

LA POSESIÓN¹

1.- Concepto

La significación vulgar de la palabra posesión denota la ocupación de una cosa, el tenerla en nuestro poder, sin que importe mayormente la existencia de un título o derecho para ello. El sentido *natural y obvio* de posesión denota el *Acto de poseer o tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro.*²

En sentido técnico, varía la noción de posesión en el derecho comparado. En algunas legislaciones (suiza, alemana), se da al concepto el mismo contenido que expresa la acepción vulgar, se considera la posesión como la potestad de hecho sobre una cosa. Nuestro Código Civil, siguiendo otras tendencias, destaca no sólo la relación de hecho existente entre una persona y una cosa, sino un elemento intelectual o psicológico: el animus (excepto, según veremos, en el “*extraño*” caso del artículo 722, que consagra la posesión legal de la herencia, donde puede haber posesión sin corpus ni animus).

La definición legal está en el artículo 700, y traduce la concepción subjetiva de Savigny. Se define por el Código Civil en los siguientes términos: *La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. / El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo.*

La definición del Código, nos sugiere de inmediato las siguientes observaciones fundamentales:

- 1º Hay dos elementos esenciales en toda posesión, el corpus y el animus;
- 2º Toda posesión ha de recaer sobre una cosa “*determinada*”, precisa, sobre la cual, si es necesario, el poseedor alegará después dominio por haberlo adquirido por prescripción;
- 3º El poseedor puede ser también dueño (situación normal) o puede no serlo (situación excepcional). Por eso el Código dice , “*sea que el dueño o el que se da por tal tenga...*”;
- 4º El poseedor puede tener la cosa bajo su dependencia inmediata, lo que ocurrirá cuando “*tenga la cosa por sí mismo*”; o puede tenerla otra persona, pero a nombre del poseedor, o sea, “*por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*”. En este último caso, el tenedor de la cosa podrá ser, por ejemplo, un arrendatario, comodatario, etc., vale decir, un mero tenedor;
- 5º Todo poseedor es considerado por la ley como dueño (lo que resulta lógico, pues la ley presume aquello que es normal, y ya dijimos que lo usual será que el poseedor sea también dueño), sin perjuicio de que un tercero puede probar lo contrario (porque la presunción de dominio a favor del poseedor, es simplemente legal, no de derecho).

2.- Naturaleza jurídica

Entre las múltiples discusiones que suscita la posesión, está la que se refiere a si ella es un hecho o un derecho.

¹ Fecha de última modificación: 26 de febrero de 2013.

² *Diccionario de la lengua española*, vigésimo segunda edición, año 2001, Tomo II, p. 1.809, primera entrada.

Savigny sostiene que originariamente, considerada en sí misma, la posesión es un mero hecho, porque se funda en circunstancias materiales (*corpus*), sin las cuales no podría concebirse; pero agrega que es a la vez un derecho, por las consecuencias jurídicas atribuidas al hecho, que son la prescripción y las acciones posesorias, y porque hay casos en los cuales los derechos del poseedor son independientes del hecho mismo.

Ihering afirma que la posesión es un derecho, porque es un interés jurídicamente protegido.

Las disposiciones de nuestro Código Civil, se orientan a concebir la posesión como un hecho, partiendo de la propia definición. Cada vez que el Código Civil define un derecho, dice que es una “*facultad*” o un “*derecho*” (artículo 582), mientras que al definir la posesión dice que es la “*tenencia*”, la que constituye un hecho.

Hoy día, la doctrina considera infecunda esta disputa y resuelve la cuestión diciendo simplemente que la posesión es un estado de hecho protegido por el derecho.

3.- Elementos de la posesión

Son dos:

a) **La tenencia o el corpus:** es un poder físico o potestad de hecho sobre la cosa. Savigny afirma que el *corpus* no supone necesariamente el contacto inmediato del individuo con el bien poseído. Consiste en la manifestación de un poder de dominación, en la **posibilidad física de disponer materialmente de la cosa**, en forma directa e inmediata, con exclusión de toda intromisión de extraños. Por ello, si la cosa está temporalmente en manos de un mero tenedor (un arrendatario o un comodatario, por ejemplo), el *corpus* continúa radicado en el poseedor, pues el mero tenedor carece de la facultad para disponer materialmente de la cosa, pues expirado el derecho en virtud del cual detenta la cosa, debe restituir la cosa al poseedor. Dicho en otras palabras: quien tiene la obligación de conservar y restituir, no sólo carece del *ánimus*, sino también del *corpus*.

Concebir el *corpus* no sólo como tenencia física sino también como una posibilidad de disponer de la cosa, aunque eventualmente no se tenga un contacto directo con ella, se relaciona con las formas simbólicas de tradición de cosa corporal mueble (artículo 684).

Ihering sostiene que el *corpus* es la exteriorización del derecho de propiedad, el hecho de conducirse respecto de la cosa como lo haría el propietario.

b) **El animus:** de acuerdo con la llamada teoría clásica o subjetiva, la posesión no sólo implica una potestad de hecho sobre la cosa (*corpus*), sino también la existencia de una **voluntad especial** en el que pretende poseer. Este segundo elemento es de carácter psicológico o intelectual y se llama *ánimus*. Consiste en tener la cosa como dueño, en la intención de tener la cosa para sí.

Para la mayoría de la doctrina nacional, nuestro Código Civil da un papel preponderante al *ánimus*, afirmándose que si bien para adquirir la posesión se necesita el *corpus* y el *ánimus*, para conservarla basta el último.

4.- La posesión en su relación con el dominio:

La posesión, por regla general, es una verdadera propiedad aparente. Tanto es así, que el art. 700, 2º, establece que el poseedor se reputa dueño, mientras otra persona no

justifica serlo. Se justifica la presunción, porque lo más corriente es que la posesión vaya unida al dominio. Sin embargo, esta regla tiene excepciones: hay poseedores que no son dueños de la cosa y a la inversa, propietarios que no tienen la posesión de la cosa.

En esta relación, visualizamos semejanzas y diferencias:

a) Semejanzas entre la propiedad y la posesión

a.1.) Tanto una como otra recaen sobre una cosa determinada;

a.2.) Ambas son exclusivas, es decir, sólo admiten un propietario o un poseedor, lo cual no excluye por supuesto las figuras de copropiedad y coposesión, pero en estos casos los copropietarios y los co-poseedores están limitados en sus acciones;

a.3.) Las ventajas que el Derecho otorga a ambas, son más o menos idénticas.

b) Diferencias entre la propiedad y la posesión

b.1.) El dominio supone una relación jurídica entre el propietario y la cosa; la posesión sólo entraña una relación de hecho; este distingo incide en la posibilidad de que el derecho de dominio, por ser tal, puede transferirse y transmitirse, mientras que la posesión, por ser sólo un hecho, no se transfiere ni se transmite. Volveremos sobre este punto.

b.2.) El dominio sólo se puede adquirir por un modo; en cambio, se puede poseer una cosa por varios títulos (art. 701); en efecto, como indica Luis Claro Solar, *“Una vez adquirido el dominio de una cosa por un título, cualquiera que sea, no se puede volver a adquirir por otro título distinto, desde que no es posible que yo adquiriera lo que ya es mío; lo que es mío no puede hacerse más mío (...) Al contrario la posesión que tengo de una cosa puede proceder de varios títulos: ‘Se puede poseer una cosa por varios títulos’ dice el artículo 701, repitiendo la regla del Derecho romano que consignaba el Digesto, tomándola del jurisconsulto Paulus (...) Los Romanos designaban la posesión según la causa de la que precedía, es decir el título que le servía de antecedente. Siendo la posesión una situación de hecho, no hay inconveniente en que pueda referirse a varios títulos y que de ellos pueda el poseedor elegir el que más le convenga. Así el que posee una cosa por haberla comprado o habersele donado, podría pasar a poseerla como heredero del vendedor o donante, o pro suo, por haberla usucapido. Así si el causante de una herencia era poseedor regular de una cosa que había comprado y no dueño de ella, su heredero que continúe esa posesión, tendrá como título de su posesión la herencia, pro haerede, y el título de compra del causante que se le ha transmitido, pro empore.”* Víctor Vial del Río, a su vez, proporciona el siguiente ejemplo: *“...si una persona se apodera de un animal doméstico con la intención de hacerlo suyo, no va a adquirir el dominio por ocupación, pues ésta sólo permite adquirir el dominio de animales bravíos o salvajes. Sin embargo, la ocupación le va a servir de título para justificar la posesión de la cosa. Si posteriormente el poseedor compra el animal a quien cree su dueño, la tradición del mismo también le va a servir como título posesorio, de tal suerte que va a tener la posesión por dos títulos distintos: ocupación y tradición. Puede que incluso la tradición no transfiera el dominio, si el tradente no es dueño. Pero constituye un título posesorio.”*

b.3.) El dominio está protegido por una acción real, la reivindicatoria; la posesión de los inmuebles está protegida por las acciones posesorias; en algunos casos la posesión de los muebles e inmuebles está amparada por la acción reivindicatoria (acción publiciana).

5.- Ventajas de la posesión

- a) De acuerdo con el art. 700, 2º, el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifica serlo; lo que en otros términos, significa que está amparado por una presunción legal. Si alguien quiere discutirle el dominio, debe probar dicho tercero su calidad de propietario.
- b) Habilita para llegar a adquirir el dominio de la cosa por prescripción, luego de cierto plazo (arts. 683 y 2498 y ss.)
- c) Está protegida con las acciones posesorias (arts. 916 y ss.) y en ciertas situaciones, con la acción reivindicatoria, aquí denominada “*acción publiciana*” (art. 894).
- d) En algunos casos –poseedor de buena fe-, el poseedor puede hacer suyos los frutos de la cosa poseída (art. 907, inciso 3º).
- e) El poseedor tiene acción para ser indemnizado por los delitos o cuasidelitos cometidos por terceros (artículo 2315).

6.- Cosas susceptibles de posesión³

La posesión supone cosas sobre las cuales se puede tener ánimo de señor o dueño, es decir, cosas susceptibles de apropiación. O sea, debe tratarse de **cosas comerciables**. En consecuencia, no se puede tener posesión respecto a las cosas comunes a todos los hombres, sobre los bienes nacionales de uso público y en general, sobre las cosas in comerciables.

Del propio art. 700, queda en claro que la posesión ha de recaer sobre **cosas determinadas**, como acontece también con el dominio. No es posible concebir la posesión sobre cosas inciertas o individualizadas sólo por su género.

A pesar de que nuestro Código al definir la posesión se refiere a la tenencia de una cosa determinada, con lo cual parece dar a entender que sólo se aplica a las **cosas corporales**, puesto que la palabra tenencia denota una ocupación material, el mismo Código admite la posesión de las **cosas incorporales**, los meros derechos: art. 715.

Ya en el Derecho Romano se había admitido la posesión de los derechos de servidumbre y de usufructo, figura que se denominaba cuasi posesión; pero no se extendió a los derechos personales, manteniéndose en el ámbito de ciertos derechos reales⁴.

En el Mensaje de nuestro Código Civil, se explica especialmente la admisión de la posesión con respecto a los derechos reales. Sin embargo, hay discrepancia en la doctrina en cuanto a los derechos personales.

Algunos autores piensan que todo derecho, sea real o personal, es susceptible de posesión. Otros, rechazan la posibilidad de la posesión de los derechos personales y estiman que cuando las leyes aluden a la posesión del estado civil (posesión notoria) o de los créditos, lo hacen en un sentido muy diferente al sentido técnico de la posesión.

³ Cfr. Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2007, pp. 334 a 337.

