dueño "tendrá el derecho de hacer suyo el edificio [...] mediante las indemnizaciones prescritas [...]") parece sugerir que el dueño del terreno no es dueño del edificio mientras no pague las indemnizaciones del caso. Pero esto es incoherente con la solución que el Código ha dado al caso inverso: el dueño del terreno se hace dueño del edificio que él mismo ha construido de mala fe con materiales ajenos. No se ve qué razón podría haber para tratar a aquél en cuyo terreno sin su conocimiento otro ha construido (inciso 1º art. 669 CC, que según Ramos sería dueño del edificio hasta el pago de la indemnización) de modo más desfavorable que al que de mala fe ha usado muebles de otro para construir en su propio terreno (art. 668 inciso 2º CC: sin perjuicio de que el dueño del terreno quede expuesto incluso a la acción criminal correspondiente, lo construido accede al inmueble).

Como hemos visto, el dueño de los muebles pierde su dominio sobre éstos cuando los usa en la construcción, no cuando ha transcurrido el plazo de prescripción. Las consideraciones de política urbanística mencionadas más arriba se cumplen sólo si el dueño de los muebles lo pierde de pleno derecho por el solo hecho de incorporarse éstos a un inmueble por adherencia. Si no fuera así, el dueño del acero utilizado para sentar los cimientos del edificio tendría los dos o 10 años de prescripción del artículo 0000 para reivindicar su acero produciendo la ruina del edificio. Negar esta posibilidad de reivindicación es la finalidad de la regla *superficies solo cedit* y del artículo 669. Por otra parte, si de tenor literal se trata, el artículo 669 inciso 2º habla de la "recuperación" de la cosa, con lo que parece estar sugiriendo que el dueño del terreno ha perdido algo y lo recuperará sólo si paga la indemnización debida. Pero el dueño no ha perdido el dominio sobre el edificio, porque conforme a la tesis de Ramos nunca lo ha tenido. ¿Qué ha perdido el dueño, que se trata de recuperar? No puede haber perdido el dominio sobre el inmueble sobre el que el tercero ha construido, porque la regla es precisamente la contraria: *superficies solo cedit*. Debe concluirse que todo lo que el dueño ha perdido es el *uso y goce* de su cosa, con la conclusión de que la cosa es de su propiedad, y de lo que se trata de recuperar es su uso y goce.

De este modo, la recta doctrina parece indicar que el dominio del dueño del terreno sobre éste y lo construido sobre él no está nunca en disputa: la cuestión es determinar solamente qué derechos personales contra el dueño tiene el constructor.

Y aquí se plantea la otra cuestión sobre la cual la Corte da la respuesta correcta por malas razones. ¿Tenía la demandada derecho a retener la cosa mientras la demandante no pagara el valor del edificio? La Corte ya había decidido que el caso estaba cubierto por el inciso 2º del artículo 669, y ese inciso da ese derecho al constructor. Pero a juicio de la Corte

Conforme al claro tenor literal del inciso 2º del artículo 669 del Código Civil, esta acción sólo pertenece al dueño del terreno que lo reivindica de su actual poseedor, que para recuperarlo debe pagar el valor del edificio al que construyó a su ciencia y paciencia y no al mero tenedor que edificó en suelo ajeno que sólo tiene la acción que corresponda de quien le otorgó el uso y goce del terreno de terceros como ocurre en la especie (c. 10).

Pero el tenor literal del inciso segundo no es claro en el sentido de que el derecho de retención corresponde sólo al poseedor:

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será éste obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera.

De hecho, la referencia no sólo a la edificación, sino también a plantaciones o sembradíos muestra que este inciso es perfectamente aplicable también al caso a) del que creía que tenía un contrato con el dueño en virtud del cual podía usar y gozar el inmueble, y b) del que creía ser dueño pero no era dueño ni poseedor, en virtud de las reglas sobre posesión inscrita, que es el caso que nos ocupa.

¿Cómo ha de entenderse esta referencia al "claro tenor literal" del inciso 2º del artículo 669? Parece haber sólo dos posibilidades: quizás la Corte entendió que la referencia del inciso 2º a la *recuperación* del terreno implica que es el dueño el que está recuperando de manos del poseedor. No es "claro", sin embargo, por qué la sola referencia a la recuperación del terreno restringe la aplicación del artículo 669 al caso del poseedor vencido: lo "recuperado" puede ser no sólo la posesión, sino también el uso y goce. Por otro lado, y a pesar de lo dicho por la Corte que hace referencia al tenor del inciso 2º, quizás ella entendió que era el claro tenor literal del artículo 996 *inciso 1º* el que restringía su aplicación al caso del poseedor vencido, en la medida en que dispone que el constructor tiene derecho a las indemnizaciones del poseedor vencido. Pero esto también dista de ser claro. Que el caso X deba ser resuelto por aplicación de las reglas dadas para el caso Y no implica "claramente" que X es Y; la razón puede perfectamente ser, como es en el caso, que la situación X es suficientemente similar en todo lo relevante a la situación Y y que, habiéndose dado reglas para Y, el legislador, en vez de reiterarlas, las hace aplicables a un caso al que en principio no son aplicables. Y la razón por la que en principio las reglas sobre prestaciones mutuas de la reivindicación no son necesariamente aplicables al caso del artículo 669 es precisamente que hay casos en los que no se trata de un poseedor vencido que tiene derecho a indemnizaciones por lo construido. El argumento de la Corte, que asimila el caso del artículo 669 al de los artículos 904ss, es entonces errado.

La decisión, sin embargo (*i.e.* que la demandada no tenía derecho a retener la cosa) es correcta. Y lo es porque, *contra* Ramos, el dueño del terreno es dueño

del edificio no desde el momento en que paga la indemnización que corresponda, sino desde que el edificio adhiere permanentemente al suelo. El inciso 2º del artículo 669, sin embargo, le da al constructor el derecho de retención que el artículo 914 le reconoce al poseedor vencido cuando tiene un saldo que reclamar. La parte demandada pretendía que ese derecho de retención subsistía hasta que el dueño pagara efectivamente ese saldo. La razón por la que esta alegación debía (probablemente) ser desestimada era que la demandante (probablemente) carecía de derecho de retención porque el derecho que tenía contra el dueño del terreno estaba (probablemente) extinguido. El derecho del constructor contra el dueño del terreno había sido (probablemente) extinguido por compensación (los "probablemente" en las frases anteriores se explican porque, como veremos, la solución del caso depende de una serie de hechos que no fueron considerados relevantes en el juicio, por la incorrecta aplicación del art. 669).

Para apreciar esto es necesario representarse la siguiente situación: A construye en el terreno de B a ciencia y paciencia de B. B reclama el terreno y el edificio, y A opone su derecho de retención en contra de esta pretensión de B. En principio, el inciso 2º del artículo 669 dispone que A tiene derecho a retener la cosa hasta que B pague. Si B paga, la obligación de B se extingue y consecuentemente se extingue el derecho de retención de A. Si B no quiere o no puede pagar, no puede usar y gozar el inmueble de su propiedad.

Nótese que esta situación es anómala: B es dueño de un predio y, sin contrato ni la constitución de ningún derecho real limitativo del dominio, no puede usarlo y gozarlo. Esta situación no puede ser indefinida. Al contrario, ella debe ser entendida de modo que lleve en sí misma una tendencia hacia su desaparición, de modo que el dominio tienda a su consolidación. Pero en la medida en que el dueño no quiera o no pueda pagar la indemnización, parecería que la situación es indefinida. Nótese adicionalmente que el constructor no puede exigir al dueño el pago de la indemnización, porque el dueño puede perfectamente decidir no pagar y soportar el derecho de retención del constructor. Por consiguiente la obligación del dueño de pagar la indemnización no prescribe.

El hecho de que esta situación no tienda a su consolidación ha llevado a algunos autores a inventar un plazo para el dueño ejerza su derecho a recobrar el terreno. Ramos cita a E. Serrano quien, discutiendo el caso del artículo 361 del Código Civil español, cree que puede exigirse al dueño el ejercicio de su derecho a recobrar el terreno dentro del plazo que el mismo código confiere para la retractación (art. 1524 CC español)⁴. Ramos no manifiesta su opinión respecto a la aplicabilidad de esta argumentación al caso chileno⁵. En todo caso, debe decirse que la ley no contiene plazo para que el dueño ejerza este derecho (como la Corte de Apelaciones de Concepción lo ha declarado en un caso citado por Ramos⁶).

