

Teoría de la posesión inscrita

Fernando José Rabat Celis

Profesor de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Francesca Maurizioano Concha

Ayudante de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto abordar la Teoría de la Posesión Inscrita comenzando por el análisis del concepto de posesión, sus principales elementos y sus diversas clases. Asimismo, nos referimos a los aspectos más relevantes y controversiales de la posesión, entre los cuales destacamos la discusión acerca de la existencia de las posesiones viciosas y si ellas permiten o no adquirir el dominio por prescripción; el análisis del debate relativo a la posible mutación del mero tenedor en poseedor, a la luz de los artículos 716 y 2510 regla 3ª del Código Civil. El estudio también se refiere a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los bienes raíces tanto inscritos como no inscritos; el rol que juega la inscripción como requisito, garantía y prueba de la posesión, el problema que genera la existencia de dos inscripciones paralelas sobre un mismo bien, el significado de la expresión "competente inscripción", el caso de las inscripciones de papel.

A. Antecedentes generales

La doctrina nacional comparte el diagnóstico en orden a que la posesión y, en particular, la de los bienes raíces inscritos, es uno de los temas que más controversia ha generado en el ámbito del Derecho Civil.

Las dificultades se asoman desde la pregunta inicial ¿qué se entiende por posesión?, o bien, ¿cuál es su naturaleza jurídica?, y se van haciendo cada vez más complejas a medida que se avanza y profundiza en su estudio. Por ello, en el presente trabajo se agrupan aquellos temas que son objeto de posiciones encontradas por parte de la doctrina nacional, verificando la forma cómo

la jurisprudencia ha resuelto sobre el particular, en especial, en lo referente a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los bienes raíces. Asimismo, se analizará el rol que juega la inscripción del título en el Registro Conservatorio como requisito, garantía y prueba de la posesión.

La trascendencia de la materia en estudio puede apreciarse en el hecho que la Corte Suprema ha sostenido en varios fallos que *"Sobre la base de la exclusividad en la gestión, la tutela y garantía del derecho de propiedad, nuestro legislador civil consagró diversos principios relacionados a la propiedad raíz, la que se entendía como la base de la riqueza, destacando la teoría de la posesión inscrita, la que se entiende por la doctrina como 'requisito, garantía y prueba' de la posesión, conforme a la cual la propiedad no se pierde por prescripción extintiva, sino por la adquisitiva que obtenga otra persona. Al mismo tiempo, se le asignan distintas acciones, entre las que se cuentan la reivindicatoria, publiciana y posesoria. Bajo esos lineamientos, la jurisprudencia de esta Corte Suprema ha desarrollado el concepto de la máxima protección al dominio, conforme al cual toda restricción particular de las garantías generales se aplica a casos específicos y delimitados, quedando siempre a salvo la aplicación de la normativa general, determinación que obedece a una interpretación sistemática de la normativa de la materia y atendiendo a lo preceptuado en los artículos 4°, 13 y 24 del Código Civil"*.

B. La posesión

Concepto:

El Código Civil define la posesión en el artículo 700 señalando que *"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"*.

Nuestro legislador, en materia de posesión, siguió la concepción subjetiva de Savigny, y por lo tanto ambos elementos –corpus y animus– deben concurrir de manera copulativa.

Se contraponen a la corriente subjetiva la concepción objetiva de Ihering, quien coloca el hincapié en el elemento corporal, toda vez que el elemento intelectual se encontraría subsumido en el primero, *"el animus no es más que el propósito,*

¹ Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 26 octubre del año 2010, Rol N° 3120-2009, en la causa caratulada "Sociedad Agrícola Santa Elsa Ltda. con Samuel Pereira Espinoza". En el mismo sentido sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema de fecha 12 de octubre de 2010, Rol 1525-2009, en la causa caratulada "Fisco de Chile con Empresa de Transporte Géminis Limitada".

la voluntad de servirse de la cosa, y el corpus su exteriorización"², por lo mismo, dice este autor, se trata de dos elementos que son inseparables, y debe considerarse como poseedor todo aquel que por actos externos se comporta como lo haría el verdadero dueño.

Es interesante establecer la relación y diferencia que existe entre la posesión y la propiedad. En lo referente a la posesión, y siguiendo la teoría subjetiva a la cual haremos mención más adelante, estamos en presencia de un hecho, lo que se desprende de la propia definición del artículo 700 antes transcrita, al utilizar la expresión "*tenencia*" y la *tenencia* consiste precisamente en un hecho.