⁴ Como se indica en una nota de Velez Sarsfield al artículo 2351 del Código Civil argentino, “*Los romanos habían restringido la cuasi-posesión a las servidumbres, y no la habían extendido a otros Jura in re, y menos a los derechos personales y a los derechos de las obligaciones, respecto de los cuales la idea del ejercicio de un poder físico no es admisible bajo relación alguna.*”: Código Civil de la República Argentina, Editorial Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2004, pág. 403.

Para Barros Errázuriz y Hugo Rosende, los términos amplios del art. 715 inducen a concluir que pueden poseerse tanto los derechos reales como los personales, pues ambos son cosas incorporales, en la nomenclatura del C.C. (arts. 565 y 576). Ello se vería confirmado por el art. 2456 y sobre todo por el art. 1576, que habla precisamente de un “poseedor” del crédito. Rozas también admite la posesión de los derechos personales, afirmando que los créditos pueden ganarse por prescripción adquisitiva. Postula un ejemplo: si una persona se hace pasar por mandataria del acreedor sin serlo y cede el crédito, el cesionario podría ganarlo por prescripción adquisitiva de diez años (pues será un poseedor irregular, ya que su título es injusto). Agrega, en el ejemplo, que el crédito podría no haberse extinguido por la prescripción extintiva (en rigor, la acción respectiva), por tener un plazo pendiente para hacerse exigible.⁵

Pescio no acepta la posesión de los derechos personales, estimando que el art. 1576 no se refiere propiamente a la posesión sino a un “titular” aparente del crédito, o sea, a quien detenta materialmente el documento en el cual consta el crédito, lo que induce a error al deudor, pagándole. Además, el Mensaje del Código dejaría de manifiesto que nuestro legislador, en lo que respecta a las cosas incorporales, restringió la posesión sólo a los derechos reales; así, al mencionar el usufructo, dice “que es un derecho real, y por consiguiente (o sea, porque es un derecho real), susceptible de posesión”. Por su parte, el artículo 2498, al aludir a las cosas incorporales susceptibles de prescripción, solamente se refiere a los derechos reales: en el inciso 1º, en lo tocante al dominio, y en el inciso 2º, cuando agrega: *Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados*. Este es el precepto en el que funda la mayoría, para descartar la posesión y por ende la prescripción sobre los derechos personales.

Pero no todos los derechos reales son susceptibles de posesión: las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas inaparentes, no pueden adquirirse por prescripción (art. 882) y por ende no pueden poseerse. A ellas cabe aplicar la mencionada frase *otros derechos reales que –en este caso- están especialmente exceptuados*.

7.- Diversas clases de posesión

Posesión útil	Regular	Prescripción ordinaria
	Irregular	Prescripción extraordinaria
Posesión inútil	Violenta	
	Clandestina	

En primer lugar cabe distinguir entre posesión útil e inútil. Esta clasificación atiende a si la posesión conduce o no a la adquisición del dominio por prescripción.

Poseiones útiles son la regular e irregular, porque ambas conducen a la prescripción adquisitiva.

Poseiones inútiles, son las viciosas, es decir, la violenta y la clandestina. (Art. 709).

⁵ Rozas Vial, Fernando, *Los Bienes*, Santiago, LexisNexis, cuarta edición, agosto 2007, p. 212.

Posesión violenta, es la que se adquiere por la fuerza, que puede ser actual o inminente. (Art. 710).

Posesión clandestina, es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella. (Art. 713).

Posesión regular, es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión; además, si el título es traslativo de dominio, es necesaria la tradición. (Art. 702).

Posesión irregular, es la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular. (Art. 708).

Tanto la posesión regular como la irregular conducen a la prescripción; la primera, da origen a la prescripción ordinaria; la segunda da origen a la prescripción extraordinaria.

8.- La posesión regular

De acuerdo a su definición (art. 702, 2º y 3º), los elementos constitutivos o requisitos de la posesión regular son tres: justo título, buena fe inicial y la tradición si el título es traslativo de dominio.

Cabe acotar que para calificar la buena fe se atiende sólo al momento inicial de la posesión y que la tradición sólo es necesaria cuando se invoca un título traslativo de dominio.

Seguidamente analizaremos los tres requisitos.

8.1.) Justo título

La ley no lo define. Se explica su denominación, según enseña Pothier, porque da a las personas que por su intermedio adquieren la posesión de la cosa, **un justo motivo para creerse propietario**, sin que permita adivinar que carecía de esta calidad la persona de la cual se adquirió la cosa.

Para calificar el título de justo no se toma en consideración si la persona de la que emana era verdaderamente propietario; no es necesario que el título, para ser justo, sea otorgado por el dueño de la cosa.

Así lo prueban diversas disposiciones:

- a) El art. 1815, que declara válida la venta de cosa ajena;
- b) El art. 704, que no incluye entre los títulos injustos la venta de cosa ajena; y
- c) El art. 683, del cual se deduce que si se vende una cosa ajena y se inscribe la venta, hay tradición y por este medio el adquirente inicia una posesión que le dará derecho a adquirir el dominio del inmueble por prescripción. Lo mismo vale para los muebles.

a) Características del justo título

Se pueden deducir, interpretando a *contrario sensu* el artículo 704, que señala los casos de títulos injustos:

a.1.) Debe tener aptitud suficiente para atribuir el dominio: la tiene, por ejemplo, el título traslativo de dominio, como la compraventa o la permuta; no la tiene, el título que importa reconocimiento de dominio ajeno, como el del arrendatario, el del comodatario, etc., es decir, el título de mera tenencia.

a.2.) Debe ser verdadero: debe ser un título con existencia real. Por eso, son títulos injustos el falsificado (art. 704, 1º) y el meramente putativo, como el del heredero aparente que no es en realidad heredero (art. 704, 4º).

a.3.) Debe ser válido: según se desprende del art. 704 N° 3, que declara título injusto el que adolece de un vicio de nulidad.

b) Concepto doctrinario de título en materia posesoria y de justo título.

De tal forma, podemos llamar **título**, en materia posesoria, todo hecho o acto jurídico en virtud del cual una persona adquiere la posesión de una cosa. Por **justo título** se entiende todo hecho o acto jurídico que por su naturaleza y por su carácter de verdadero y válido es apto para atribuir en abstracto el dominio.

Se exige que el título sólo en abstracto tenga aptitud para atribuir el dominio, porque se toma en cuenta el título en sí mismo, con prescindencia de otras circunstancias ajenas a él, que en concreto pueden determinar que a pesar de su calidad de justo, no se adquiriera el dominio, como en el caso de la venta de cosa ajena.

Observamos que la definición de justo título está orientada al dominio, lo que se explica porque la posesión importa una convicción de dominio. El poseedor no se considera sólo poseedor, sino dueño, de modo que es lógico que el título en que se funda su posesión, sea un título cuya función es atribuir el dominio. Por la misma razón, el Código clasifica los títulos atendiendo a si constituyen o transfieren el dominio (o lo declaran, como agrega la doctrina).

c) Clasificación de los títulos (art. 703).

La ley distingue entre justo título constitutivo o traslativo de dominio. La doctrina agrega el título declarativo de dominio. Cabe precisar que si bien el artículo citado aplica la distinción a los títulos justos, también se extiende a los títulos injustos (v. gr., una venta nula es título injusto y traslativo de dominio).

c.1.) Títulos constitutivos de dominio.

Son los que dan origen al dominio, sirven para constituirlo originariamente, con prescindencia del antecesor en la posesión, si lo hubo. Tienen este carácter, según el art. 703, inciso 2º: **la ocupación, la accesión y la prescripción.**

Se trata de los modos originarios de adquirir el dominio a los cuales el Código les atribuye aquí el rol de títulos para poseer. Normalmente, cuando operan permiten adquirir el dominio y por ende la posesión; pero puede ocurrir que no otorguen el dominio, en cuyo caso sólo actuarán como título constitutivo de posesión (por ejemplo, si se ocupa un bien que tiene dueño, la ocupación no opera como modo, pero constituirá título para poseer la cosa).

El art. 726 confirma el rol que puede desempeñar la ocupación como título posesorio, al expresar: *Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan.*

Podríamos agregar que en el caso de los títulos constitutivos, se adquiere la posesión sin intervención de un tercero.

Precisa la doctrina que de los títulos constitutivos de dominio mencionados en el art. 703, sólo la ocupación y la accesión sirven para adquirir la posesión, incurriendo en un

error el legislador al incluir la prescripción, pues esta supone la posesión. Como dice Claro Solar, “*es resultado de ella cuando ha durado el tiempo señalado por la ley, la posesión es necesariamente anterior a la prescripción y no puede ser a la vez causa y efecto de ella*”.

De tal forma, para adquirir una cosa por prescripción es previo adquirir la posesión de la misma por otro título, sea constitutivo o traslativo.

En lo que respecta a la accesión, la posesión de lo principal se extiende a las accesiones, por regla general (sin perjuicio del art. 652, acerca de la avulsión, si el dueño recupera el terreno, y de las normas sobre accesión de mueble a mueble, cuando se forma una comunidad). Así, plantea Rozas Vial, *La accesión es título para la posesión cuando una persona posee una cosa, sin ser dueña, y algo se junta a la cosa poseída. Por ejemplo, una persona es poseedora de un inmueble, sin ser su dueño, y ese inmueble crece en virtud del aluvión; el terreno de aluvión pasa a ser poseído por el poseedor del terreno que aquél incrementó.*⁶

c.2.) Títulos traslativos de dominio.

Son los que por su naturaleza, sirven para transferir el dominio, como la compraventa, la permuta, la donación, el aporte en propiedad a una sociedad de bienes determinados, la transacción en cuanto transfiere la propiedad de un objeto no disputado, etc.

Nótese que al decir la ley que estos títulos, por su naturaleza, “*sirven para transferir el dominio*”, deja en claro que por sí solos no lo hacen, requiriéndose un modo de adquirir, según hemos estudiado.

Estos títulos, al mismo tiempo que sirven como antecedente para que opere un modo de adquirir, constituyen un título para poseer.

c.3.) Títulos declarativos de dominio.

Son los que se limitan a reconocer o declarar el dominio o la posesión preexistentes. Nada crean ni transfieren; sólo confirman, reconocen o verifican una situación ya existente.

El Código no dedica una reglamentación especial a esta clase de títulos, pero el art. 703 y otros, demuestran que están contemplados en nuestro Derecho, distinguiéndose de los dos anteriores.

Son títulos declarativos:

c.3.1.) Las sentencias que resuelven acerca de derechos litigiosos.

c.3.2.) La transacciones, en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes (art. 703, inciso final). Así, por ejemplo, si dos personas discuten sobre el dominio de un bien y en virtud de la transacción convienen que es de uno de ellos, se entiende que siempre le ha pertenecido. En todo caso, como sólo declaran lo existente, ello puede ser favorable o adverso para el titular: si el derecho existía entre quienes celebraron el acto declarativo, le favorece, pues opera retroactivamente, y tendrá el dominio y la posesión por todo el tiempo intermedio; pero si a pesar de la transacción ninguno era el verdadero titular del derecho declarado sino que pertenecía a un tercero, aquél en cuyo favor se declaró nada obtiene ante dicho tercero: art. 2456, inciso final (de ahí que se diga que estos títulos “*no legitiman posesión*”).

⁶ Rozas Vial, Fernando, ob. cit., p. 216.

c.3.3.) Las sentencias de adjudicación en juicios divisorios y los actos legales de partición.

El Código se pone en el caso de una partición realizada ante un juez partidor, o de una partición realizada de común acuerdo por los comuneros.