4 Serrano, E: "La accesión mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 del Código Civil", en *Revista de Derecho Privado* (Madrid, 1981), pp. 669ss, cit. por Ramos, *op. cit.* en n. 2, pp. 145s.
5 *ibid.* p. 146.
6 *ibid.*

Correctamente entendida, sin embargo, la regla del artículo 669 no quiere de un plazo, porque ella tiende a la consolidación del uso y del goce en la persona del dueño. Como de lo que se trata es de un tercero (el constructor) que comete con o sin justa causa un error (ya porque creía ser dueño de un terreno ajeno, ya porque creía que entre él y el dueño hay un contrato), el constructor no puede quedar con mejor derecho del que la ley confiere al que cree con justa causa que es dueño sin serlo. Por justa que la causa de error haya sido, sabemos que el solo hecho del error no confiere a quien lo sufre un derecho a lo que habría tenido si no hubiera habido error: el constructor, por consiguiente, no tiene derecho real alguno sobre el inmueble. Sólo tiene, como hemos visto, un derecho de retención.

Ahora bien, el derecho de retención, en principio, sólo permite al acreedor retener la cosa de cuya restitución se trata como garantía de su crédito. Es un modo de presionar al deudor para que éste pague. Por eso el Código de Procedimiento Civil (art. 546) lo asimila a la prenda o la hipoteca, según el bien sobre el que recai, si es que ha sido judicialmente declarado, y sólo para los efectos de su realización y pago (no es, por consiguiente, un derecho real: no da al acreedor derecho de persecución⁷). Por eso también el Código Civil permite al deudor recobrar la cosa, garantizando el pago de la obligación asegurada (así, entre otros: arts. 699 inciso 2º, para el caso que estamos analizando; 914, para el caso del poseedor vencido; 2193, para el comodato⁸). De esto se sigue que, en principio, el derecho de retención no da al acreedor derecho de uso y goce de la cosa⁹.

Que no tenga derecho a usar y gozar la cosa no quiere decir que debe abstenerse de usarla y gozarla. Aquí la situación es la misma que la del poseedor de mala fe: éste también carece del derecho de usar y gozar la cosa, pero su uso y goce no es ilícito. La regla que le prohíbe usar y gozar no es una regla de propiedad en el sentido de Calabresi y Melamed sino una de responsabilidad¹⁰: si la usa y goza, deberá al dueño la renta por el uso, y el precio de los frutos de los que se hubiere apropiado por el goce. Para el poseedor de mala fe la regla está en el artículo 907 del Código Civil:

⁷ Véase, en el mismo sentido, Abeliuk, R: *Las Obligaciones* (Santiago: López-Viancos, 1971), p. 624.

⁸ Es posible entonces sostener que el deudor siempre puede recuperar la cosa garantizando el pago de la deuda. En este sentido véase Abeliuk, *ibid.* p. 623.

⁹ NB: lo dicho en el texto es que el mismo derecho de retención no da derecho de uso y goce; es posible que el acreedor tenga derecho a usar y gozar la cosa y el derecho de retención, al permitirle retener la cosa, le permite continuar usándola y gozándola. Así, por ejemplo, en el caso del art. 1937: "En todos los casos en que se debe indemnización al arrendatario, no podrá éste ser expulso o privado de la cosa arrendada, sin que previamente se le pague o se le asegure el importe por el arrendador". Aquí el arrendatario retiene la cosa como garantía, y en virtud de que detenta como arrendatario tiene derecho a seguir usando la cosa en los términos del arriendo (y el arrendador tiene derecho a que el arrendatario pague la renta, sin perjuicio de que entre esta obligación del arrendatario y la obligación del arrendador de indemnizar al arrendatario pueda operar la compensación. Lo que ocurrirá es que si el arrendador no paga el arrendatario podrá seguir usando la cosa arrendada y eventualmente la obligación del arrendador se extinguirá por compensación. La diferencia de este caso con el que comentamos es que el arrendador está incumpliendo una obligación contractual (por lo que el arrendatario puede exigirle) pero, como hemos visto, el dueño no está incumpliendo obligación alguna si decide tolerar la retención del constructor y no pagar la indemnización.

¹⁰ Véase Calabresi y Melamed: "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral" en *63 Estudios Públicos* (1996), pp. 347-391.

El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción: se considerarán como no existentes los que se hayan deteriorado en su poder.

El constructor que retiene el inmueble sobre el que ha construido, no tiene derecho a apropiarse de los frutos de ese inmueble. Por consiguiente, por cada acto de apropiación de los frutos adquiere una obligación de restituir esos frutos al dueño una vez terminada la retención. Dicha obligación del acreedor en algún momento alcanzará el monto de la obligación de indemnizar que tiene el dueño. En ese momento el dueño podrá demandar la entrega del inmueble y solicitar al juez la liquidación de la obligación de restituir los frutos y, habiéndose liquidado esta deuda, que será también de dinero y actualmente exigible, se habrán cumplido los requisitos del artículo 1656 para que la obligación del dueño se dé por extinguida por compensación; habiéndose extinguido la deuda, el derecho de retención del constructor se extingue consecuentemente.

Esta explicación es preferible a otras, como la de Ramos (que sostiene que el constructor es dueño del edificio mientras el dueño del terreno no paga las indemnizaciones debidas¹¹) por varias razones: en primer lugar, porque, como está dicho, muestra que la situación que resulta de la aplicación del artículo 669 inciso 2º no es indefinida: es provisoria, y la separación entre dominio por un lado y uso y goce por el otro que parece permitir esa disposición tenderá a su consolidación en el dominio del dueño del terreno. Esta consideración es relevante porque la tendencia a la consolidación del dominio es importante en el sistema del Código Civil. En efecto, cuando una situación de diferenciación entre dominio y uso y goce no tiene una tendencia interna a su consolidación el Código la impone, como en el caso del usufructo que termina por la muerte del usufructuario o a los 30 años si se trata de una persona jurídica (arts. 806 y 770 CC respectivamente).

En segundo lugar, esta solución impide el enriquecimiento sin causa del constructor, en la medida en que él debe pagar por el uso y goce del bien ajeno. Permitirle al constructor usar y gozar del bien ajeno sin pagar por ello es una solución que carece de justificación en el sistema del Código.

Podría decirse que la solución ofrecida no evita sino sólo hace más improbable que la situación se extienda indefinidamente. En efecto, es posible que el tercero no explote el bien, y que en consecuencia no se apropie de frutos de éste en la cantidad necesaria para extinguir su crédito por compensación. Pero esta posibilidad es mucho menos probable de lo que parece. Como hemos visto, el poseedor de mala fe no es responsable sólo por los frutos de los que se apropió, sino por los que se habría apropiado con mediana inteligencia y actividad (esto de nuevo muestra que a pesar de carecer de derecho a gozar de

¹¹ Ramos, *op. cit.* en n. 2, p. 144.

la cosa de lo que se trata no es que esté *prohibido* para el poseedor de mala fe explotar la cosa). Por consiguiente, el dueño no necesita probar que el constructor se ha apropiado de frutos por un valor igual o superior a las indemnizaciones debidas, sino que dado el tipo de bien de que se trata su explotación con mediana inteligencia y actividad durante un cierto plazo habría producido frutos en esta cantidad. La razón por la cual la ley hace responsable al poseedor de mala fe de esos frutos no producidos es que su posesión de la cosa impide al dueño su explotación de ella. La misma razón concurre en el caso del artículo 669 inciso 2º: la retención por parte del constructor impedirá al dueño explotar por sí mismo la cosa, y eso hace responsable al retenedor de los frutos que la cosa habría producido si hubiera sido explotada diligentemente. La única situación que estos razonamientos no solucionan es la que se produce si la cosa es tan improductiva que explotada con mediana inteligencia y actividad no produce bienes suficientes para compensar los intereses del precio de la construcción.

Esta posibilidad, sin embargo, no debe preocuparnos. Ciertamente se trata de que aquí el constructor ha cometido un fenomenal error de juicio comercial: ha hecho una inversión significativa en una cosa que ni explotada con mediana diligencia puede pagarse. Es claro que en este caso el que debería sufrir las consecuencias de este error de juicio es el constructor y no el dueño, y la interpretación ofrecida implica que será el dueño el perjudicado por el error de juicio del constructor. ¿Es esto una razón en contra de esa interpretación? La respuesta ha de ser negativa, porque es simplemente la reaparición de la anomalía originaria de la figura del artículo 669 inciso 2º. En efecto, la razón por la que el error del constructor perjudica al dueño es reconducible a la anomalía detectada al principio: el artículo 669 inciso 2º impone al dueño de un terreno el deber de preocuparse de los intereses de un tercero que está actuando ilícitamente, de modo que si no lo hace será él (el dueño) el que sufra las consecuencias de la acción ilícita del tercero. Como la entera figura del artículo 669 inciso 2º es anómala en este sentido, no es raro que la anomalía reaparezca en el caso extremo, obligando al dueño a cargar con los costos del error del constructor.