La propiedad, en cambio, es un derecho, en los términos del artículo 582 del Código Civil, según el cual "*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno*". El profesor Luis Claro Solar sintetiza el asunto señalando que "*la distinción entre la propiedad y la posesión se reduce a una antítesis entre el hecho y el derecho*"³.

Generalmente la propiedad y la posesión van de la mano, pues no hay que olvidar que en nuestro derecho el dominio (tratándose de los modos de adquirir derivativos) se prueba mediante la prescripción, cuyo elemento esencial es precisamente la posesión. Lo anterior tiene por objeto salvar lo que los romanos denominaban la *prueba diabólica del dominio*. En ella, para demostrar que un sujeto es dueño de un bien raíz, debe indagarse indefinidamente hacia atrás en los títulos que lo antecedieron, sin ninguna limitación en el tiempo, bastando que un antecesor no hubiera sido dueño para que el actual tampoco lo fuera, ello en razón de que nadie puede transferir más derechos de los que tiene, siendo del todo evidente las complicaciones que se generarían, en especial si el mismo transcurso del tiempo podría encargarse de borrar la historia de la propiedad.

En todo caso, y como aclara el profesor Víctor Vial, "*al recurrir a la prescripción para probar que es dueño, el interesado no dice que adquirió el dominio por prescripción, sino que por el contrario funda su calidad de dueño en los modos de adquirir tradición o sucesión por causa de muerte*"⁴, dejando así de manifiesto uno de los principios fundamentales de nuestro Derecho Civil, que consiste en que operando un modo de adquirir el dominio no puede operar otro, de manera tal que la propiedad sólo se puede adquirir por prescripción en la medida que los otros modos no hayan podido consolidarse por alguna razón. Según este autor, la prescripción viene a ser la forma de confirmación de que se es dueño. Así, por ejemplo, si ha operado la tradición no puede operar la usucapión. De

2 Peñailillo, año 2010, p. 326.

3 Claro Solar, año 1950, p. 414.

4 Vial del Río, año 2009, p. 134.

ahí que sea francamente absurdo que el demandado o en una acción reivindicatoria deba defenderse deduciendo una demanda reconventional alegando la prescripción adquisitiva, ya que en lo principal sostiene que es dueño y en el otrosí pide que ello se declare.

En todo caso, las corrientes subjetivas y objetivas antes referidas también disintieron en cómo debe entenderse la naturaleza jurídica de la posesión. Para Savigny, inspirador de nuestro legislador en esta materia, la posesión es un hecho pues se funda en circunstancias materiales, es decir, en la ocupación o tenencia de la cosa, y agregan los seguidores de esta postura que aun cuando se generen consecuencias jurídicas, ella no se transforma en un derecho. Lo anterior se afirma también en la circunstancia de que la posesión no se transmite ni se transfiere, como se desprende del artículo 717 del Código Civil, al decir *que la posesión del sucesor principia en él*. De esta manera, si la posesión fuera un derecho, ella podría transferirse sin problemas.

Ihering por su parte sostiene que la posesión es un derecho. Para esgrimir esta tesis sostiene que los derechos son intereses jurídicamente protegidos, y esta protección es lo que hace que estemos en presencia de una relación jurídica, toda vez que la ley le confiere al interesado un resguardo legal mediante acciones especiales llamadas "interdictos posesorios". Por lo anterior, este autor afirma *"la posesión ha sido así reconocida como un interés que reclama protección y digno de recibirla; y todo interés que la ley protege debe recibir del jurista el nombre de derecho y considerar como una institución jurídica el conjunto de principios que con él se relacionan"*⁵.

No obstante las ideas expuestas, cabe señalar que la mayoría de la doctrina nacional se inclina por pensar que estamos en presencia de un hecho, por lo demás, dicen, don Andrés Bello siguió en materia de posesión a Pothier, quien señala que la posesión es un hecho, lo que en todo caso no obsta a que se confieran derechos al poseedor.

Elementos de la posesión

La doctrina ha sostenido que la posesión tiene dos elementos que son esenciales:

El corpus: Este elemento dice relación con la tenencia, con el poder físico que se ejerce sobre una cosa, es decir, *"la ocupación material y actual de la cosa, y ocupación significa apoderamiento, tener una cosa en nuestro poder, y se la tiene no sólo cuando existe aprehensión física, sino también cuando hay la posibilidad de disponer materialmente de ella"*⁶.