Se ha discutido su naturaleza jurídica en cuanto títulos declarativos o traslaticios. Recordemos que generalmente se pone término a la comunidad mediante la partición de bienes. La adjudicación es el acto por el cual el derecho que cada comunero tenía en la cosa o cosas comunes se singulariza o determina en forma exclusiva en relación a un bien mediante la adjudicación, un bien se destina a uno o algunos de los comuneros; sin embargo, en las leyes y en la práctica se habla también de adjudicación cuando el bien común es adquirido en remate por un tercero, extraño a la comunidad.

El art. 703 dice que pertenecen a la clase de títulos traslaticios de dominio. Pero de otras disposiciones resulta que la adjudicación tiene un carácter meramente declarativo y no traslativo de dominio: Arts. 718 y 1344. **¿Cómo conciliar estas disposiciones?** Intentando explicar el alcance del art. 703 en esta materia, se ha dicho que el legislador quiso aludir a que pertenecen a los títulos derivativos de dominio, en contraposición a los constitutivos, a los que se alude en los incisos 1º y 2º del art.

Otra explicación sería que el legislador alude al caso en que el adjudicatario es un extraño y no uno de los comuneros, porque para éstos tales títulos sólo pueden ser declarativos de dominio.

Finalmente, también se invoca la historia de la ley. El art. 836 del Proyecto de 1853, correspondiente al actual 703, establecía que entre los títulos traslaticios de dominio se encontraba la “*adjudicación judicial*”, expresiones con las cuales Bello habría querido aludir a una adjudicación en juicio ejecutivo, es decir a compraventa en remate, sin duda título traslativo. La Comisión Revisora habría tergiversado la idea al cambiar estas expresiones por la errónea fórmula actual.

En cuanto a la jurisprudencia, en un principio declaró reiteradamente que la adjudicación entre comuneros constituía título traslativo de dominio, para posteriormente uniformarse en el sentido que es declarativo.

d) La sucesión por causa de muerte en relación a la posesión

La herencia está establecida en nuestro Derecho tanto como un derecho real (art. 577), como también un modo de adquirir el dominio de los bienes específicos que pertenecían al causante (art. 588). **Tres clases de posesión se distinguen al efecto:**

d.1.) Posesión legal de la herencia: al heredero, por el sólo hecho de serlo, se le tiene como poseedor legal de la herencia; incluso aunque ignore su condición de heredero (arts. 688 y 722).

d.2.) Posesión efectiva de la herencia: entendida como una declaración judicial, si la herencia fuere testada, o resolución administrativa, si la herencia fuere intestada, por la cual a determinadas personas se les tiene por herederos.

d.3.) Posesión real de la herencia: corresponde a quien en realidad detenta la herencia en calidad de heredero (pudiendo o no ser verdadero heredero), entendiéndose que se posee la herencia poseyendo los bienes del causante.

Cabe señalar o reiterar, como indicamos en el capítulo de la tradición, que el legislador, erróneamente, asimiló la posesión legal a la posesión efectiva, conforme a la modificación del inciso 1º del artículo 688, por la Ley 19.903, publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de octubre de 2003. Decimos que tal asimilación es errónea, porque la

posesión efectiva debe otorgarse por una resolución judicial o administrativa, mientras que la posesión legal se entiende conferida por el solo ministerio de la ley.

Ahora bien, con respecto a la posesión, pueden formularse apreciaciones distintas, según se trate de la herencia como universalidad o de los bienes específicos que la integran:

1º) En cuanto a la herencia: ciertamente que el verdadero heredero puede tener las tres clases de posesión. Tal es la situación normal. Pero puede ocurrir que un falso heredero entre a poseer la herencia, en posesión real. En tal caso, el verdadero heredero puede intentar la acción de petición de herencia (art. 1264 y ss.). Si no lo hace, el falso heredero puede terminar ganando la herencia por prescripción, en 10 años, o aún en 5, si ha obtenido la posesión efectiva. En esta situación, el falso heredero carece de título en estricto rigor, pero existiendo algún vestigio, el Código Civil lo llama heredero “*putativo*”, más, si logra la posesión efectiva, tendrá título justo (art. 704 N° 4) y se presumirá que está de buena fe.

2º) En cuanto a los bienes específicos: al fallecer, el causante pudo tener bienes en dominio, posesión o mera tenencia. Mirando la situación desde el punto de vista de quien se dice heredero, distinguimos:

- Si verdaderamente lo es, y el causante era dueño de la cosa, tiene el dominio y por ende la posesión. Si el causante poseía la cosa sin ser dueño, el heredero entrará también en posesión (aunque su posesión será distinta a la del causante, sin perjuicio que pueda agregar la de éste y la de los poseedores precedentes) y podrá llegar a adquirir el dominio por prescripción. Si el causante sólo era mero tenedor, el heredero podrá entrar en posesión (si desconocía que la cosa no pertenecía al causante). En todos estos casos el título para poseer, o sea la justificación jurídica de la posesión, será la sucesión por causa de muerte.
- Si no es heredero: la posesión carecerá de título en estricto rigor, aplicándose el art. 704 N° 4: posesión con “*título putativo*” y eventualmente con justo título si se obtiene la posesión efectiva.

e) Títulos injustos

La ley no da una definición general de título injusto, limitándose a enumerar taxativamente los casos de título injusto, en el art. 704. Esta enumeración, si bien taxativa, es genérica y no específica, es decir, no contempla casos especiales, sino hipótesis generales, que a su vez pueden contener variadas situaciones.

Los títulos injustos se caracterizan en general, porque adolecen de vicios o defectos que impiden la transferencia del dominio, por causas que miran a la regularidad del acto mismo y no a la calidad de dueño que pueda investir el otorgante (pues la venta de cosa ajena vale, y por ende, constituye título justo).

No es justo título:

e.1.) El título falsificado, esto es, no otorgado realmente por la persona que se pretende.

El concepto de falsificación es amplio. En doctrina se distingue:

- La falsificación propiamente tal: que consiste en la creación completa de un instrumento que en realidad no existe.

- La falsificación material: que se produce cuando existiendo verdaderamente un documento, se altera su contenido material mediante adiciones o enmiendas; y
- La falsificación intelectual o ideológica: que consiste en ser falsos los hechos declarados o certificados por el funcionario.

La jurisprudencia ha declarado que es falso un título cuando no ha sido realmente otorgado por las personas que aparecen interviniendo en él; o cuando no ha sido efectivamente autorizado por los funcionarios competentes que aparecen interviniendo en su otorgamiento; o cuando ha sido adulterado en condiciones que alteran o cambian su naturaleza jurídica. Por tanto, ha dicho la jurisprudencia, no puede calificarse de falso un instrumento en mérito de antecedentes que sólo digan relación con la falta de veracidad de las declaraciones de los otorgantes (sin perjuicio que éstos puedan impugnar el instrumento por tal causa). Por ende, de las tres hipótesis de falsificación a que aludíamos, las dos primeras estarían comprendidas en el número 1 del artículo 704, y no así la tercera. De esta forma, si lo que resulta falso sólo es lo que declararon las partes, el título no por ello deja de ser justo.

En esta materia, es concebible que un documento incluya varios actos jurídicos independientes, de modo que la falsificación de uno no justifica necesariamente dar por falsificado la totalidad del instrumento. Esto podría ocurrir en el caso de una falsificación material.

e.2.) Título conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra, sin serlo.

El título es injusto, pues si el que lo confiere no tiene la representación de la persona que dice representar, el acto no empece a esta última y a su respecto es como si no se hubiera celebrado.

Cabe notar que falta la representación o el mandato no sólo cuando jamás ha existido, sino también en las siguientes hipótesis:

- cuando, a pesar de haber existido, han cesado antes del otorgamiento del título; o
- cuando el conferir el título, implica extralimitación de las atribuciones del representante o mandatario.

En relación a este caso, conviene precisar que si alguien vende una cosa ajena, pero como propia, actuando por sí, el título es justo, pues esta situación no está incluida en el art. 704, y por el contrario, está expresamente validada por el art. 1815. Pero si se vende una cosa ajena diciéndose representante del dueño, el título es injusto. La diferencia se justifica porque en este último caso el adquirente debió examinar suficientemente el poder que aduce quien ha manifestado ser representante.

Por último, el título conferido por una persona que exhibe un poder de otra que no tiene la calidad de dueño es título justo, pues estamos también ante venta de cosa ajena, cubierta por el art. 1815.

e.3.) Título que adolece de un vicio de nulidad.

El título no es justo, pues un título nulo no es apto para transferir el dominio, y en consecuencia la posesión no responde a un derecho a lo menos aparente que la justifique.

Se opone a la calidad de justo título tanto la nulidad relativa como la absoluta, pues la ley no distingue. El Código da un ejemplo de nulidad relativa (una enajenación que debiendo haber sido autorizada, no lo fue: se omite por ende una formalidad habilitante, por ejemplo, artículos 254 y 1749 del Código Civil), pero que no limita la regla; por otra parte, si un título que adolece de nulidad relativa es injusto, con mayor razón debe serlo uno que adolece de nulidad absoluta.

En todo caso, habiendo nulidad relativa es posible la ratificación y por ende validar retroactivamente el título, a la fecha en que fue conferido: art. 705. En tal caso, donde había posesión irregular, habrá después posesión regular, entendiendo que siempre la hubo, por el efecto retroactivo mencionado.

Un punto interesante aquí es el determinar si es necesaria la declaración judicial de nulidad para considerar injusto el título. En principio, la respuesta debiera ser afirmativa, considerando el principio de que la nulidad sólo produce efectos una vez declarada judicialmente. Sin embargo, tal conclusión ocasiona dificultades tratándose de la nulidad relativa. Se plantea al respecto si un tercero, que no ha sido parte en el contrato viciado de nulidad relativa, puede o no invocar ésta, para el efecto que se califique de injusto el título del poseedor que le opone ese contrato alegando posesión regular. El tercero no puede alegar la nulidad con el fin de que se declare que el contrato adolece de la misma y por ende se deje sin efecto, pues carece de acción (art. 1684), teniendo presente que la nulidad relativa sólo puede pedirse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios.

Para sortear la dificultad, algunos han propuesto que debiera permitirse, a quien tenga interés en que el título sea injusto, que invoque la nulidad relativa para el solo efecto de tener el título como injusto, manteniéndose el acto jurídico respectivo como válido para los demás efectos legales, los que se extinguirían sólo cuando se anule a petición de quien tenga la acción de nulidad, de acuerdo al art. 1684. Por ejemplo: Pedro compra a Juan, relativamente incapaz, un bien que pertenece a Diego, adoleciendo el contrato de un vicio de nulidad relativa. Este reivindica y Pedro le opone prescripción ordinaria fundada en posesión regular. Diego plantea a su vez que el título adolece de nulidad relativa y es por tanto injusto, lo que excluye la posesión regular y por ende la prescripción ordinaria.

e.4) Título putativo.

Lo es el título en cuya existencia cree la persona que lo invoca, si bien no existe en realidad. Quien apela a él, se basa en un error, en antecedentes que no son verdaderos o que dejaron de serlo al momento en que se hacen valer. No se trata de un título defectuoso, sino inexistente.

Por ejemplo, dice la ley que es meramente putativo el título del heredero aparente o el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior. Sin embargo -agrega la ley-, al heredero putativo a quien se haya dado la posesión efectiva, servirá de justo título el decreto; e igual sucederá con el legatario putativo si el testamento hubiere sido judicialmente reconocido.

Ya hemos señalado los efectos respecto de la prescripción del derecho real de herencia si se obtiene el decreto de posesión efectiva.