Servidumbres: constitución

¿Tiene el dueño de un inmueble derecho a ser indemnizado por los perjuicios que le causa el hecho de que un canal que lleva agua de regadío a un predio vecino pase a través del suyo? La respuesta no presenta mayor dificultad: desde luego lo tiene, a menos que el dueño del predio beneficiado tenga *derecho* a atravesar el predio vecino con el canal. Ahora bien, incluso en el supuesto de que tenga derecho, el que habitualmente asumirá la forma de una servidumbre, y en este caso de acueducto, todavía corresponde preguntarse si el titular de la servidumbre, es decir, el dueño del predio dominante, tiene alguna obligación en cuanto a la forma en que ese derecho ha de ejercerse.

En principio, el análisis de la situación debe comenzar distinguiendo las servidumbres legales de las convencionales. Si se trata de una servidumbre legal el dueño del predio dominante tiene derecho a constituirla y el dueño del predio sirviente no puede negarse, sin perjuicio de tener derecho a ser indemnizado por los perjuicios que el acueducto le cause. Tratándose de servidumbres voluntarias la determinación de cuáles son las indemnizaciones debidas por el dueño del predio dominante al dueño del predio sirviente no aparece, porque el primero las debe, si es que las partes las pactan como parte del contrato que crea la servidumbre, no en calidad de indemnización sino en calidad de contraprestación. En las servidumbres legales, en las que el dueño del predio sirviente no puede, como en el caso de las voluntarias, negarse a la constitución de la servidumbre, la ley especifica cuáles son las indemnizaciones que el dueño del predio dominante debe al dueño del sirviente como consecuencia del ejercicio de su derecho legal de constituir la servidumbre incluso contra la oposición de éste. Estas cuestiones (y las accesorias de cómo disponer el acueducto de modo que minimice el perjuicio al predio sirviente, conforme a lo dispuesto por el artículo 79 del Código de Aguas) deben ser resueltas, a falta de acuerdo de las partes, por el juez que declara la constitución de la servidumbre legal.

Ahora bien, el gravamen que la servidumbre constituye para el predio sirviente en algún sentido se incorpora a éste, porque "las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen" (art. 825 CC). Por esto, quien adquiere un predio gravado con una servidumbre no sufre perjuicio por la existencia de esa servidumbre, y quien se ve legalmente requerido a permitir la constitución de una servidumbre en predio propio no sufre, en términos jurídicamente relevantes, un perjuicio constante sino sólo un perjuicio único: el causado por la constitución de la servidumbre. Por esto el Código de Aguas da al dueño del predio sirviente derecho a exigir las indemnizaciones del caso al momento de constituirse la servidumbre. Como el daño que el gravamen representa ha sido indemnizado, el dueño del predio sirviente no sufre daño por la continuada existencia de la servidumbre, que ahora es parte del bien que detenta.

Por eso también cuando se demanda precisamente estas indemnizaciones es crucial determinar si lo que se está demandando es la constitución de una servidumbre legal (caso en el cual es procedente obligar al dueño del predio dominante a pagar todas las indemnizaciones pertinentes) o la indemnización de un perjuicio causado por el ejercicio regular de una servidumbre ya constituida (caso en el cual en principio no hay derecho a indemnización). Aunque no fue expresado en estas palabras, ésta fue la cuestión controvertida en *Maldonado con Hernández*.

En efecto, aquí se demanda para que se declare que el demandado no tiene derecho para continuar transportando las aguas de un canal de regadío a través del predio del demandante, y en subsidio para que, si se declara que tiene de-

I. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA POSESION COMO PRESUPUESTO DE LA PRESCRIPCION

La posesión en el derecho chileno es un hecho de especial relevancia. Desde luego, entre los derechos reales, el más importante, por sus efectos y consecuencias, es el dominio. La posesión, en cuanto hecho jurídico, está vinculada directamente a él, puesto que el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifica serlo. Esta presunción es una de las más ricas y de mayor aplicación en la vida práctica. Es, además, de toda lógica que quien detenta una cosa con ánimo de señor y dueño —elementos de la posesión— sea tenido en la comunidad como dueño, ya que lo de ordinaria ocurrencia será que tengamos en nuestro poder o bajo control las cosas que nos pertenecen en dominio.

La presunción consagrada en el artículo 700 del Código Civil no hace otra cosa que recoger una realidad cotidiana que todos, en mayor o menor medida, damos por establecida. Si esta presunción no existiere, la vida jurídica se haría francamente compleja e ininteligible. Imaginémosnos la situación social que se generaría si estuviéramos obligados siempre a acreditar nuestro dominio respecto de todos los bienes que están en nuestro poder.

En cierta medida la presunción que comentamos está al nivel de la ficción sobre conocimiento de la ley, que si bien es presunción de derecho, constituye una especie de supuesto fundamental en la vida jurídica racionalmente organizada.

Pero la posesión va todavía mucho más lejos, ya que conduce a la adquisición del dominio por medio de la prescripción, con lo cual aquélla es aún más importante si se tiene en consideración que no sólo se presume al poseedor dueño

—pudiendo serlo—, sino que se le habilita para llegar a ser dueño por el solo transcurso del tiempo. Probablemente de aquí deriva el hecho de que las acciones que tiene el poseedor para mantener y amparar su situación, se asimilen al dominio (acciones posesorias, publiciana, tercerías, etc.).

En síntesis, entre posesión y dominio hay una secuencia que sólo puede destruir el verdadero dueño y una relación de causa (posesión) a efecto (dominio) que opera a través del tiempo por medio de la prescripción.

Para el Código Civil chileno detentar materialmente la cosa es trascendente, aun cuando esta detentación implique reconocer dominio ajeno. La clásica trilogía *dominio, posesión y mera tenencia* está íntimamente integrada. En efecto, el dominio sólo puede probarse (exigencia racional) por medio de la prescripción, lo cual implica reconocer que se es dueño y también poseedor y, en tal calidad, puede acreditar su derecho. El poseedor, tradicionalmente, parece estar caracterizado por el *animus domini*. Entre los elementos de la posesión, conforme a la doctrina romana que sustenta nuestra legislación, el ánimo de señor y dueño acompaña siempre e invariablemente a todo poseedor. De aquí que no se admita un poseedor que carezca de este elemento espiritual o subjetivo. Pero el problema no es tan claro. Desde luego, existen numerosas situaciones en las cuales quien detenta la cosa en calidad de poseedor, tiene plena conciencia de que ella no le pertenece y, aún más, que es de dominio de determinada persona. En otras palabras, conoce el dominio ajeno, pero no lo reconoce, puesto que pretende apropiarse de la cosa. La intención o elemento volitivo es bien sutil y ricamente sugerente.

En el curso de este trabajo analizaremos, por ejemplo, la situación del “ladrón”, que tiene la cosa con ánimo de señor y dueño, pero con plena conciencia de que este derecho no le corresponde. ¿Es en verdad el “ladrón” poseedor? En el supuesto de que lo fuere cabe preguntarse: ¿puede el derecho amparar esta situación que no es más que eso, un hecho ilícito, para llegar a revertirla y transformarla en dominio?

Durante muchos años hemos enseñado que la mera tenencia es indeleble, vale decir, que no se muta por el transcurso del tiempo en posesión. La ley, sin embargo, dice otra cosa. La teoría jurídica debería llegar a una conclusión muy distinta.

Desde luego, digamos que el artículo 716 del Código Civil es claro cuando señala que “el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión”. Hasta aquí la mera tenencia parece indeleble y perpetua. En otras palabras, por mucho tiempo que haya transcurrido no puede el mero tenedor (artículo 714) transformarse en poseedor. Quien comienza a poseer a nombre propio “se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento que se alega”; y “si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas” (artículo 719). Estas presunciones son, sin duda, meramente legales y admiten, por lo mismo, prueba en contrario. No podría ser de otra manera, ya que ningún impedimento puede existir en que el poseedor transfiera su derecho (pudiendo o no conservar la mera tenencia) y que el mero tenedor adquiera la posesión en virtud de un nuevo título.

Sin embargo, el artículo 716 contiene una calificada excepción, la cual está referida a la norma según la cual la mera tenencia no muda en posesión por el simple lapso de tiempo. Como quiera que se analice esta disposición, lo concreto es que contiene una excepción a la norma general. Ella consiste en la situación contemplada en el artículo 2510 regla tercera. Como es obvio, si es una excepción a la regla general, quiere decir que hay un caso, a lo menos, en que la mera tenencia se muda en posesión por el solo transcurso del tiempo. La excepción, ubicada al tratar de la prescripción extraordinaria, consiste en que si el prescribiente invoca un título de mera tenencia se presume la mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir dos circunstancias: “1^a. 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; 2^a. Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído *sin violencia, clandestinidad* ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”.