⁵ Claro Solar, año 1950, p. 466.

⁶ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 359.

El animus: Se trata del elemento psicológico, vale decir, la intención, el ánimo de comportarse como señor y dueño. En todo caso, cabe aclarar que "*no se trata de la convicción de la titularidad, es decir, de ser efectivamente el dueño (convicción que más bien constituye la buena fe), sino simplemente de comportarse como dueño*"⁷. Este elemento volitivo es precisamente el que permite distinguir entre el poseedor y el mero tenedor, conforme se desprende del artículo 714 del Código Civil al decir que la mera tenencia es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El inciso 2° del mismo artículo señala que, en general, el mero tenedor es todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno. Por lo mismo, en la mera tenencia concurre un solo elemento de la posesión, el corpus, descartando el elemento volitivo.

El profesor Víctor Vial aclara que, en todo caso, no basta con reunir ambos elementos, es decir, el corpus y el animus, para arrogarse la calidad de poseedor, sino que resulta indispensable tener como antecedente un título posesorio. En concreto afirma que "*el título posesorio es indispensable para que la tenencia con ánimo de señor y dueño constituya la relación jurídica de posesión. Así, el arrendatario que tiene la cosa porque se la entregó el arrendador en virtud del contrato no traslativo de arrendamiento, no se va a convertir en poseedor porque en un momento dado se da por dueño de la cosa y actúa en tal calidad*"⁸.

A este respecto, se entiende por título "*el hecho o acto jurídico que hace nacer la posesión en una persona*"⁹. Siguiendo esta línea encontramos otra diferencia entre la posesión y el dominio, por cuanto este último se puede adquirir por un solo modo; mientras que nuestro Código Civil señala en su artículo 701 que se puede poseer una cosa por varios títulos. En la posesión el título hace surgir un hecho, y es por ello que, por regla general, serán títulos para poseer los mismos modos de adquirir el dominio, con excepción de la prescripción, cuando por alguna razón no han dado nacimiento al dominio. Por ejemplo, si una persona hace tradición de una cosa ajena, no se adquiere el dominio por parte del adquirente, pero sí lo transforma en poseedor. Con respecto a este tema resulta interesante un fallo de la Excma. Corte Suprema, de fecha 12 de octubre de 2010, el cual niega cualquier idoneidad a un plano de subdivisión como justo título para poseer un determinado retazo de terreno, sosteniendo "*que es claro, entonces, que el documento considerado por los sentenciadores no exhibe la calidad jurídica que permite catalogarlo de justo título, pues no tuvo ni tiene la virtud de crear una obligación civil que conceda el derecho para exigir su cumplimiento y la circunstancia que se lo presente asociado a la inscripción conservatoria de la compraventa celebrada por la sociedad demandada con un*

⁷ Peñailillo, año 2010, p. 325.

⁸ Vial del Río, año 2009, p. 137.

⁹ Rozas Vial, año 2007, p. 214.

tercero sobre un predio del sector, no constituye un raciocinio idóneo que justifique extraer del mencionado plano de subdivisión una realidad posesoria –no discutida en los hechos y parte de las exigencias de la acción de dominio que ha ejercido la demandante– que resulte cubierta o se ajuste, fehacientemente, con los datos proporcionados por el título inscrito a nombre de la demandada".¹⁰ Concordamos con la doctrina de este fallo, en el sentido que el plano de subdivisión no puede ser considerado como un justo título para determinar si el demandado tenía la posesión del retazo disputado, más aún si se considera que se trata de un instrumento privado, confeccionado unilateralmente por una de las partes.

Clases de posesión

Los autores nacionales suelen clasificar la posesión en posesión regular e irregular, y viciosa o no viciosa. Otros autores distinguen entre la posesión útil e inútil, ello según si la posesión conduce o no a la adquisición del dominio mediante la prescripción adquisitiva. También suele diferenciarse la posesión, como tranquila y no tranquila, aunque en general se entienden como sinónimos la posesión tranquila y no viciosa. Algunos autores agregan como requisito de la posesión tranquila que el poseedor no haya sido demandado por el dueño u otro poseedor. En todo caso, y de conformidad al artículo 918 del Código Civil, la posesión tranquila es la única que permite el ejercicio de las acciones posesorias.