En cuanto al legatario, basta cualquier reconocimiento judicial del acto testamentario, sea en vía contenciosa o voluntaria. Servirá, por ejemplo, la resolución

judicial que concede la posesión efectiva al heredero testamentario si en el mismo testamento se encuentra instituido el legado.

La doctrina precisa que el acto testamentario judicialmente reconocido sólo sirve de justo título al legatario de especie o cuerpo cierto, pues el legatario de género sólo tiene un crédito contra la sucesión o contra el heredero a quien el testador impuso la obligación de pagar el legado, y adquiere el bien legado desde la entrega

8.2. La buena fe

a) Clasificación

La buena fe es uno de los conceptos fundamentales del Derecho Civil, y constituye un principio básico del C.C.

En doctrina, se distingue una noción subjetiva y otra objetiva de buena fe.

Desde un punto de vista objetivo, se estima a la buena fe como una actitud ordinaria o normal de un hombre corriente y que determinada con ciertos caracteres, es socialmente exigible a los particulares.

Considerada como convicción subjetiva o psicológica, la buena fe debe examinarse en cada caso particular.

Considerada objetivamente, debe apreciarse “*en abstracto*”, comparando la conducta del sujeto con lo que normalmente se considera como actuación de buena fe.

b) Concepto

A diferencia del justo título, la ley sí define la buena fe en materia posesoria, y lo hace desde un punto de vista subjetivo: art. 706, incisos 1º y 2º: *La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. / Así en los títulos traslaticios de dominio la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quién tenía la facultad de enajenarla, y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.*

La creencia que importa la buena fe debe ser firme, el que duda de la legitimidad de la adquisición posee de mala fe. Así queda de manifiesto en las palabras que usa la ley: “*conciencia*” y “*persuasión*”; ambas exigen una convicción en el adquirente, excluyendo un juicio vacilante.

c) Momento en que se requiere la buena fe para la posesión regular

En el derecho comparado, no están de acuerdo las legislaciones respecto a si basta la buena fe inicial del poseedor o si es preciso que continúe la misma durante todo el tiempo de la posesión o prescripción.

El Derecho Romano aceptó el primer criterio, reflejado en la regla de que la mala fe sobreviniente no perjudica al poseedor. El Código Francés siguió el principio romano e igual cosa hizo el nuestro.

En efecto, el legislador chileno sólo exige para la posesión regular que esta haya sido adquirida de buena fe; si con posterioridad se pierde la buena fe, esa sola circunstancia no hará perder la posesión regular. Por consiguiente, se puede ser poseedor regular y

poseedor de mala fe, y a la inversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular (si le falta alguno de los otros requisitos de la posesión regular): art. 702, 2°.

El Derecho Canónico y el actual Código Alemán, por el contrario, exigen que la buena fe subsista durante todo el plazo de la prescripción.

Cabe señalar que la buena fe es un elemento personal o individual y exige examinar los antecedentes del caso para establecerla. De tal forma, para determinar si el poseedor es regular, sólo hay que examinar su posesión. La buena o mala fe no se traspa de un poseedor a otro (salvo si hay agregación de posesiones, art. 717).

Según varios fallos de la Corte Suprema, la buena fe considerada en la posesión regular, es una cuestión de hecho que corresponde establecer privativamente a los jueces de fondo y escapa por tanto del conocimiento de la Corte Suprema.

Pero Somarriva sostiene que si el tribunal de fondo considera de buena fe a un poseedor que no tiene la creencia firme de la legitimidad de su adquisición, que denota dudas sobre ella, dicho tribunal se pronuncia sobre una cuestión jurídica e infringe la ley, porque entra a calificar una situación con prescindencia de un elemento exigido por la ley, y en tal hipótesis sí puede enmendar la situación la Corte Suprema.

d) Influencia del error en la buena fe.

El error puede referirse a un hecho determinante de la posesión o al derecho, a las disposiciones legales relativas a la posesión.

d.1.) Error de hecho

Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe (art. 706, 3°). Cabe notar que la ley no acepta cualquier error de hecho, sino un "*justo error de hecho*".

Se entiende por tal aquél que tiene un fundamento o motivo plausible, aceptable a los principios de justicia.

En tal sentido, Claro Solar, llega a la conclusión de que es aquel en que puede incurrir una persona prudente y que presta a sus negocios el cuidado ordinario y mediano de un buen padre de familia.

Corresponderá determinarlo al Juez.

d.2.) Error de derecho

El error de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario: art. 706, inciso final. Tal presunción es una consecuencia del principio de que nadie puede alegar ignorancia de la ley después que esta haya entrado en vigencia (art. 8).

Se ha discutido si esta presunción tiene un alcance general o sólo está restringida a la posesión.

Para quienes sostienen que la regla del inciso final del art. 706 debe aplicarse restrictivamente a la posesión, afirman que si la citada disposición se hiciera extensiva, por ejemplo, a los contratos, resultaría el absurdo jurídico de que por el solo hecho de declararse la ilegalidad de ellos, se declararía también la mala fe de las partes, y por tratarse de un presunción de derecho, no podrían probar lo contrario.

Para otros, el art. 706 inciso final no es más que una consecuencia del art. 8 y del art. 1452, que excluyen la posibilidad de invocar un error en un punto de derecho.

Cabe agregar que la sola declaración de nulidad de un contrato no implica mala fe de los contratantes, como queda en claro en las normas relativas a las prestaciones mutuas (arts. 904 y siguientes).

e) Presunción de buena fe en materia posesoria

Se establece en el art. 707: “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. / En todos los otros la mala fe deberá probarse.*” En consecuencia, si se quiere alegar posesión regular, no es necesario que el poseedor acredite su buena fe; basta que exhiba justo título y pruebe que se verificó la tradición, si invoca un título traslativo de dominio.

Quien impugne la buena fe deberá probar la mala fe del poseedor. A contrario sensu, sólo excepcionalmente la ley establece presunciones de mala fe, como acontece, por ejemplo, en el último inciso del art. 706; en el art. 94 regla 6ª; en el artículo 143 inciso 2º; en el art. 2510 regla tercera; en el artículo 968 número 5; y en el artículo 1301, todos del Código Civil.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria no limitan la presunción de buena fe a la posesión, y la extienden a todo el ámbito del Derecho y no sólo al del Derecho Privado o del Derecho Civil. Ello, porque la ley presume lo normal, lo corriente, que es la actuación de buena fe de las personas.

La doctrina mayoritaria se apoya en diversas razones:

1º) Los términos del art. 707 son muy generales y comprensivos, sin que se pueda afirmar, para restringir su aplicación, que la norma está en el título “*De la posesión*”, porque hay muchas normas en el Código que tienen carácter general, a pesar de encontrarse ubicadas dentro de un título determinado.

2º) La mala fe tiene una estrecha vinculación con el dolo, y si se pretendiera que la buena fe debe probarse, equivaldría a sostener que la mala fe se presume, lo que no concuerda con el espíritu del legislador (art. 1459).

3º) Sólo en el art. 707 establece la ley una presunción de buena fe, mientras que en diversas normas establece expresamente presunciones de mala fe. Ello demostraría que es la buena fe la que se presume; si el legislador, en ciertas hipótesis, declara expresamente una presunción de mala fe, denota con ello que se trata de excepciones que alteran la regla general, esto es, que se presume la buena fe. Dicha regla general, por tener tal carácter, no necesita ser reiterada.

Una tesis minoritaria, postula que la presunción de buena fe sólo se circunscribe al campo de la posesión. Señala que las presunciones legales son preceptos de excepción y por ende de interpretación restrictiva, no pudiendo extenderse a otros casos que los expresamente consagrados por la ley.

Tal tesis sin embargo, no parece razonable, atendiendo a los argumentos antes reseñados.

La jurisprudencia se ha inclinado por la primera doctrina, aplicando este criterio principalmente en la institución del “*matrimonio putativo*”, consagrado en el artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil. Este es un matrimonio nulo, celebrado ante el Oficial del Registro Civil o ante un ministro de una entidad religiosa de derecho público y ratificado ante el Oficial Civil, que produce los mismos efectos que el válido, en razón de haberse contraído de buena fe y con justa causa de error, por uno o ambos cónyuges. Al respecto, la Corte Suprema ha dicho que la buena fe de los cónyuges se presume y no necesita ser

alegada. De cualquier manera, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley número 19.947 (Ley de Matrimonio Civil), el punto ha quedado resuelto, pues el artículo 52 señala que se presume buena fe de los cónyuges.

8.3.La tradición

Cuando se invoca un título constitutivo de dominio, basta para acreditar la posesión regular la buena fe y el justo título. A estos requisitos debe unirse la tradición, cuando se invoca un título traslativo de dominio (art. 702, 3°).

Se justifica lo anterior, considerando que el título traslativo de dominio confiere sólo derechos personales, siendo imprescindible la tradición para colocar la cosa en poder del adquirente.

El título constitutivo, en cambio, da la posesión por sí mismo. El inciso final del artículo 702 establece una presunción de tradición, cuando se posee una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla. La presunción sin embargo está limitada: no se aplica cuando la tradición ha debido efectuarse por la inscripción del título. Por ende, la presunción queda reducida a los bienes muebles, excluyéndose los inmuebles y los derechos reales constituidos en ellos que requieren inscripción, y las servidumbres que exigen escritura pública. En estos casos, debe probarse que se cumplió con la solemnidad.

9.- La posesión irregular

a) Concepto

Es la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular: art. 708.

No debe extremarse el tenor de este artículo: podrá faltar uno o más requisitos de la posesión regular, pero siempre deben concurrir los elementos indispensables que signifiquen tenencia y ánimo de señor y dueño. De no ser así, simplemente no hay posesión.

En cada caso, por tanto, habrá que analizar él o los elementos que faltan, para concluir lo que procede (por ejemplo, si se exhibe justo título traslativo de dominio, la tradición sería indispensable, pues sin ella no habrá tenencia y sin ésta será imposible poseer; en este caso, podría faltar la buena fe sin embargo).

b) Comparación de los beneficios de la posesión regular e irregular

b.1.) Tanto una como otra habilitan para llegar a adquirir el dominio por prescripción. Pero al poseedor regular le basta con la prescripción ordinaria (art. 2508), mientras que el poseedor irregular necesita de la prescripción adquisitiva extraordinaria (art. 2511).

b.2.) El poseedor regular puede entablar la acción reivindicatoria denominada en este caso "*acción publiciana*". Sin embargo, no podrá interponerse contra el verdadero dueño ni contra el que posea con igual o mejor derecho (art. 894). El poseedor irregular no puede valerse de esta acción.

b.3.) La presunción de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo (art. 700, inciso final), favorece tanto al poseedor regular como al irregular.

b.4.) Tanto el poseedor regular como el irregular pueden entablar los interdictos posesorios.

b.5.) Sólo el poseedor regular vencido, que está por ende de buena fe hasta que se le notifica la demanda, se hace dueño de los frutos percibidos antes de la contestación de la misma; en cambio, el poseedor irregular, si está de mala fe, debe restituirlos: art. 907.

10.- Las posesiones viciosas

Son posesiones de esta clase la violenta y la clandestina: art. 709.

a) Posesión violenta

a.1.) Concepto

Es la que se adquiere por la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente (art. 710).

Vale decir, puede tratarse de fuerza física (vías de hecho) o amenazas (vis compulsiva).

Es la violencia inicial la que vicia la posesión. Si el origen es pacífico y después se emplea la fuerza para mantenerse en la posesión, ella no deja de ser pacífica.

Pero el art. 711 dispone que si alguien se apodera de una cosa en ausencia del dueño y volviendo éste le repele, es también poseedor violento.