Obsérvese, a propósito de estas reglas, que quien alega la prescripción es un “mero tenedor”, puesto que lo ampara la existencia de un título de “mera tenencia”. Paralelamente, la ley establece que el que alegue la prescripción “pruebe haber poseído”. ¿Cómo puede probar haber poseído un mero tenedor que, por su propia naturaleza, detenta la materialidad de la cosa reconociendo dominio ajeno, vale decir, sin *animus domi-*

ni? Los contrasentidos que contiene este artículo son tan flagrantes que han llevado a la doctrina mayoritaria a decir que, en realidad, se trata de un verdadero poseedor, conclusión que se estrella con el tenor preciso, claro, prístino de la norma que alude a “la existencia de un título de mera tenencia”.

A nuestro juicio, por sobre estos tropiezos que arrancan de una defectuosa redacción (el tenor literal no alcanza a reflejar ni descubrir el espíritu de la norma), debe buscarse la *ratio legis*, esto es, la verdadera intención, significado y espíritu de esta norma. Creemos que en esta materia hay una constante voluntad en el Código Civil por transformar con arreglo a derecho aquellas situaciones de hecho que se arrastran indefinidamente en el tiempo. En otras palabras, legitimar jurídicamente las situaciones de hecho que no pueden mantenerse en forma indefinida sin un grave trastorno social. Frente a este propósito, nuestro Código Civil optó por abandonar la indelebilidad de la mera tenencia y, excepcionalmente, la convierte en posesión, si al paso del tiempo (diez años) se agregan circunstancias tan especiales como que el mero tenedor haya mantenido la cosa en su poder sin violencia, ni clandestinidad, ni haya el poseedor (a nombre de quien se ostenta la mera tenencia) realizado acto ninguno destinado a recuperar la cosa o hacerse reconocer su derecho, ni tampoco ha ocurrido un hecho que le haya impedido al mero tenedor ejecutar actos de posesión (interrupción civil y natural). Pero hay algo todavía más importante que debe destacarse. La ley admite que el mero tenedor, en un momento determinado, dándose por dueño, realice actos propios de quien tiene el dominio y que sólo el dueño puede legítimamente ejecutar. Hay, por consiguiente, un momento preciso en que el mero tenedor –que tiene la cosa en su poder reconociendo dominio ajeno– se transforma por sí solo en poseedor, desconociendo los derechos del dueño. Así sucederá, por vía de ejemplo, cuando da la cosa en prenda o constituye sobre ella un usufructo. A partir de entonces se produce la mutación de sus derechos –de mero tenedor a poseedor– y sólo desde ese momento corre la prescripción en el caso excepcionalísimo que se regula en la regla tercera del artículo 2510 del Código Civil.

De lo dicho se sigue que el título de mera tenencia no impide que quien comienza reconociendo dominio ajeno, pueda alterar por sí mismo su situación y ejecutar actos de posee-

dor. Cuando concurren los requisitos de que trata el artículo 2510 regla tercera, la mera tenencia se convierte en posesión y ella habilita para adquirir por prescripción a quien comenzó como mero tenedor, pero que, por acto propio, mejoró su condición, reconociéndosele haber ejercido la posesión, lo cual puede conducirlo al dominio.

Queda de manifiesto en este caso una cuestión muy fundamental. El Código Civil, tomando, es cierto, precauciones extremas (como ha quedado demostrado), eleva el transcurso del tiempo a una categoría superior, sobrepasando los títulos que, cuando se trata de la mera tenencia, tienen siempre un carácter convencional o judicial. No hay título de mera tenencia que no tenga este necesario origen, salvo los casos de los mal llamados usufructos “legales”. Puede invocarse un título de dominio o posesión de carácter originario (ocupación, accesión, ley), pero no existen títulos de mera tenencia originarios. El mero tenedor siempre habrá de recibir la cosa del poseedor para que la tenga a su nombre y en su lugar. No obstante este hecho, el Código Civil sacrifica, en el fondo, el quebrantamiento de aquella convención (entre poseedor y mero tenedor) y le permite a este último erigirse en poseedor cuando se dan los requisitos instituidos en el referido artículo 2510 regla tercera del Código Civil.

El hecho mismo –mera tenencia, aprehensión material de la cosa– tiene para el Código Civil una trascendencia que no hemos vislumbrado en toda su magnitud.

A lo ya dicho agréguese que en la llamada teoría de la posesión inscrita puede citarse otro caso de mayor trascendencia todavía. La inscripción, como se ha sostenido invariablemente y lo expresa el propio Mensaje con que don Andrés Bello acompañó el proyecto de Código Civil al Parlamento, constituye requisito, prueba y garantía de posesión de los bienes inmuebles. El artículo 728 se encarga de describir en qué casos, única y exclusivamente, se cancela la inscripción que ampara al poseedor del inmueble (voluntad de las partes, decreto judicial o nueva inscripción en que el poseedor inscrito –no otro– transfiere su derecho). Para resguardar los derechos del poseedor inscrito, el inciso 2º establece la regla de oro en esta materia: “Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente”. De esta

manera, el poseedor inscrito queda resguardado de perder la posesión, como consecuencia de perder la materialidad de la cosa por apoderamiento de un tercero.

Sin embargo, el inciso 2º del artículo 730 contiene otra calificadísima excepción a este principio, al disponer que cuando “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 la otra, sin la competente inscripción”. Existe, como se sabe, acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia de que “competente inscripción” es aquella que reúne todos y cada uno de los requisitos establecidos en el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, acorde con lo previsto en el artículo 696 del Código Civil.

De lo cual se sigue que el poseedor inscrito sólo puede verse privado de su posesión cuando es el “mero tenedor” quien usurpa la cosa, dándose por dueño, si la enajena a nombre propio, y el adquirente inscribe el inmueble a su nombre.

Puede aquí comprobarse claramente que el inciso 2º del artículo 730 es una excepción al inciso 2º del artículo 728, ambos del Código Civil, y que se ha privilegiado el actuar del mero tenedor por el solo hecho de que, al detentar la materialidad de la cosa, aparenta, al menos, ser poseedor de ella o puede simular este carácter con cierta verosimilitud.

Sin embargo, en este caso, el mero tenedor no adquiere la posesión y el acto de apoderamiento (mediante el cual se da por dueño) no pone fin a la posesión del poseedor inscrito. Pero si el adquirente del mero tenedor obtiene la inscripción a su nombre, entonces cesa la posesión inscrita del dueño y pasa a sustentarla el adquirente del mero tenedor. Lo dicho equivale a dar al mero tenedor, si no una facultad, por lo menos la posibilidad de poner fin por un acto propio, unido a una nueva inscripción, a la posesión que según el artículo 728 del Código Civil sólo podía cesar por las causales allí contempladas.

De lo expuesto se desprende, entonces, que el legislador da a la detentación material de la cosa que se hace a nombre o en representación de otro, más importancia de la que se ha supuesto, ya que el mero detentador puede llegar a ser poseedor y, aun, a privar de su posesión inscrita al poseedor cuando se apropia del inmueble y lo enajena a nombre propio. En ambos casos, el mero tenedor se autoatribuye la posesión, a

pesar de su título, pero ello no es óbice para que se le reconozca esta calidad cuando concurren los requisitos de la regla tercera del artículo 2510 del Código Civil, o cuando el adquirente del mero tenedor obtiene la “competente inscripción”, en el caso del inciso 2º del artículo 730.

Nótese que en las dos situaciones analizadas hay exclusión de fuerza o clandestinidad (requisitos de la regla tercera del artículo 2510) o un elemento adicional (competente inscripción cuando se trata de inmuebles). Ambas hipótesis suponen, como lógica deducción, que no hay violencia ni hay ocultamiento. En efecto, el mero tenedor no necesita de la fuerza para apoderarse de la cosa que ya está en su poder y enajenarla a un tercero dándose por dueño, puesto que la tiene en la órbita de control y vigilancia propios. Tampoco es concebible la clandestinidad si el inmueble será registrado a nombre del adquirente en un registro público. Mucho menos pueden concebirse la violencia y la clandestinidad en la hipótesis de la regla tercera del artículo 2510, ya que en términos formales y explícitos la sanciona. De modo que, cuando el legislador ha privilegiado al mero tenedor, ya sea transformándolo en poseedor y habilitándolo para adquirir por prescripción, o cuando le permite instalar en la posesión a su adquirente, quedan rotundamente excluidas la violencia y la clandestinidad, situaciones ambas que se sancionan, como se ha dicho, eliminando los beneficios que se le confieren al mero tenedor.