- a) La posesión **regular**, conforme lo señala el artículo 702 del Código de Bello *"Es la que procede de justo título y buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser por consiguiente poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. Si el título es translaticio de dominio, es también necesaria la tradición"*.
- b) Los requisitos de la posesión regular se desprenden de la propia disposición citada, pero cabe resaltar que la buena fe exigida por el legislador debe ser inicial.
- c) La posesión **irregular** por su parte es aquella en que falta alguno de los requisitos que el artículo 702 del Código Civil exige para la posesión regular; *"de esto se sigue que el poseedor irregular puede no tener título alguno que invocar; mala fe, porque tiene conciencia que ha recibido la cosa de quien no es legítimo dueño o lo ha hecho de quien no tenía facultad para enajenar o con fraude o vicios; o, finalmente, no se le ha hecho tradición de la cosa a pesar de tener un título translaticio de dominio. ¿Qué tiene entonces, necesariamente,*

¹⁰ Sentencia pronunciada por la E. Corte Suprema, con fecha 12 de octubre de 2010, en causa caratulada "Fisco de Chile con Empresa de Transporte Géminis Limitada".

*el poseedor irregular? La tenencia material de la cosa*¹¹. Sobre este punto el profesor Pablo Rodríguez Grez sostiene que el legislador ha sido del todo estricto para normar la posesión regular y, en cambio, mucho más liberal tratándose de la posesión irregular. De esta diferencia surge la pregunta de ¿por qué la posesión irregular permite adquirir el dominio por prescripción extraordinaria?, ¿no se trataría de una situación sumamente injusta? Según este autor, el fundamento de que la posesión irregular permita llegar a adquirir el dominio por prescripción se encontraría en el hecho que "*se ha preferido una flagrante injusticia a la inestabilidad de las relaciones jurídicas*"¹². Es decir, la posesión, en conjunto con la prescripción, permitirían consolidar situaciones de hecho en situaciones de derecho, evitando así que la falta de certeza jurídica se arrastre indefinidamente en el tiempo.

- d) La posesión **viciosa**, según el artículo 709 del Código Civil, es aquella que es violenta o clandestina. Frente a esta clasificación entre posesiones viciosas y no viciosas surge una de las principales discrepancias por parte de la doctrina: ¿Son las posesiones viciosas útiles para adquirir el dominio por prescripción?

Para un grupo de autores las posesiones viciosas son útiles, en la medida que permitan llegar a adquirir el dominio mediante la prescripción adquisitiva. Así, don Luis Claro Solar sostiene que las posesiones viciosas estarían comprendidas dentro de la posesión irregular. En concreto, afirma que "*hay, pues, sólo dos clases de posesión, la regular y la irregular. A esta última clase pertenecen la posesión violenta y la posesión clandestina, que son las más irregulares de todas y por eso son calificadas de viciosas*"¹³.

Para otro grupo de autores, entre los cuales destaca Eduardo Belmar Cuevas¹⁴, la posesión viciosa puede acompañar tanto a la posesión regular como irregular. Así, por ejemplo, señala que podrá haber una posesión clandestina y regular cuando se comienza a poseer de buena fe con justo título y tradición, pero luego, al descubrir que la posesión es ilegítima porque la cosa pertenece a una persona distinta del tradente, se ejerce ocultándola de quien tiene derecho a oponerse a ella. Puede existir, también, una posesión irregular y clandestina, cuando desde el comienzo se ejerce ocultándola de su legítimo dueño. Según Eduardo Belmar, la posesión violenta nunca puede ser regular, pues ésta exige buena fe inicial, y la posesión violenta, como lo señala el artículo 710 del Código Civil, es la que se *adquiere* por la fuerza, de manera que dicha exigencia es incompatible con la conciencia de haberse *adquirido la cosa por medios le-*

¹¹ Rodríguez Grez, año 2006, p. 28.

¹² Rodríguez Grez, año 2006, p. 31.

¹³ Claro Solar, año 1950, p. 466.

¹⁴ Belmar Cuevas, Eduardo, "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLV, pp. 27 y siguientes.

*gítimos exentos de fraude y de todo otro vicio, según los términos del artículo 706 del mismo cuerpo legal. Partiendo de dicha premisa, la posesión violenta será necesariamente irregular, lo que en todo caso no obsta a que se pueda llegar a adquirir el dominio por la prescripción extraordinaria "1) Porque no hay ninguna disposición legal que disponga que el poseedor vicioso (violento o clandestino) no pueda prescribir adquisitivamente; 2) Porque la posesión violenta será siempre una forma de posesión irregular y nadie niega al poseedor irregular su derecho a prescribir; y 3) Porque aun cuando se afirmara que el poseedor violento no es poseedor irregular, sino simplemente vicioso, esto es, que las posesiones viciosas formaran un grupo aparte y distinto de la posesión irregular, tampoco podría negársele derecho a prescribir, ya que cuando menos no se le niega (ni podría negársele en nuestro Código; otra cosa era en Roma) su calidad de poseedor; y esto último es fundamental, porque para prescribir extraordinariamente no se exige posesión irregular; basta simplemente la posesión, sin calificación alguna"*¹⁵.