En relación al artículo citado, se ha establecido por la Corte Suprema que se repele al dueño no sólo cuando se le arroja con violencia, sino también cuando simplemente se le rechaza y se le niega la devolución de la cosa. Quien no permite, por ejemplo, el ingreso a un inmueble de sus legítimos poseedores, implícitamente afirma la calidad violenta de su posesión.

Con todo, en relación a la fuerza ejercida después de haber entrado en posesión de la cosa, habría que formular un distingo para determinar si dicha violencia ulterior tiñe o no a la posesión de violenta. En efecto, si la violencia posterior se ejerce contra el dueño, la posesión será violenta; en cambio, si dicha fuerza ulterior se ejerce contra una persona distinta de dueño, la posesión no será violenta. Ello, porque el artículo 711 sólo alude al dueño, para el caso de ejercer fuerza después de haber entrado en posesión de la cosa.

El art. 712, por su parte, deja en claro que existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado:

1º) Contra el verdadero dueño de la cosa;

2º) Contra el que la poseía sin serlo; o

3º) Contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro.

En consecuencia, para caracterizar de violenta la posesión es indiferente el sujeto que sufre la fuerza. También es indiferente el sujeto activo de la fuerza: art. 712, 2º (art. 1456 establece una regla distinta, porque indica los sujetos pasivos, aunque no contiene una enumeración taxativa; art. 1457 establece una regla similar a la del 712, porque no es necesario que ejerza la fuerza el beneficiado por ella; ambas reglas, a propósito de la fuerza como vicio de la voluntad).

a.2.) Características del vicio de violencia

a.2.1.) Es un **vicio relativo**, sólo puede invocarse por la víctima. Así, por ejemplo, si quien detentaba la posesión de la cosa no era el dueño y otro se la arrebató por la fuerza, el

verdadero dueño no podrá invocar a su favor la violencia, cuando reivindique la cosa. Tal opina Alessandri, Somarriva y Rozas Vial⁷. Rodríguez Grez, en cambio, estima que se trata de un **vicio absoluto**, que opera *erga omnes*, por cuanto el vicio afecta a la comunidad toda, pudiendo ser impugnada la posesión por cualquiera que tenga interés en ello. En el ejemplo planteado, el dueño podría alegar que el demandado de reivindicación es un poseedor violento, a pesar de que la fuerza no se ejerció sobre la persona del demandante.

a.2.2.) Sería un **vicio temporal**, ya que el carácter vicioso de la posesión desaparecería desde que cesa la violencia. Tal es la posición de la mayoría de la doctrina nacional, sosteniéndose que cesando los hechos que constituyen la fuerza, la posesión se transforma en útil, habilitando para adquirir la cosa por prescripción. Será, en todo caso, un poseedor irregular, pues le faltará la buena fe inicial.

Si después de un año de cesada la violencia se mantiene la posesión tranquila o pacífica, el poseedor quedaría amparado por las acciones posesorias (art. 918), pasando el poseedor inútil a ser un poseedor irregular, con las consabidas ventajas jurídicas.

Otros, en cambio, estiman que la posesión violenta es **perenne o perpetua**, porque la ley atiende a si hubo violencia al momento de adquirir la posesión.

b) Posesión clandestina

b.1.) Concepto

Es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (art. 713). Por tanto, no es necesario que la posesión se oculte a todo el mundo.

La clandestinidad es un vicio que contamina la posesión en cualquier momento y no sólo al adquirirla, como ocurre con la violencia. Por ello, la ley dice que es la que “*se ejerce*”, en lugar de decir “*la que se adquiere*”.

b.2.) Características del vicio de clandestinidad

b.2.1.) Es un **vicio relativo**, sólo puede alegarla la persona que tiene derecho para oponerse a la posesión y respecto de la que se ocultó esta.

b.2.2.) Es un **vicio temporal**, ya que al cesar la clandestinidad, la posesión deja de ser viciosa.

La posesión clandestina es más practicable en los bienes muebles que en los inmuebles, respecto de los cuales, dice la doctrina, sería necesario recurrir a actos posesorios subterráneos para lograr ocultación, como construir bajo la casa del vecino una bodega, sin que ningún signo exterior revele la usurpación.

c) Inutilidad de la posesión viciosa

Tradicionalmente se afirma que en nuestro Derecho, como en casi todas las legislaciones, la posesión viciosa es inútil, principalmente para el ejercicio de las acciones posesorias y para la adquisición del dominio por prescripción. Tales efectos sólo serían producidos por las posesiones útiles, la regular e irregular.

⁷ Rozas Vial, Fernando, ob. cit., p. 223.

Sin embargo, algunos sostienen que de acuerdo al tenor del Código Civil, los vicios de la posesión pueden acompañar tanto a la **posesión regular** como a la irregular; una posesión regular puede ser al mismo tiempo viciosa, sin dejar de ser regular: tal ocurriría con el que detenta **clandestinamente** la posesión **después** de haber iniciado la misma con los tres requisitos de la posesión regular. La clandestinidad posterior constituye una mala fe sobreviniente, que por no concurrir al momento de adquirir la posesión, no afecta su carácter “regular”.

Se agrega que con mayor razón la clandestinidad puede acompañar a una **posesión irregular**, como ocurre al comprar una cosa al ladrón (conociendo tal hecho) y desde un comienzo ejercer la posesión ocultándola al legítimo dueño de la cosa.

Además, respecto de **la violencia**, se dice que si bien es cierto nunca puede concurrir en la posesión regular, pues no habría buena fe inicial, nada impide que tal vicio acompañe a la **posesión irregular** y el poseedor violento pueda llegar a prescribir extraordinariamente cuando posee sin título, pues ninguna disposición del Código Civil, permite sostener lo contrario. En efecto, el **art. 2510, regla tercera**, niega la prescripción adquisitiva extraordinaria al poseedor violento y al clandestino sólo cuando existe un título de mera tenencia, y no niega la posibilidad de prescribir cuando no hay título, como ocurre con el ladrón, quien aunque **conoce** el dominio ajeno, no lo **reconoce**.

11.- La mera tenencia

a) Concepto

Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño (art. 714). El mero tenedor sólo tiene el corpus, más no el ánimo.

Posesión y mera tenencia son conceptos excluyentes. La mera tenencia nunca conduce a la prescripción, porque para prescribir es necesario poseer y el que tiene la mera tenencia no posee.

El art. 714 proporciona algunos ejemplos de meros tenedores.

b) Fuentes de la mera tenencia

El mero tenedor puede encontrarse en dos situaciones jurídicas diversas: puede tener la mera tenencia de la cosa en virtud de un **derecho real** sobre la misma; y puede tener la mera tenencia en virtud de un título, del cual emana por ende un **derecho personal** que lo vincula con el dueño de la cosa.

Son meros tenedores, por ejemplo, el usufructuario, el que tiene sobre la cosa el derecho de uso o habitación, el que tiene el derecho de prenda. En estos tres casos, se es mero tenedor por tener un derecho real sobre la cosa.

Además, son meros tenedores, por ejemplo, el comodatario, el depositario y el arrendatario. En estos casos, se es mero tenedor porque existe un vínculo personal, contractual, con el propietario de la cosa.

La diferencia entre una u otra situación es importante: el titular del derecho real es mero tenedor de la cosa, pero en cambio, tiene la posesión de su derecho real. Por el contrario, cuando la mera tenencia emana de un vínculo personal, sobre la cosa no hay ningún derecho, de carácter real. Este distinguo reviste trascendencia en cuanto a la posibilidad de interponer acciones contra terceros, para recuperar la cosa: si se trata de un

mero tenedor titular de un derecho real, dispondrá de acción; no ocurrirá lo mismo si se trata de un mero tenedor titular de un derecho personal (quién tendrá que recurrir al dueño, para que éste deduzca la pertinente acción contra el tercero).

c) Características de la mera tenencia

c.1.) Es absoluta

Se es mero tenedor tanto respecto del dueño de la cosa como ante los terceros. Por ello, por regla general si el mero tenedor pierde la tenencia de la cosa no podrá entablar acciones posesorias, salvo, según expresamos, si al mismo tiempo fuere titular de un derecho real, como el usufructuario, por ejemplo (excepcionalmente, si el mero tenedor es despojado violentamente de su tenencia, podrá interponer la querrela de restablecimiento, en el plazo de 6 meses, art. 928).

c.2.) Es perpetua

Si el causante es mero tenedor, también el causahabiente o sucesor a cualquier título lo será, por regla general (artículos 1097 y 1104). Ello, porque la condición jurídica del causahabiente (heredero o legatario, por ejemplo), será la misma que tenía su causante.

Sin embargo, esta característica puede desaparecer en ciertas hipótesis. Así, por ejemplo, puede suceder que el causante, no obstante ser mero tenedor de una cosa, la deje en legado. En este caso, la sucesión servirá al legatario para empezar una prescripción. Será poseedor regular si creía que el causante era dueño (pues habrá buena fe) o irregular en caso contrario (recordemos en todo caso el art. 704 N° 4).

c.3.) Es inmutable o indeleble

La mera tenencia no puede transformarse en posesión, puesto que nadie puede mejorar su propio título: arts. 716, 719, 2° (la expresión “*poseer a nombre ajeno*”, utilizada en la última disposición, es incorrecta, porque siempre se posee a nombre propio).

Esta característica, a juicio de algunos, tiene dos excepciones:

- 1°) La contemplada expresamente en el art. 716, que se remite al art. 2510, regla tercera (otros señalan que se trata más bien de una excepción aparente);
- 2°) La del art. 730, que analizaremos más adelante.

12.- La posesión no se transmite ni se transfiere

a) Normas que demuestran que no se transmite

En nuestro Derecho, la posesión es un hecho, y en los hechos no hay sucesión. Varias disposiciones ponen en evidencia que la posesión es intransmisible, que el sucesor a título universal no continúa la posesión de su causante, sino que adquiere una nueva posesión:

a.1.) Art. 688: es la ley la que confiere la posesión legal de la herencia al heredero, la que comienza al momento de deferirse la herencia.

a.2.) **Art. 722:** recurriendo a la historia de la ley, el art. 869 del Proyecto de 1853, que corresponde al actual art. 722, expresaba que la posesión de la herencia “*se transmite*”, expresiones que fueron sustituidas por “*se adquiere*”.

a.3.) **Art. 717:** que despeja todas las dudas sobre el punto.

b) Normas que demuestran que no se transfiere

La posesión tampoco se transfiere o traspassa por acto entre vivos. Varias disposiciones consagran esta conclusión:

b.1.) **Art. 717:** puesto que en él, no se distingue si el sucesor a título singular sucede por causa de muerte o por acto entre vivos.

b.2.) **Art. 2500:** el beneficio que tiene el actual poseedor, de agregar a la suya la posesión de su antecesor, demuestra que se trata de dos posesiones distintas.

b.3.) **Art. 683:** aplicando este precepto, si por ejemplo el poseedor violento transfiere la cosa, el adquirente de buena fe puede ganar el dominio de la cosa por prescripción ordinaria, precisamente porque su posesión es independiente de la del poseedor violento.

El carácter intransmisible e intransferible de la posesión reporta una gran ventaja: permite mejorar los títulos, pues impide que la posesión pase al heredero o al adquirente con los mismos vicios que tenía en el causante o tradente.

c) Normas que estarían en pugna con el principio anterior

Algunas disposiciones estarían en pugna con el principio de que la posesión no se transmite ni se transfiere:

c.1.) **Art. 696:** en este precepto, es incorrecta la expresión “*o transferirán*”.

c.2.) **Art. 2500, 2º:** dice el precepto que “*La posesión... continúa en la herencia yacente...*”

Múltiples críticas ha recibido esta disposición:

1º) Induce a calificar la herencia yacente (definida en el artículo 1240 del Código Civil) como persona jurídica, ya que se la considera como capaz de poseer a nombre del heredero, y como ella no es persona natural habría que calificarla de jurídica, ya que sólo pueden poseer las personas.