A la inversa, el legislador exalta la situación de quien obra pasivamente sin violencia ni clandestinidad. Para demostrarlo basta citar el artículo 702 inciso 4º del Código Civil. Es posible que la tradición se presuma, hecho bien singular si se atiende a su definición (artículo 670). Dice la norma que la posesión de una cosa *a ciencia y paciencia* del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título. De tal suerte que si el que se obligó a entregar la cosa no protesta de que ella esté en poder de la persona a quien debía traspasarla y la detentación material es pública y pacífica (a ciencia y paciencia del que se obligó a darla), la ley presume que se ha realizado el acto jurídico, convención y pago, en que consiste la tradición. Ello, sin duda, porque la pasividad del que debía entregarla frente a la tenencia material de quien tenía derecho a exigirla, es más que sufi-

ciente garantía de que no ha habido violencia ni clandestinidad.

Es, por otra parte, indiscutible que la gran clasificación de la posesión en nuestro Código Civil está constituida por la distinción entre posesión regular e irregular. Ella tiene una inmensa trascendencia en la ley civil, sea para establecer los plazos en que es posible adquirir por prescripción, sea para individualizar las acciones que pueden ejercerse en defensa de la posesión, sea para determinar las responsabilidades del poseedor cuando debe restituir la cosa, sea para fijar los derechos del poseedor sobre los frutos, etc. Pero en parte alguna se ha dicho que la posesión regular conduzca necesaria e inevitablemente a la prescripción, muchísimo menos respecto de la posesión irregular. Ambas son la base de la prescripción, pero siempre que concurren los demás requisitos legales. De aquí puede deducirse un hecho aparentemente insólito: que no siempre la posesión conduce al dominio. En otras palabras, se puede ser poseedor regular o irregular y no llegar a adquirir por prescripción.

Para alcanzar esta conclusión es necesario examinar algunas disposiciones legales aisladas: el artículo 2498 del Código Civil dispone: "Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y **se han poseído con condiciones legales**". De esta norma se infiere que no todo poseedor adquiere por prescripción, sino aquellos que han poseído con las condiciones legales. Si la ley entendiera que todos los poseedores adquieren por prescripción, esta última parte del artículo 2498 del Código Civil sería ociosa, tanto más cuanto que el artículo 2492 define la prescripción adquisitiva como un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberse éstas poseído durante cierto lapso de tiempo y concurrendo los demás requisitos legales. El artículo 2498 precisa, por consiguiente, que no toda posesión habilita para ganar por prescripción. Agréguese a esta disposición lo previsto en el artículo 894 del Código Civil, ubicado al tratar de la acción reivindicatoria. Dicha norma establece: "Se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, *al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción*". ¿Qué sentido tiene sostener que el poseedor regular se hallaba en el caso de poder ganar la cosa por prescripción, si todos los

poseedores regulares pudieren hacerlo? Esta disposición, por lo tanto, invita a pensar que hay poseedores regulares que no pueden llegar a adquirir por prescripción. De lo contrario, el artículo examinado contendría un pleonasma impropio de don Andrés Bello. En la definición misma de la acción publiciana, conforme a lo expresado, queda de manifiesto que la posesión regular no siempre conduce a la prescripción. Finalmente, digamos que el artículo 683 del Código de Bello es, probablemente, el que en forma más clara deja sentado el principio de que no siempre la posesión —sea regular o irregular— conduce a la prescripción. Según dicha disposición: "La tradición da al adquirente, *en los casos y del modo que las leyes señalan*, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho". Se trata de una situación bien específica que consiste en que el tradente no es dueño, pero hace tradición de la cosa. En tal caso instala al adquirente en la posesión. De lo cual se desprende que la ley le da el derecho de ganar el dominio por prescripción, y ésta presupone existencia de posesión. Pero tal prescripción operará **en los casos y del modo que las leyes señalen**. En otras palabras, el poseedor no siempre adquirirá por prescripción, sino en los "casos y del modo que las leyes señalan".

Es cierto que el artículo 2507 del Código Civil establece, con carácter general, que "para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren", lo cual movería a pensar que no existe en la ley distinción alguna y que toda posesión regular conduce a la prescripción ordinaria. Como es obvio, esta conclusión debería estar complementada, paralelamente y con mayor razón, en el hecho de que la posesión irregular conduce también indefectiblemente a la prescripción extraordinaria. Empero, no es así. El artículo 2510 del Código Civil dispone que las reglas para adquirir por prescripción extraordinaria son tres: a) No es necesario título alguno; b) Se presume de derecho la buena fe, sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio; y c) La existencia de un título de mera tenencia hace presumir la mala fe y *no da lugar a prescripción*. Ahora bien, esa última regla, como explicamos anteriormente, tiene una excepción, cuando concurren dos requisitos, el segundo de los cuales consiste en que el que alega la prescrip-

ción "pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por un espacio de tiempo de diez años". De esta norma se sigue que el legislador ha puesto un obstáculo que impide resolver, incluso, situaciones tan extremas como la del mero tenedor que muda su calidad a poseedor, pero con violencia o clandestinidad. En nuestra ley civil puede suceder, excepcionalmente, que el mero tenedor se transforme por acto propio en poseedor, pero con la limitante de que no puede tratarse de un poseedor violento o clandestino. Nótese que el Código Civil habla de que el mero tenedor ha "poseído", lo cual, como dejamos dicho, parece un contrasentido, ya que éste ha invocado un título de mera tenencia, pero esto puede presentarse cuando el mero tenedor se arroga la calidad de poseedor ejecutando actos propios del dominio.

En otras palabras, nuestra ley civil excusa al mero tenedor que, mejorando su título, se transforma en poseedor, pero no justifica, ni aun en este caso, a los que han adquirido la tenencia de la cosa por medio de la violencia o la ejercen con clandestinidad. ¿No es éste un índice evidente de que la fuerza y la clandestinidad repugnan toda protección y beneficio en la ley y de que en ellas se excluye la prescripción?

Por último, en este mismo orden de ideas, hay que recalcar que el artículo 929 del Código Civil, con el cual se cierra el Título XIII del Libro II, "De las Acciones Posesorias", establece que "los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán además castigados con las penas que por el Código Criminal correspondan". De esta manera, se deja expresamente sentado el principio de que el uso de la violencia para la adquisición de la posesión no sólo tiene sanciones de tipo civil, sino que puede, además, configurar delitos que se perseguirán en conformidad a la ley penal.

De todo lo dicho se deduce que la posesión, sea regular o irregular, no conduce necesariamente a la prescripción y que el poseedor puede ostentar la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño y no llegar a prescribir. Esta situación es consecuencia de que el Código de Bello no excusa ni la violencia ni la clandestinidad, llegándose, incluso, al extremo de que un mero tenedor puede mejorar su propio título transformándose en poseedor, pero no así quien ha usado la violencia o detenta la cosa con clandestinidad.

II. POSESION REGULAR E IRREGULAR

Hemos afirmado que la clasificación más importante de la posesión es la que distingue entre posesión regular e irregular. El artículo 702 del Código Civil define la posesión regular como aquella que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Agrega nuestra ley que si se invoca un título traslativo de dominio, es también necesaria la tradición. En síntesis, la posesión regular exige justo título, buena fe y tradición cuando se invoca un título traslativo de dominio. Por su parte, los artículos 703, 704 y 705 regulan todo lo concerniente al título; los artículos 706 y 707 reglamentan todo lo referente a la buena fe, y los artículos 670 y siguientes, todo lo relativo a la tradición. Por lo tanto, se reglamentan en detalle todos y cada uno de los requisitos de la posesión regular.

Conviene destacar que, según disposición expresa de nuestra ley, se puede ser poseedor regular y de mala fe, ya que la buena fe debe tenerse al momento de adquirir la posesión, aun cuando posteriormente se pierda. También se puede ser poseedor irregular, pero de buena fe, cuando no concurren los demás requisitos de la posesión regular y quien detenta la cosa cree haberla adquirido de su legítimo dueño, exento de fraude y todo otro vicio. La reglamentación ha ido más lejos, al señalar que un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe, pero un error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario. Como puede observarse, lo que al legislador interesa es que el poseedor crea, al momento de asumir la tenencia de la cosa, que está adquiriendo el dominio. Cuando se invoca un título traslativo,

es necesaria la convicción de que se ha adquirido la cosa de su legítimo dueño, que éste tenía facultad de enajenar y de que no ha habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Con lo dicho no es extraño que los títulos que pueden invocarse para alegar posesión, sean los modos de adquirir, como lo preceptúa el artículo 703 del Código Civil. Es de toda lógica que si el detentador de la cosa cree que ha adquirido el dominio, porque tiene *animus domini*, etiqueta distintiva de la posesión, se debe a que un modo de adquirir ha radicado en él la propiedad. De allí que los títulos para invocar posesión sean constitutivos, traslaticios, declarativos o derivativos de dominio (esta última categoría agregada por la doctrina para envolver a la sucesión por causa de muerte, que no participa de las demás clasificaciones).