2º) Si la herencia yacente se entiende poseer a nombre del heredero, significa que detenta a nombre ajeno, y en tal caso no sería más que un mero tenedor.

3º) La disposición rompe la unidad del sistema del Código que consagra la intransmisibilidad de la posesión, al decir que aquella principiada por el difunto, **continúa** en la herencia yacente.

Para sortear el problema, se dice por la doctrina que si bien el tenor literal de la disposición es claro, no lo es su sentido, si se trata de entenderlo con el resto de los preceptos legales. En efecto, no es claro el sentido, si aplicamos el elemento lógico de interpretación de la ley. Por tanto, para interpretar el precepto, puede consultarse su espíritu y relacionarlo con otras normas del Código, aspectos que aparecen de manifiesto a través del contexto de diversas normas del Código: arts. 688, 717 y 722.

Se concluye entonces que el art. 2500, 2º no tendría otro alcance que el asentar que mientras está yacente la herencia, los bienes del causante no quedan sin posesión, correspondiendo ésta al heredero que aún no reclama la herencia, considerando las reglas contenidas en los arts. 722, 1º y 1239. La herencia yacente, entonces, se entiende como una

medida cautelar, que está destinada a proteger los derechos de los herederos que todavía no aceptan.

c.3.) Art. 919: esta norma parece dar a entender que la posesión del heredero es la misma que la del causante. Para salvar la anomalía, Somarriva dice que hay que limitar la aplicación del precepto al caso en que el heredero hace uso del derecho de agregar a su propia posesión la del causante.

13.- Agregación de la posesión

El art. 717 permite al poseedor agregar a la suya la posesión de su antecesor o antecesores. La doctrina denomina esta situación “*unión*” o “*accesión*” de posesiones. Los arts. 920 y 2500 hacen también referencia a esta situación, que estudiaremos en la prescripción.

El principio fundamental es el siguiente: si se opta por añadir la posesión o posesiones del o de los antecesores, ésta o estas se añaden con sus calidades pero también con sus vicios.

14.- Adquisición, conservación y pérdida de la posesión

14.1. Generalidades

a) La posesión puede adquirirse personalmente o también por intermedio de otra persona: art. 720.

b) Capacidad del adquirente.

b.1.) Capacidad para adquirir la posesión de cosas muebles.

Puesto que la posesión está constituida por el corpus y el ánimos, es decir, la aprehensión material y la voluntad para poseer, las personas que carecen de razón o del discernimiento necesario para darse cuenta del acto que ejecutan, no pueden adquirirla.

Por lo tanto, los dementes y los infantes son incapaces de adquirir la posesión; sólo lo podrán hacer a través de sus representantes: art. 723, 2º.

Pero las personas que tienen el suficiente discernimiento pueden adquirir la posesión de las cosas muebles sin autorización alguna, no obstante, ser incapaces: art. 723, 1º (entre ellos, los impúberes mayores de 7 años). Sin embargo, estas personas no pueden ejercer los derechos de los poseedores, sin la autorización que corresponda, conforme a las reglas generales acerca de la actuación de los incapaces.

b.2) Capacidad para adquirir la posesión de cosas inmuebles.

En cuanto a la adquisición de la posesión de las cosas inmuebles, se exige plena capacidad de ejercicio o que el relativamente incapaz actúe autorizado, o que el absolutamente incapaz, lo haga representado.

c) Momento en que se entra en la posesión, adquirida por intermedio de otro.

Distinguimos al efecto:

c.1.) Si la posesión se adquiere por medio de **mandatario o representante legal:** art. 721, 1º.

Principia la posesión en el mismo acto, aún sin conocimiento del mandante o representado.

c.2.) Si la posesión se adquiere por medio de un **agente oficioso**: art. 721, 2º.

Se requiere conocimiento y aceptación del interesado, caso en el cual se retrotrae la posesión al momento en que fue tomada a su nombre.

Si el mandatario adquirió la posesión fuera del ámbito de sus facultades, se aplica la misma regla que para el agente oficioso.

d) Principio general

La posesión se adquiere sólo en el momento en que se reúne el corpus y el ánimos: arts. 700 y 723.

Excepcionalmente, la “*posesión legal*” de la herencia no requiere corpus ni animus: art. 722.

14.2 La posesión de los bienes muebles

a) Adquisición

Opera desde que concurren la voluntad de poseer y la aprehensión material o ficta de un bien mueble.

b) Conservación

Basta conservar el ánimos, la intención de comportarse como señor y dueño, aunque momentáneamente no se tenga el corpus (art. 727).

La persistencia de la voluntad de conservar la posesión no significa que ésta debe ser continua, es decir, no es necesario que exista momento a momento una voluntad positiva de poseer; la ley supone que se conserva esta voluntad mientras no aparezca una voluntad contraria. Esta puede ser del mismo poseedor (como ocurre cuando enajena la cosa o la abandona al primer ocupante) o de un tercero (cuando se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya).

Por cierto, si el poseedor se desprende únicamente de la tenencia a favor de otro que reconoce dominio ajeno (y por ende posesión ajena), el primero continúa siendo poseedor, pues conserva el ánimos: art. 725.

c) Pérdida

Distinguimos tres hipótesis:

c.1.) Pérdida simultánea de los dos elementos de la posesión, lo que ocurre:

- Cuando hay enajenación;
- Cuando se abandona la cosa, con la intención de renunciar a ella: la cosa pasa a ser *res derelictae*.

c.2.) Pérdida del corpus:

- Cuando otro se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya: art. 726.
- Cuando sin pasar la posesión a otras manos, se hace imposible el ejercicio de actos posesorios: caso del art. 2502 número 1 (heredad permanentemente inundada, respecto a los

muebles). Art. 608, 2º (cuando un animal domesticado pierde la costumbre de volver al amparo y dependencia de quien lo poseía); art. 619 (cuando un animal bravío recobra su libertad natural).

c.3.) Pérdida del *ánimus*.

Tal es el caso de la *constituto posesorio* (art. 684, Nº 5, segunda parte).

14.3. La posesión de los bienes raíces

Debemos distinguir entre los inmuebles no inscritos y los inscritos.

a) Adquisición de la posesión de los inmuebles no inscritos.

a.1.) Se invoca el simple apoderamiento de la cosa con ánimo de señor y dueño: la posesión se adquiere por ese hecho (arts. 726 y 729).

Cabe recordar que no podemos hablar de ocupación, como modo de adquirir, pues no cabe respecto a los inmuebles (art. 590). Por eso se alude al “*simple apoderamiento*”.

En cuanto a la necesidad de inscribir, hay opiniones contrapuestas en la doctrina:

Algunos estiman que no se requiere inscripción, considerando el tenor de los arts. 726 y 729.

Otros, sin embargo, estiman que sí se requiere inscripción, atendiendo a los preceptos que configuran la “*teoría de la posesión inscrita*” (fundamentalmente, los arts. 686, 696, 724, 728 y 2505).

En todo caso, la posesión será irregular, ya que el poseedor estará de mala fe (se presume que conoce el art. 590), y porque carece de título.

a.2.) Se invoca un título no traslativo de dominio.

Son tales, la sucesión por causa de muerte (se dice que no es traslativo, sino transmisivo de dominio), y los títulos constitutivos de dominio.

En ninguno de estos casos es necesario inscribir, para adquirir la posesión del inmueble.

En efecto, tratándose de la sucesión por causa de muerte, el heredero, aunque lo ignore, adquiere la posesión de la herencia por el solo ministerio de la ley, desde el momento en que le es deferida (arts. 688 y 722); además, recordemos que las inscripciones prevenidas por el art. 688 no tienen por objeto otorgar al heredero la posesión de los bienes hereditarios, sino habilitarlos para disponer de los mismos.

En cuanto a los títulos constitutivos de dominio, debemos circunscribir el punto sólo a la *accessión*, pues no es posible adquirir la posesión por ocupación tratándose de los inmuebles y porque la *prescripción* no es un título de adquisición de la posesión, sino por el contrario, la posesión conduce a la *prescripción*.

Tratándose de la *accessión*, tampoco es preciso que se realice inscripción conservatoria alguna, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal: si se posee lo principal, también se posee lo accesorio, sin necesidad de ningún acto especial.

a.3.) Se invoca un título traslativo de dominio

Debemos distinguir, según se trate de la posesión regular o irregular.

a.3.1.) Para adquirir la posesión regular de los predios no inscritos cuando se invoca un título traslativo de dominio, es necesario realizar la inscripción conservatoria, para cumplir con el requisito de la tradición (art. 686, que por lo demás no distingue entre inmuebles inscritos o no inscritos).

a.3.2) No hay unanimidad en la doctrina, cuando se trata de la posesión irregular de un predio no inscrito, en cuanto a si es necesario inscribir.

1. Doctrina mayoritaria: postula la necesidad de inscribir, en base a las siguientes razones:

1.1 El tenor del art. 724: la norma no distingue en cuanto a la naturaleza de la posesión, regular o irregular.

1.2. Como la ley no efectúa tal distinción, resulta que la inscripción, cuando se invoca un título traslativo de dominio, no es simplemente un elemento de la posesión regular, sino un requisito indispensable para adquirir toda clase de posesión.

1.3. El espíritu del legislador apunta a obtener que todas las propiedades se inscriban, de manera que posesión y propiedad sean conceptos sinónimos.

2. Doctrina minoritaria: postula que no es necesario inscribir para entrar en posesión irregular de un inmueble:

2.1. Porque el art. 724 se refiere sólo a los bienes raíces que ya han entrado al régimen de la propiedad inscrita. Así lo confirmarían el art. 728, inciso 2º y el art. 729. Estos artículos dejan en claro que la garantía que otorga la inscripción es para el poseedor inscrito exclusivamente. Si se reconoce que la posesión no inscrita se pierde por el apoderamiento violento o clandestino, es lógico suponer que también se pierda en virtud de un título traslativo de dominio.

2.2. El art. 730 confirmaría que no es necesario inscribir: el inciso 1º no hace distinción alguna entre muebles e inmuebles, y el inciso 2º exige la inscripción a nombre del tercero adquirente sólo en el caso de que el usurpador tenga la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito. Y no cabe otra interpretación del art. 730, porque si se pretendiera que en su inciso 1º exige inscripción, forzosamente habría que conducir que el inciso 2º estaría de más.

b) Adquisición de la posesión de los inmuebles inscritos

b.1.) Normas que conforman la “teoría de la posesión inscrita”.

Las disposiciones que la integran son los artículos 686, 696, 702 inciso final, 724 (llamado “*la llave maestra de la posesión inscrita*”), 728, 730, 924 (posesión de los derechos inscritos) y 2505 (no hay prescripción contra título inscrito).

Cabe señalar que las disposiciones sobre posesión inscrita no se aplican a los inmuebles por destinación: los artículos citados se refieren a los inmuebles por naturaleza.

Para determinar como se adquiere la posesión de los inmuebles ya inscritos, debemos distinguir también la clase de título que se invoca.

b.2.) Se invoca un título no traslativo de dominio

Por ejemplo, cuando operó una hipótesis de accesión de inmueble a inmueble, como la avulsión o el aluvión. En este caso, no hay necesidad de inscribir. Las razones son, en general, las mismas señaladas, respecto de los inmuebles no inscritos.

Se desprende del art. 724, que la posesión de inmuebles que procede de un título traslativo de dominio sólo se adquiere en virtud de la inscripción conservatoria. Por tanto, si no se hace valer un título de esa especie, la adquisición de la posesión no está sujeta a dicha inscripción.

Con todo, razones de conveniencia jurídica aconsejan inscribir, para que de esta forma, los títulos del inmueble reflejen su real extensión. Así, por ejemplo, en el caso de una avulsión, después de transcurrido el plazo que tenía el propietario afectado para reclamar la parte del suelo que fue transportada por una avenida u otra fuerza natural violenta (artículo 652 del Código Civil), el propietario del predio al que accedió esta porción de terreno, podría solicitar que se inscriba, o al menos, que se practique nota marginal en la inscripción de su fundo, que de cuenta del acrecimiento que se ha producido.

b.3.) Se invoca un título traslativo de dominio

b.3.1.) Posesión regular.

Nadie discute que para adquirir la posesión regular, se requiere inscripción si se invoca un título traslativo de dominio: arts. 702, 3º; 686; 724.

b.3.2.) Posesión irregular.

1. Doctrina minoritaria: sostiene que no es necesaria la inscripción. Se dice que la exigencia perentoria del art. 724 sólo comprende la posesión regular, pues sólo en ella se necesita esencialmente la tradición. La posesión irregular, la violenta y la clandestina no requieren de la tradición, pueden existir sin la inscripción, según se deduce de diversas disposiciones (arts. 702, 708, 729 y 730).

Doctrina mayoritaria: sostiene que se requiere inscripción, igual como acontece respecto de la posesión regular. Fundamentos:

1. Es verdad que la posesión no necesita de tradición, de inscripción; pero también lo es que la ley declara reiteradamente que el poseedor inscrito no pierde su posesión mientras subsiste la inscripción en su favor, y para que ésta no subsista es preciso que el adquirente obtenga una nueva inscripción en su favor (artículos 728, 729 -interpretado a contrario sensu-, 730 y 2505). Sin una nueva inscripción, no se adquiere ninguna clase de posesión. De seguir la opinión contraria, resultaría que el poseedor inscrito conservaría la posesión regular y al mismo tiempo el que adquiere materialmente el predio, tendría una posesión irregular. Tal situación es inadmisibles, resultando absurdo admitir la posibilidad que existan simultáneamente dos poseedores, uno regular y el otro irregular, sobre la misma cosa.

2. Se infringiría el art. 2505: si la posesión irregular pudiera adquirirse sin la inscripción, habría prescripción contra título inscrito, invocándose prescripción extraordinaria. El art. 2505 rechaza sin embargo tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria, contra título inscrito.

3. Atendiendo al Mensaje del C.C.: *“La inscripción es la que da la posesión real, efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor”*. Dicho de otro modo: el que no ha inscrito, no es ni siquiera poseedor irregular.

4. Todo el sistema del Código tiende a que los inmuebles se incorporen al régimen conservatorio, y sería absurdo pensar que el legislador ha dejado las puertas abiertas para

que un inmueble pudiera salir del régimen mediante la adquisición de la posesión sin mediar inscripción.

La jurisprudencia se ha inclinado por la segunda doctrina. Así, un fallo de la Corte Suprema declara que el art. 2505 constituye una disposición especial relativa a la propiedad del inmueble inscrito, que prevalece sobre la disposición consignada en el art. 2510, que rige la prescripción extraordinaria de toda clase de bienes (y que por ende, es general).

c) Conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles no inscritos

Se encuentran en la misma situación que los bienes muebles. Por tanto, su posesión se pierde si falta el corpus o el ánimos, y con mayor razón si faltan ambos.

Se aplican aquí los arts. 726 y 729. En ambos, se pierde el corpus. Además, es evidente que si el dueño enajena la cosa, pierde también la posesión, ya que se desprende del corpus y el ánimos.

También se pierde la posesión en la hipótesis contemplada en el art. 730, 1º.

Sintetizando, el poseedor de un inmueble no inscrito puede llegar a perder su posesión:

c.1.) Cuando la abandona, sin importar que otro entre a poseer.

c.2.) Cuando se enajena el inmueble: en cuanto al adquirente del inmueble, adquirirá la posesión sin necesidad de inscribir, según algunos, o sólo si inscribe, según otros, conforme a la discusión doctrinaria mencionada.

c.3.) Cuando un tercero le usurpa el inmueble: art. 729.

En este caso, el afectado dispone de un año para ejercitar las acciones posesorias, y si recupera legalmente su posesión, se entiende que nunca la perdió (art. 731).

c.4.) Cuando el mero tenedor del inmueble no inscrito lo usurpa, se da por dueño y lo enajena (art. 730, 1º).

Si el mero tenedor que usurpa simplemente se da por dueño, el poseedor no pierde su posesión.

Pero si luego de darse por dueño el mero tenedor usurpador enajena el inmueble no inscrito como si fuere el propietario, el adquirente obtiene la posesión y pone fin a la posesión anterior (en cuanto a si el adquirente requiere o no inscripción, nos remitimos a lo dicho).

Se plantea en esta materia, si a los casos anteriores puede o no agregarse la hipótesis siguiente: **inscripción de un título relativo a un inmueble no inscrito que no emana del poseedor**. Supongamos que una persona, sabiendo que el poseedor de un inmueble no lo tiene inscrito, celebra un contrato de compraventa como si el predio fuera del primero, y el adquirente inscribe a su favor el título. En virtud de tal inscripción ¿pierde su posesión el poseedor no inscrito, a pesar de no haber intervenido para nada en el contrato de compraventa que sirvió de título para aquél que inscribió?

La doctrina está dividida:

Doctrina que postula que se adquiere la posesión.

Los que piensan que la inscripción conservatoria es una ficción legal que simboliza o representa abstractamente los dos elementos de la posesión (corpus y ánimos), responden afirmativamente a la interrogante: la inscripción hace adquirir la posesión. Y el poseedor no inscrito perjudicado de nada podrá quejarse, porque fue negligente al no requerir la

inscripción en su favor, para así gozar de las garantías que da el Código a la posesión inscrita; y porque además dejó que el tercero, que adquirió del falso poseedor, inscribiera a su nombre, sin formular oposición el verdadero poseedor.

Doctrina que postula que no se adquiere la posesión.

Los que sostienen que la inscripción es sólo **una garantía de la posesión**, es decir, de un hecho real, responden negativamente a la interrogante. La inscripción es un requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor o dueño, pero si esa tenencia no existe, si no hay una posesión material, la inscripción por sí sola nada significa, es una inscripción de papel, que nada contiene ni representa.

De los artículos 683 y 730, se deduciría que tratándose de inmuebles no inscritos, para que la inscripción dé al adquirente la posesión, es necesario que el tradente que la enajena como suya tenga la posesión material o al menos la mera tenencia, o bien que el adquirente haga esa aprehensión por sí mismo.

Consecuentemente, es necesario que haya apoderamiento material del predio, conforme también lo preceptúa el art. 726.

En cuanto a la imputación de negligencia hecha al poseedor no inscrito, se responde que la ley no hizo obligatoria la inscripción inmediata de los inmuebles, de manera que mal puede sancionarse tal imprevisión.

En relación a la negligencia que se imputa al poseedor no inscrito por no oponerse en tiempo y forma a la pretensión de inscribir del falso poseedor, se responde que si bien es cierto que en las transferencias entre vivos la primera inscripción se hace previa publicación de avisos, este medio imperfecto de notificar al poseedor material no inscrito no puede producir el importante efecto de privarle de su posesión, sin que medie el apoderamiento de que habla el art. 726.

Frente a lo anterior, los partidarios de la primera doctrina señalan que dicho argumento nada refuta, porque si bien es cierto que el medio de notificar a los posibles afectados es imperfecto, es el que ha establecido el legislador.

Posición de la jurisprudencia.

Se ha inclinado en los últimos tiempos por la segunda doctrina. Así, ha dicho: *“La inscripción exigida por la ley para perfeccionar en ciertos casos la posesión de bienes raíces u otros derechos reales, no es por sí sola medio constitutivo de una posesión que no se tiene, sino requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor, que es lo único que caracteriza la posesión. Sin tenencia con ánimo de dueño no hay posesión, y si bien es cierto que el art. 724 exige inscripción especialmente respecto de ciertos bienes, no es menos evidente que esta formalidad es requerida en concurrencia con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión, tal como se halla definida en el art. 700. Otra interpretación conduce al absurdo jurídico de que cualquier poseedor de propiedad no inscrito, aún cuando ejerza el pleno goce, tranquilo y no interrumpido de sus bienes, puede perder su posesión porque otra persona sin conocimiento del poseedor verifica la inscripción de un título otorgado por un tercero”*.

En el mismo sentido, se ha fallado que la persona que inscribe a su nombre un bien raíz con posterioridad a la época desde la cual posee el mismo bien otra persona, la posesión de la primera es *“de papel”*, no representa una realidad posesoria. Por ende, es inaplicable al caso del art. 728, ya que no se trata de hacer cesar la *“posesión”* inscrita, pues no lo es la de papel.

Si el que vendió al que tiene la posesión de papel no tenía dominio ni posesión del predio, la escritura de venta inscrita no es propiamente un título traslativo. Tal vendedor

nada transfirió y la respectiva inscripción es ineficaz e inocua. En consecuencia, no procede aplicar el caso del art. 2505 (Corte de Santiago, fallo de 1970).

d) Conservación y pérdida de la posesión de los inmuebles inscritos: Art. 728.

d.1.) Ineficacia del apoderamiento material ante la posesión inscrita

La Corte Suprema ha dicho reiteradamente, aplicando el art. 728, que respecto de un inmueble sujeto al régimen de la propiedad raíz inscrita, la inscripción otorga el goce de la posesión a favor de la persona a cuyo nombre se encuentra inscrita la propiedad, con exclusión de toda otra persona.

Para que termine tal posesión, es necesario que se cancele la inscripción a su favor, y mientras esto no suceda, el que se apodera materialmente del predio no adquiere su posesión ni pone fin a la posesión existente.

En esta materia, se ha planteado por algunos que el apoderamiento material de un inmueble inscrito, permitiría adquirir la posesión irregular, opinión que se basa en el argumento de que la posesión irregular es aquella a la cual le falta un elemento de la regular. En este caso, como falta inscripción, la posesión no podría ser regular, pero, se dice, sí irregular.

Esta manera de pensar sin embargo, va en contra del tenor del art. 728: este artículo rechaza la adquisición de cualquier posesión por parte del usurpador, pues no distingue entre la regular y la irregular. Atenta también contra la letra y espíritu del art. 2505. Si se admitiese, tal precepto permitiría al usurpador adquirir la posesión irregular del inmueble inscrito y consiguientemente adquirirlo por prescripción adquisitiva extraordinaria.

Además, según la opinión citada, existirían en el caso planteado dos posesiones: la inscrita, y la del que se apodera del inmueble. Ello constituye una aberración, ya que al igual que en el dominio, la posesión es exclusiva y excluyente: no puede haber sobre una misma cosa dos poseedores absolutos.

En suma, podemos concluir que frente a una posesión inscrita, no valen absolutamente de nada los actos materiales de apoderamiento del inmueble por un tercero, ellos, por un lado, no hacen perder la posesión al poseedor inscrito, ni tampoco, por otro lado, le dan posesión alguna al tercero.

d.2.) Cancelación de la inscripción

De acuerdo al art. 728, es la cancelación de la inscripción la que pone fin a la posesión inscrita.

Tres son las formas de cancelación:

d.2.1.) Cancelación por voluntad de las partes.