El poseedor regular, entonces, al adquirir, la posesión, está íntimamente convencido de que es dueño, porque ha adquirido conforme a un título justo, de quien ostenta la propiedad con facultad para enajenar, y no tiene conciencia de que le afecte un fraude o vicio. Además, si el título es traslativo de dominio, la cosa ha sido objeto de tradición en los términos consagrados en el Título VI del Libro II del Código Civil.

No sucede lo mismo con el poseedor irregular, que, según dispone el artículo 708 del Código Civil, es aquel que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702. De esto se sigue que el poseedor irregular puede no tener título alguno que invocar; mala fe, porque tiene conciencia de que ha recibido la cosa de quien no es el legítimo dueño o lo ha hecho de quien no tenía facultad para enajenar o con fraude o vicios; o, finalmente, no se le ha hecho tradición de la cosa a pesar de tener un título traslativo de dominio. ¿Qué tiene, entonces, necesariamente el poseedor irregular? La tenencia material de la cosa. Este es el único requisito objetivo que debe concurrir. Pero, además, debe concurrir un requisito negativo. No puede invocar un título de mera tenencia porque, salvo el caso de la regla tercera del artículo 2510 del Código Civil, este título le impedirá adquirir por prescripción (ninguna importancia tiene que se le presuma mala fe).

En el fondo, el poseedor irregular no tiene más que la cosa, la detenta sin derecho alguno y con la conciencia de no

ser dueño. En definitiva, el *animus domini* se presume, aun cuando la ley no lo diga expresamente.

Es curioso que el Mensaje, en esta parte, contenga un error manifiesto al señalar: "Así los términos *posesión civil*, *posesión natural*, son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. **Pero la posesión puede ser regular o irregular: aquella adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda sin alguno de estos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley; pero sólo la posesión regular pone al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva**". Estas frases del Mensaje son manifiestamente erradas. En efecto, la posesión clandestina no coincide necesariamente con la posesión irregular, puesto que se puede ser poseedor regular y clandestino, cuando el detentador de la cosa se ha enterado después de adquirida la posesión de que quien lo instaló en ella no es el legítimo dueño de la cosa y la esconde u oculta. Pero como ha habido buena fe al adquirirse sigue siendo poseedor regular, pero clandestino. No sucede lo mismo con la posesión violenta, que nunca puede ser regular, ya que ha habido fuerza al adquirirse. Pero lo que más asombra es que Bello diga que la posesión irregular no conduce a la prescripción, situación en oposición a lo que previene el artículo 2510 del Código Civil en sus tres reglas. Creemos que en esta materia hay, sin duda alguna, un error evidente que no puede soslayarse y que explicaremos más adelante al analizar los proyectos del Código Civil.

Interesa destacar que estaban en el pensamiento de don Andrés Bello dos cosas: que el poseedor que está en camino de prescribir es el poseedor pacífico y no vicioso (ni violento ni clandestino); y que este poseedor irregular en el errado lenguaje del Mensaje (violento y clandestino) no estaba en camino de prescribir. Creemos que estas conclusiones son irrefutables porque en el espíritu del Código, en la última y auténtica intención de la ley, está latente el hecho de que no puede abrirse la puerta de la prescripción a quien adquirió la posesión con violencia o la ejerce con clandestinidad. (El error del Mensaje se ha atribuido al hecho de que fue redactado antes

de introducirse las últimas modificaciones por la Comisión Revisora.) Agréguese a esto el hecho de que en los primeros proyectos del Código la llamada posesión natural (hoy irregular), entre la cual estaban las posesiones viciosas, no conducía a la prescripción. De manera que en la mente del redactor del Código siempre estuvo presente la idea de que las llamadas posesiones viciosas no habilitaban para adquirir por prescripción porque estaban englobadas en la posesión natural que no tenía destino. Todo esto será analizado en el curso de este trabajo detalladamente.

Sintetizando, entonces, la posesión regular que ampara al que reúne los requisitos del artículo 702 del Código Civil y que adquiere la posesión con la íntima convicción de haber adquirido el dominio. La posesión irregular ampara al que detenta la cosa como propia, pero a sabiendas de que no es propia, sea porque no tiene título alguno, o no se le ha hecho tradición, o ha adquirido de quien no tenía el dominio o de quien no tenía facultad para enajenarla o con fraudes y vicios que no le confieren dominio.

Hay que reconocer, finalmente, que no hay una necesaria relación entre posesión irregular y posesiones viciosas (violenta y clandestina), porque se puede ser poseedor regular pero clandestino, pero no se puede ser poseedor regular y violento.

En esta normativa la ley civil es rigurosa en lo relativo al poseedor regular, pero extremadamente liberal y tolerante en lo relativo al poseedor irregular. Examínese, por ejemplo, la exigencia del título justo. No basta ostentar un título aparente, es necesario muchísimo más. El título no puede ser falsificado (el Código parece referirse a la suplantación de persona, al decir "no otorgado realmente por la persona que se pretende"); ni conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra persona sin serlo; ni adolecer de un vicio de nulidad (sin distinción de nulidad absoluta o relativa, lo que da pie a pensar que puede impugnarse el título por quien carece de la acción de rescisión, para el solo efecto de evitar que el poseedor se arrogue la calidad de regular); ni meramente putativo. Sólo en este último caso, cuando el título emana de la sucesión por causa de muerte, el decreto judicial que confiere la posesión efectiva del derecho subsana la mala calidad del título y sirve para invocarlo como justo.

Como puede observarse, el legislador ha sido estricto, severo y acucioso para *reglamentar* la posesión *regular*, pero liberal y tolerante en lo tocante a la posesión irregular. ¿Se deberá ello a que el autor del Código entendió que la posesión irregular no ponía al poseedor en el camino de la prescripción? La respuesta es negativa, pero tiene pie en la letra del Mensaje antes citado.

El poseedor irregular, en tal caso, es un detentador material de la cosa que no reconoce dominio ajeno, que se comporta como dueño a sabiendas de que no lo es, y que no tiene título ninguno que respalde su pretensión. Extraña situación, meramente fáctica, pero que conduce a la prescripción. Aquí queda latente el espíritu del legislador. Se ha preferido una flagrante injusticia a la inestabilidad de las relaciones jurídicas. Queda con ello demostrada la importancia de la posesión como institución destinada a consolidar la realidad objetiva con la realidad jurídica. Hacer que el poseedor irregular llegue a ser dueño es injusto, pero necesario, porque el tiempo va consolidando la realidad y dándole la forma de relación jurídica estable. Esta situación tiene esta sola justificación. En último término es la sociedad y sus necesidades de estabilidad y orden lo que se superpone al imperativo de dar a cada uno lo suyo. Podríamos citar este caso como típicamente expresivo de una "aberración axiológica", porque se sacrifica la justicia en función del orden social y la certeza en la vida jurídica.

Se constatan en esta institución dos tendencias bien definidas. Por una parte, se observa que durante la elaboración del Código Civil chileno se tiende a liberalizar la prescripción. Por otra, que después de su promulgación se van dictando leyes que sucesivamente acortan los plazos de prescripción, llevándola de treinta años en la prescripción extraordinaria, a diez; y en la ordinaria, de tres años para los muebles y diez para los inmuebles, a dos años para los muebles y cinco para los inmuebles. De la misma manera, originalmente, el plazo se computaba siguiendo la regla del artículo 2508 inciso 2º, según el cual "cada dos días se cuentan entre ausentes por uno solo para el cómputo de los años". Agregaba el Código en esta materia que "presentes" para los efectos de la prescripción eran los que vivían en el territorio de la República, y "ausentes" los que residían en país extranjero. Todo esto se suprime por la Ley Nº 16.952, del 1º de octubre de 1968, que derogó los incisos 2º y 3º del artículo 2508.

Desde otro punto de vista, esta tendencia liberalizadora se expresa en el estudio comparativo de los proyectos de Código Civil, Mientras originalmente se introduce el concepto de "posesión natural" que no conduce a la prescripción y que coincide con la posesión irregular (salvo en lo tocante a las posesiones viciosas), posteriormente, como se dice en el Mensaje, se abandona este concepto de modo que la posesión natural se transforma en irregular y conduce a la prescripción extraordinaria. De aquí arranca el error que se observa en el Mensaje cuando se señala que la posesión irregular no conduce a la prescripción.

Parece de toda evidencia, entonces, que hay un espíritu o tendencia manifiesta a ampliar los efectos de la prescripción, a darle mayor aplicación y, simultáneamente, acelerar los plazos para consolidar las situaciones de hecho en situaciones de derecho. No se trata, insistamos, de una tendencia poscodificadora. No. Ella se observa en el proceso de preparación y revisión del proyecto de Código Civil. Podemos decir, por lo mismo, que la prescripción es una institución que merece de parte del legislador la mayor consideración, como ordenadora y estabilizadora de la realidad social, pero que, a nuestro juicio, no alcanza a darle legitimidad a las posesiones viciosas.