Se produce a consecuencia de una convención celebrada con el objeto de dejar sin efecto una inscripción: resciliación de una compraventa, por ejemplo. Las partes contratantes, acuerdan dejar sin efecto un contrato de compraventa de un inmueble, retrotrayéndose al estado previo al de la celebración del contrato (en la medida que con ello no se perjudique a terceros). Con el mérito de la escritura de resciliación, el Conservador de Bienes Raíces competente procederá a cancelar la inscripción que había efectuado a nombre del comprador, “*reviviendo*” la inscripción anterior, a favor del vendedor (aunque

una parte de la doctrina sostiene que en este caso, debe efectuarse una nueva inscripción, a nombre del vendedor).

La convención debe constar en instrumento público o auténtico y debe efectuarse materialmente en el Registro del Conservador.

En este caso, tras la cancelación de la inscripción vigente, revivirá la inscripción precedente. De lo anterior se dejará constancia mediante anotaciones marginales, en ambas inscripciones.

d.2.2.) Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro.

Es el caso más usual. Aquí estamos ante un caso de *cancelación virtual*, que se produce en forma automática por el hecho de que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro simultáneamente con efectuarse la tradición mediante la inscripción a favor del adquirente, queda cancelada la inscripción anterior.

En todo caso, de acuerdo a los arts. 692 del C.C. y 80 del Reglamento del Registro Conservatorio, en la nueva inscripción debe hacerse mención a la inscripción precedente, para mantener la continuidad de la historia de la propiedad raíz. Tal sería la *cancelación material*.

d.2.3.) Por decreto judicial.

Se produce la cancelación por esta vía, cuando se ha seguido un juicio y en él obtiene una de las partes el reconocimiento de la posesión que mantiene ordenándose cancelar una inscripción paralela; o cuando se obtiene que se le dé o devuelva la posesión que mantiene ilegalmente la otra parte.

Así, puede ocurrir que ambas partes tengan inscripción y discutan en el juicio cuál de ellos es el poseedor. La sentencia ordenará cancelar una de las inscripciones.

A su vez, puede ocurrir que se inicie un juicio para que se de o recupere la posesión, poniendo fin a la posesión inscrita existente, como acontece al interponer una acción reivindicatoria. En este caso, la sentencia ordenará cancelar la inscripción del poseedor no dueño.

Al igual que en el primer caso, la cancelación por decreto judicial se hace materialmente por medio de una subinscripción al margen de la inscripción (Reglamento, arts. 88 y 91).

d.3.) Acerca de si el título injusto produce la cancelación del título anterior

¿Produce el título injusto la cancelación de la inscripción anterior?, se presenta el problema de determinar qué efectos produce la inscripción de un título injusto, como por ejemplo, el conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo; o el que adolece de un vicio de nulidad, etc.

En un principio, la Corte Suprema estableció que, exigiendo el art. 728 para la cancelación de la inscripción una nueva, en que el poseedor inscrito transfiere un derecho a otro, y no teniendo el título traslativo injusto tal virtud, no produce el efecto de cancelar la inscripción ni, consiguientemente, el de poner fin a la posesión existente.

Con posterioridad, la jurisprudencia ha establecido lo contrario, esto es, que la inscripción de un título injusto sirve para cancelar una inscripción anterior y hacer cesar la posesión inscrita que a ella corresponda.

Razones para concluir de esta última forma:

1º Si puede prescribirse sin título alguno (art. 2510 N° 1), con mayor razón se podrá prescribir con un título injusto que, cancelando la posesión inscrita anterior, dé nacimiento a una posesión irregular, que sirva de base a la prescripción extraordinaria.

2º Los artículos 728 y 2505, no distinguen entre títulos justos e injustos.

3º El art. 730 considera precisamente el caso de cancelación de una inscripción mediante la inscripción de un título injusto, como es el título que deriva del usurpador, que más injusto no puede ser.

d.4.) Inscripción totalmente desligada de la anterior: interpretación de la frase “competente inscripción”

Para que una inscripción ponga fin a la posesión anterior y dé origen a una nueva, ¿es necesario que la nueva inscripción guarde relación, aunque sea sólo aparente, con la anterior?

Así, por ejemplo, cuando una persona suplanta al poseedor y se presenta como mandatario suyo sin serlo, aparentemente (aunque no en la realidad) es siempre el poseedor inscrito el que transfiere su derecho. En el Registro del Conservador, no hay solución de continuidad, la cadena de poseedores inscritos no se interrumpe.

Pero si la inscripción nueva ni siquiera aparentemente guarda relación con la antigua ¿puede aquella cancelar ésta y permitir la posesión del titular de la nueva inscripción?

El Art. 730, 1º, se aplica a los bienes muebles y a los inmuebles no inscritos. El usurpador no mejora su título, porque la mera tenencia es inmutable, nadie puede mejorar su propio título. Pero en cambio, si el mero tenedor enajena a su propio nombre la cosa, se pone fin a la posesión anterior y nace una nueva posesión (en relación con esto, arts. 717 y 683).

El art. 730, 2º, contempla el caso referente a los bienes raíces inscritos. Y aquí surge la cuestión que planteábamos: ¿Qué entiende el legislador por “competente inscripción”?

Se han formulado dos interpretaciones, cuyos fundamentos pasamos a exponer:

Doctrina que postula que “competente inscripción” sólo puede ser aquella en que el poseedor inscrito transfiere un derecho a otro

Así concluyen, sosteniendo que de lo contrario, no podría mantenerse la continuidad de la propiedad inscrita y la cadena no interrumpida de inscripciones.

Dicho de otra forma: la “competente inscripción” de que habla el art. 730, 2º, es la inscripción que emana del verdadero poseedor.

Los sostenedores de esta doctrina postulan que puede que parezca extraño que se exija que la inscripción sea aquella efectuada a consecuencia de transferir su derecho el poseedor inscrito, cuando ocurre que estamos ante la hipótesis del usurpador que, pasando sobre el poseedor inscrito, enajena la cosa.

Sin embargo, -agregan los postuladores de la doctrina en comentario-, hay casos que explican esta aparente contradicción:

1. El del poseedor inscrito que ratifica la venta hecha por el usurpador del inmueble (art. 1818),
2. El del usurpador que, después de enajenar el inmueble, lo adquiere, validándose entonces retroactivamente la venta (art. 1819); y
3. El caso del usurpador que, tomando el nombre del verdadero dueño, suplantándolo, vende el inmueble inscrito usurpado: la inscripción de este título injusto cancela la

inscripción anterior, sin perjuicio de que el verdadero dueño conserve su derecho para impetrar judicialmente la cancelación de la nueva inscripción, realizada dolosamente mientras no se extinga tal derecho por prescripción.

Esta restringida aplicación del art. 730, 2º a que conduce la doctrina en análisis, ha sido refutada.

Dicen los impugnadores que los dos primeros casos, tienen más relación con el dominio que con la posesión, y que el tercer caso, está expresamente excluido por la letra del art. 730, 2º, que se refiere al usurpador que enajena a su propio nombre (y no suplantando al verdadero poseedor inscrito).

Doctrina que postula que “competente inscripción” es aquella realizada con las solemnidades legales, y que emana del título en virtud del cual enajenó el usurpador.

Esta doctrina afirma que la “competente inscripción” no puede ser otra que la del título de enajenación derivado del usurpador, desde el momento que la ley admite que el poseedor inscrito puede perder la posesión como consecuencia de la enajenación de la cosa por el usurpador.

A juicio de esta doctrina, no ha podido referirse la ley a una inscripción que proceda del poseedor inscrito, pues a ese caso alude el art. 728, y el art. 730 se coloca en el supuesto de que no es el poseedor inscrito el que enajena la cosa, sino por el contrario, es el que la pierde por obra del usurpador. De otro modo, si se aceptara la primera doctrina, el art. 730, 2º, estaría de más, no tendría aplicación, porque se ocuparía de un caso ya previsto y resuelto por el art. 728.

En consecuencia, la “competente inscripción” de que habla el art. 730, 2º, no puede ser otra que la efectuada con las solemnidades legales por el Conservador competente, de acuerdo a la ubicación del inmueble transferido.

Posición de la jurisprudencia

Ha oscilado entre las dos doctrinas, pero últimamente ha venido uniformándose a favor de la última.

Cabe señalar que la jurisprudencia ha resuelto que el caso que contempla el art. 730, 2º, es de aplicación restrictiva, por tratarse de una disposición excepcional.

Sin embargo, algunos autores le dan una interpretación amplia: no circunscriben su aplicación al tenedor de la cosa a nombre de otro que la usurpa, sino que lo extienden a todo tenedor material de un inmueble que lo enajena a su propio nombre.

Fundamentan su posición en que el espíritu del legislador sería que toda inscripción habilita para adquirir la posesión, siempre que concurran los requisitos de la tenencia y de ánimo de señor y dueño.

Finalmente, en relación al art. 730, 2º, se plantea si el adquirente del usurpador de un inmueble no inscrito necesita inscribir su título para adquirir la posesión.

Según Somarriva, debemos distinguir en este caso si el adquirente va a adquirir la posesión regular o la irregular. Si es la regular, se precisa la tradición, es decir la inscripción. No es necesaria en cambio, si el adquirente del usurpador adquiere la posesión irregular.

Aquellos que sostienen que no es forzoso inscribir, agregar dos razones:

1. El art. 730, 2º, se refiere al caso de un poseedor inscrito y no puede extenderse la exigencia de la inscripción al caso de un poseedor no inscrito.

2. Habría una inconsecuencia en exigir la inscripción si se toma en cuenta que los arts. 726 y 729 expresan que el simple apoderamiento material es suficiente para adquirir la posesión de un inmueble no inscrito.

15.- Ficción y presunciones relativas a la prueba de la posesión

15.1 Ficción acerca de la continuidad en la posesión

De acuerdo al art. 731, el que recupera legalmente la posesión perdida, se entiende haberla tenido durante todo el tiempo intermedio. El art. 2502, inciso final, repite la misma regla.

La ley concede las acciones posesorias para conservar o recuperar la posesión de los bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos. Además, otorga la acción publiciana, que ampara según vimos al poseedor regular, y que le permite, mediante su interposición, recuperar también la posesión de bienes muebles.

La ficción legal del art. 731, cobra importancia para la prescripción adquisitiva, que se funda en un estado posesorio continuado, sin interrupción durante el tiempo fijado por la ley. Una de las especies de interrupción natural de la posesión es el haberla perdida por haber entrado en ella otra persona (art. 2502 N° 2). Pero si se recupera legalmente, se entenderá que no hubo interrupción.

15.2. Presunciones para probar la posesión

La ley establece algunas presunciones para facilitar la prueba de la posesión, en el art. 719.

Se trata de presunciones simplemente legales:

a) Art. 719, 1°: Si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega. La parte contraria podrá destruir la presunción, demostrando que la posesión inicial se transformó en mera tenencia (al operar, por ejemplo, la constituto posesorio).

b) Art. 719, 2°: Si se ha empezado “*a poseer a nombre ajeno*” (o sea, como mero tenedor), se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas. La disposición está en armonía con el art. 716. Por lo tanto, el que alega que actualmente es poseedor, habiendo empezado a detentar la cosa como mero tenedor, deberá probar la existencia de un título nuevo que le atribuya el carácter de poseedor, en lugar de mero tenedor (tradición de breve mano).

c) Art. 719, 3°: Presunción de posesión en el tiempo intermedio. Con esta presunción se favorece al poseedor, pues es muy difícil y a veces imposible, demostrar la continuidad de la posesión en todo tiempo.

=====