Analicemos, a continuación, las llamadas posesiones viciosas, esto es, la violenta y la clandestina, que, como ha quedado sentado, no se confunden necesariamente con la posesión regular ni irregular, a pesar de lo que señala el Mensaje con que don Andrés Bello hace llegar el Proyecto al Congreso Nacional. La posesión regular e irregular es una categoría distinta de la posesión viciosa y no viciosa. De esta confusión arrancan errores y equívocos.

III. POSESIONES VICIOSAS

El artículo 709 del Código Civil se refiere, específicamente, a las posesiones viciosas e identifica como tales a la violenta y la clandestina.

Desde luego, digamos que este apelativo (viciosas) tiene un claro contenido.

Conforme a las reglas de interpretación dadas en el párrafo 4 del Título Preliminar, hay que atender primeramente al tenor literal de esta norma, lo cual equivale a la descomposición gramatical de la oración empleada en la ley. La palabra fundamental de esta oración es el adjetivo "viciosa", lo cual, en su sentido natural y obvio, según el uso general de la misma (artículo 20 del Código Civil), significa "que tiene, padece o causa vicio, error o defecto". Por su parte, vicio significa: "mala calidad, defecto o daño físico en la cosas". El sentido de la norma, literalmente considerado, es claro. Las posesiones viciosas son aquellas que adolecen de mala calidad o defecto.

La mala calidad y el defecto están, indudablemente, en función de un determinado fin. En otras palabras, se tiene un defecto en la medida que éste impide realizar una tarea, una obra, un destino lógico y necesario a la persona o a la cosas. Los defectos sólo pueden apreciarse sobre la base de un cierto destino necesario que se atribuye al individuo o a los objetos que lo rodean. Sin una concepción de destino u objetivo final, no tiene sentido hablar de "defecto o mala calidad".

Desde esta perspectiva, es obvio que las posesiones viciosas tienen un defecto o una mala calidad para alcanzar un determinado destino u objetivo.

¿Cuál es el destino natural de la posesión?

A nuestro juicio, la finalidad última de la posesión es la prescripción, y la de ésta, a su vez, transformar una situación de hecho (que se arrastra indefinida y largamente a través del tiempo) en una situación de derecho que permite adecuar la realidad a la normativa legal.

En consecuencia, si las posesiones violenta y clandestina son viciosas, es porque ellas no sirven o están impedidas de alcanzar el destino natural que les corresponde, esto es, la prescripción.

En el mismo sentido debemos interpretar la parte del Mensaje que dejamos comentada, cuando Bello advierte que la posesión regular es la única que pone al poseedor en el camino de la prescripción y que ella es la que se adquiere de buena fe, con justo título, sin violencia ni clandestinidad. Si apreciamos estas palabras con relación al artículo 709 del Código Civil, veremos que existe entre ambos una perfecta armonía y sincronización. En la voluntad de la ley está claramente expresada la intención de que los poseedores viciosos (violentos y clandestinos) no alcancen el fin o destino último de todos los poseedores, vale decir, la prescripción.

Es importante destacar, además, que el Código trata de las posesiones viciosas luego de reglamentar la posesión regular e irregular, *separadamente* y sin relacionarlas con aquéllas, y que destina cuatro artículos a estos efectos (710, 711, 712 y 713). De ello se colige que la posesión violenta y la posesión clandestina no tienen parentesco alguno con la posesión regular e irregular.

A) POSESION VIOLENTA

La primera clase de posesiones viciosas es la violenta. Definida en el artículo 710 del Código Civil como la que **se adquiere** por la fuerza. Es poseedor violento, en consecuencia, quien adquiere el *corpus*, la materialidad física de la cosa, por medio de la fuerza, ya que esta exigencia no tiene sentido tratándose del *animus domini*. La fuerza se emplea para aprehender la cosa, despojando al actual poseedor o mero tenedor, el cual puede o no resistirse, lo que es indiferente para nuestra ley.

La fuerza puede ser actual o inminente, lo cual significa que puede emplearse realmente para desplazar al detentador o constituir una amenaza cierta que no encuentra resistencia de parte del desposeído. En esta materia los parámetros son los mismos, a nuestro juicio, que los consagrados en el artículo 1456 del Código Civil, de lo cual se sigue que la fuerza debe ser determinante, esto es, decisiva para despojar de la tenencia material de la cosa al que la detenta; e injusta, vale decir, contraria a derecho. No es necesario que la fuerza sea ejercida por quien adquiere la tenencia de la cosa, pero, como demostraremos más adelante, debe existir, a lo menos, una vinculación efectiva entre el que ejecuta el acto de fuerza y el que adquiere por este medio el *corpus*. A este respecto, no hay una diferencia sustancial entre la fuerza vicio del consentimiento y la fuerza vicio de la posesión, salvo que, tratándose del vicio del consentimiento, la fuerza puede ser obra de un tercero totalmente desvinculado del contratante. Y en el caso del vicio de fuerza en la posesión, debe existir una vinculación entre el que ejerce la fuerza y el que se beneficia con ella, pudiendo incluso ser anterior, coetánea o posterior al empleo de la violencia.

Nuestra ley establece, además, que puede adquirirse pacíficamente el *corpus* en ausencia del dueño (la ley debió decir poseedor), pero que si volviendo el dueño es repelido, se trata también de un poseedor violento. Esta disposición del artículo 711 del Código Civil parece estar encaminada a evitar que se limiten los términos y el sentido del artículo 710, cuando dice que es posesión violenta la que "se adquiere" por la fuerza.

Más aún, el artículo 712 del Código Civil consigna que hay vicio de violencia, sea que la fuerza se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro (el mero tenedor). Es de toda evidencia que la fuerza se ejercerá contra quien detenta la cosa, y éste puede ser el dueño, el poseedor o el mero tenedor. Lo que interesa es que la cosa se arrebatte, se despoje o se desplace de manos de quien la detentaba a manos de quien se vale de la fuerza para hacerse de ella. Esto es lo que sanciona la ley.

Nuestro Código llega al extremo de reglamentar situaciones que parecen evidentes y a las cuales se puede llegar por un simple razonamiento. Así se señala en el inciso 2º del mismo

artículo 712, que es igual que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente. Esta disposición plantea varias cuestiones interesantes.

Desde luego, para que la fuerza vicie la posesión es necesario que exista una vinculación entre quien la emplea y quien se beneficia con ella. Esta relación puede ser directa, cuando se trata de los agentes de quien adquiere la tenencia de la cosa o cuando se emplea la fuerza por un tercero con consentimiento del que adquiere el *corpus*. Pero puede también esta relación ser más remota y la intervención del beneficiado con la fuerza ser, inclusive, posterior a su empleo.

Basta para que la posesión sea viciosa que el que adquiere el *corpus* por medio de la violencia ratifique expresa o tácitamente el empleo de la fuerza.

Entendemos que la ratificación tácita implica la mera aceptación de la detentación material de la cosa o su conservación con conocimiento de que se adquirió por medio de la fuerza. En este aspecto hay, a nuestro juicio, una marcada diferencia con la fuerza como vicio del consentimiento. Según lo previsto en el artículo 1457, la fuerza vicia el consentimiento cuando es obra de un tercero sin relación alguna con el que se aprovecha de ella. La nulidad sobreviene siempre. No así tratándose de la posesión, en donde, necesariamente, debe haber de parte del que recibe el beneficio un acto de aceptación, una expresión de voluntad destinada a ratificarlo que obró el tercero, aun cuando ella sea una voluntad deducida (tácita).

La fuerza es "actual" cuando se manifiesta en hechos positivos y violentos. En otras palabras, cuando valiéndose de medios compulsivos se arrebató una cosa a quien la detenta a cualquier título. Esta es la violencia física o compulsiva, pero puede también la fuerza ser inminente. ¿Qué alcance tiene esta expresión? Evidentemente no se trata de la violencia compulsiva que se expresa en hechos violentos. Se trata de una amenaza racional y proporcionada que impulsa al detentador a entregar voluntariamente la cosa sin oponer resistencia. La ley no ha señalado cómo se mide este tipo de fuerza ni ha precisado en qué consiste. Nosotros estimamos que en esta materia tiene aplicación el principio consagrado en el artículo 1456 del Código Civil y que ella debe ser "capaz de producir una impresión

fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición".

De igual modo, creemos que es aplicable la presunción instituida en la misma norma, conforme a la cual: "se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o algunos de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave".

En el fondo, la fuerza, sea vicio del consentimiento o vicio de la posesión, es la misma. Ella consiste en obtener un resultado por vías de hecho o amenazas de tal entidad que hagan que el afectado renuncie a la resistencia que naturalmente generan estos actos.

La fuerza compulsiva no sirve para arrancar el consentimiento, porque en ese caso hay una apariencia de voluntad (de allí que la fuerza bruta no sea vicio del consentimiento porque no hay expresión de voluntad), pero la fuerza intimidatoria sí que es vicio del consentimiento y está sancionada con la rescisión.

En materia posesoria ambos tipos de fuerza son vicios susceptibles de presentarse. Cuando éste consiste en amenazas destinadas a doblegar la resistencia de quien detenta la tenencia material de la cosa, la situación es idéntica a la contemplada en el artículo 1456 del Código Civil, razón por la cual, a falta de una norma expresa que regule la situación, es plenamente aplicable la medida de fuerza (para darle un nombre) a que se alude al reglamentar este vicio del consentimiento. En consecuencia, la fuerza es "inminente" cuando provoca una fuerte impresión en una persona de sano juicio, impresión que la determina a entregar la cosa sin oponer resistencia física.

En este aspecto tiene cabal aplicación el principio según el cual "en donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición".

De lo señalado se sigue que para probar la fuerza en materia posesoria, cuando ella es "inminente", debe aplicarse por analogía el artículo 1456 del Código Civil. Creemos además que es igualmente aplicable el inciso final de este artículo, sobre el llamado "temor reverencial", esto es, el solo temor de disgustar a quienes debemos sumisión y respeto. Si una persona entrega a otra una cosa determinada, obedeciendo a quien debe respeto y sumisión, el que recibe la cosa no es poseedor

violento porque la amenaza no tiene la entidad exigida en la ley.

Debemos añadir a lo ya dicho que el artículo 1456 del Código Civil está concebido en términos amplísimos que entregan al juez la facultad de medir, sobre la base de parámetros muy generales, la situación que experimenta quien está sometido a una presión que le obliga a rehusar una resistencia que normalmente opondría al que lo violenta.

Insistimos, por último, en que el legislador ha sido reglamentario para fijar con toda precisión los efectos de la fuerza y siempre, a juicio nuestro, para condenar como poseedor vicioso incluso a quien sin emplear la fuerza para adquirir la tenencia de la cosa, ratifica posteriormente este comportamiento. Estas normas deben entenderse complementadas con el artículo 929 del Código Civil ya comentado, según el cual los actos de violencia cometidos con armas o sin ellas, serán además castigados con las penas que según el Código Penal correspondan.

Como es obvio, el poseedor violento no puede ser poseedor regular, ya que la fuerza se opone a la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. Aun en el supuesto de que el poseedor violento tenga derecho a exigir la entrega material de la cosa, en virtud de un título traslativo de dominio, por ejemplo, el empleo de la fuerza lo transforma en poseedor vicioso.

B) POSESION CLANDESTINA

La posesión clandestina está definida en el artículo 713 del Código Civil, como aquella que **se ejerce** ocultándose a los que tienen derecho a oponerse a ella. La violencia es un vicio permanente, puesto que no se atiende sino al momento de adquisición de la posesión. La clandestinidad es un vicio temporal porque está referida al **ejercicio** de la posesión. Lo que la ley sanciona en este caso es el dolo del poseedor que, para evitar que se dirijan en su contra las acciones legales, oculta la tenencia de la cosa a quienes tienen derecho a oponerse a ella. Nótese que se trata de un vicio claramente relativo, puesto que

se es poseedor clandestino respecto de aquellos a los que se les oculta la posesión. Lo propio se piensa con relación a la violencia, que se ejerce ya sea contra el dueño, el poseedor o el mero tenedor, como ha quedado dicho, y sólo se sería poseedor violento respecto de ellos. Como lo explicaremos más adelante, no es ésta nuestra opinión.

El artículo 713 del Código Civil supone un acto de ocultamiento, vale decir, esconder, tapar, disfrazar o encubrir a la vista la tenencia de la cosa, respecto de quienes tienen derecho a ejercer acciones destinadas a recuperarla. La clandestinidad es un vicio típico del que ostenta la tenencia de la cosa de mala fe, a sabiendas de que hay personas que pueden reclamar y deducir acción para recuperarla. De este modo, para evitarlo, se esconde o se ejerce de manera que no se enteren los que pueden reclamar. La gravedad de la clandestinidad reside en que el que tiene derecho a oponerse ignora en manos de quién está la cosa y el transcurso del tiempo puede conducir a una prescripción que el interesado está imposibilitado de interrumpir. La clandestinidad, por lo mismo, deja en la indefensión al que tiene derechos sobre la cosa, porque si la situación se mantiene a través del tiempo, puede verse expuesto a perder sus derechos, ya sea como dueño, poseedor y, aun, mero tenedor.

El dolo en este caso es manifiesto y burla el derecho a interrumpir la posesión civilmente, conforme lo previene el artículo 2503 del Código Civil.

Cabe aquí una reflexión elemental. ¿De qué manera ha podido el legislador evitar el daño que conlleva la clandestinidad? ¿Cómo impedir que el poseedor clandestino, gracias a su dolo, pueda llegar a adquirir por prescripción, burlando los derechos de quienes podían oponerse legítimamente a su posesión? La respuesta huelga. Sólo puede evitarse el daño que provoca este dolo posesorio de una manera: impidiendo que esa posesión pueda servir para adquirir por prescripción respecto de los que tenían derecho a oponerse.

Afirmar que el dolo posesorio, que representa la clandestinidad, existe cuando el detentador de la cosa oculta la posesión a quienes tenían derecho a oponerse y que éste queda sin sanción alguna, nos parece un contrasentido y un inexcusable vacío de la ley civil. De allí que el Código haya transformado en posesión viciosa (defectuosa, de mala calidad) a la

posesión clandestina, pero sólo respecto de quienes tenían derecho a oponerse. Piénsese en el contrasentido que conlleva el hecho de que un poseedor clandestino pueda ser a la vez poseedor regular y, como tal, llegar a adquirir por prescripción ordinaria.

Insistamos en una cosa concreta e indesmentible. El Código Civil ha regulado acuciosa y severamente las posesiones viciosas, destinando a este efecto varios artículos y resolviendo problemas que bien pudo plantear la interpretación de estas reglas excepcionales. Las razones que tuvo son evidentes: sancionar a quienes adquieren las posesión con el vicio de fuerza y a quienes la ejercen ocultándola a los que tienen derecho a interrumpir la prescripción.

Se ha dicho e insistido exageradamente en que el poseedor clandestino puede ser regular. Esto es efectivo, ya que es posible que la posesión se adquiera de buena fe, pero después de adquirida se entere el poseedor de que hay quienes pueden ejercer acciones que le harían perderla. Este hecho reviste mayor gravedad, puesto que el tiempo de posesión, en este caso, es menor para llegar a adquirir por prescripción (artículo 2508). Más razón existe, entonces, para entender que el tiempo no corre cuando el poseedor es clandestino, respecto de las víctimas del ocultamiento o dolo del poseedor. De lo contrario, el poseedor clandestino estaría amparado por los efectos de la posesión regular y en situación de consumir el engaño en un tiempo menor del que corresponde al poseedor irregular.

No se divisa, en consecuencia, qué alcance puede llegar a tener que el poseedor clandestino —de buena fe porque adquirió la posesión creyendo que lo hacía legítimamente del dueño, con facultad de enajenar y exento de todo fraude o vicio— sea simultáneamente poseedor regular. Si tal ocurriera, se plantea el problema más determinante. ¿Qué predomina en este caso, la posesión regular o la posesión clandestina? En otras palabras, ¿si el poseedor clandestino reúne los requisitos contemplados en el artículo 702 del Código Civil, implica ello que, por este solo hecho, desaparece el vicio de clandestinidad y puede ejercer los derechos de todo poseedor regular? Aquí reside, a juicio nuestro, el gran error que se ha repetido en el último tiempo. Si el poseedor clandestino es regular —porque ambas categorías no son contradictorias por se—, ello no signifi-

ca que lo vicioso deje de serlo y que pueda eliminarse el vicio de la posesión como si él no existiera.

Según veremos, algunas teorías hacen prevalecer la regularidad de la posesión por sobre la clandestinidad de la misma, con lo cual dejan de aplicar, sin causa ni razón alguna, lo previsto en el artículo 713 del Código Civil. La circunstancia de que el poseedor clandestino pueda ser regular, situación que ha confundido a los intérpretes, no altera en nada la situación de las posesiones viciosas. Por lo demás, este caso —que el poseedor clandestino sea al mismo tiempo poseedor regular— es extrañísimo, casi, diría, un vacío de la ley, que se presenta sólo cuando quien adquiere la posesión de buena fe (artículo 707 del Código Civil) descubre posteriormente que lo ha hecho en forma ilegítima y resuelve, entonces, ocultar la tenencia de la cosa al que puede oponerse. Esta exótica situación no alcanza, a nuestra manera de ver, a los efectos que equivocadamente se le atribuyen, como lo analizaremos más adelante.