Por lo anterior, concluyen los seguidores de esta postura, sostener que las posesiones viciosas no permiten llegar a adquirir el dominio por prescripción implica negar, a su vez, que la posesión regular e irregular puedan conducir a ella. Agregan, además, a su línea argumentativa que las posesiones violenta y clandestina no son una categoría distinta de la posesión regular o irregular, apoyándose también en lo dispuesto en la página 20 del Mensaje del Código Civil, en la que se lee: *"pero la posesión puede ser regular o irregular, aquélla adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda sin alguno de estos requisitos"*, de manera que se estaría incluyendo en la posesión irregular la violencia y la clandestinidad.

Otro grupo de autores, entre los cuales destaca el profesor Pablo Rodríguez Grez, apoyan la tesis contraria, vale decir, que las posesiones viciosas no son útiles para adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. En este sentido sostienen que las posesiones viciosas son aquellas que adolecen de un defecto o mala calidad que les impide alcanzar su objetivo último, que consiste, precisamente, en adquirir el dominio por prescripción. A juicio del profesor Rodríguez, siempre estuvo en la mente de don Andrés Bello que el poseedor vicioso no pudiese llegar a adquirir el dominio por prescripción: *"Si tal sucediera, se estaría privilegiando la fuerza y permitiendo que el dolo alcanzara su finalidad maligna al impedir que los afectados pudieran interrumpir la prescripción"*¹⁶. En relación a las posesiones viciosas, señala que éstas son independientes de la posesión regular e irregular, afirmando que *"La regularidad e irregularidad son una calidad de la posesión. La violencia y la clandestinidad, un vicio"*¹⁷. Por lo anterior, no es correcto pensar que la posesión regular y menos la irregular siempre y necesariamente conduzcan

¹⁵ Belmar Cuevas Eduardo, "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLV, pp. 27 y siguientes.

¹⁶ Rodríguez Grez, año 2006, p. 43.

¹⁷ Rodríguez Grez, año 2006, p. 55.

a adquirir el dominio por prescripción, sobre todo si ellas van acompañadas de algún vicio. Dentro de los principales argumentos que nos ofrece para sostener que existen en nuestro sistema posesiones inútiles destaca el artículo 2498 del Código Civil, según el cual "*se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con condiciones legales*", vale decir, no basta con haber poseído la cosa por el máximo de tiempo que la ley establece, sino que es necesario que *se posea cumpliendo con los requisitos legales*, uno de los cuales es justamente la falta de vicios de la posesión. Relaciona, además, dicha disposición con lo dispuesto en el artículo 683 del Código Civil, según el cual "*La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho*"; nuevamente el legislador dispone que el dominio por prescripción se gana en *los casos y formas que la ley establece*, y esto no ocurriría tratándose de las posesiones viciosas. Agrega, además, que si las posesiones viciosas fueran útiles para adquirir el dominio por medio de la prescripción, no tendría ningún sentido que nuestro legislador las haya regulado especialmente, por cuanto ya se establecen normas que sancionan de manera estricta el dolo y la fuerza. Como corolario de estas reflexiones, cabe destacar que a juicio del profesor Rodríguez no cabe duda que el ladrón es un poseedor violento y sería absurdo que pudiera invocar como título la comisión de un delito. Esta afirmación debe interpretarse armónicamente con el artículo 1676 del Código Civil, que le impide al ladrón excepcionarse de restituir la cosa fundado en la existencia de un caso fortuito. Ello deja en evidencia que el legislador sanciona al usurpador.

Con la visión anteriormente expuesta coincide Víctor Vial del Río, discrepando sí en lo relativo a "*las condiciones legales*" del artículo 2498. Según Víctor Vial, tales condiciones legales consisten, en primer lugar, en que la cosa sea susceptible de ganarse por prescripción; además, es necesario que la misma no se encuentre suspendida ni interrumpida, atribuyéndole especial relevancia al ejercicio de actos posesorios. De lo expuesto, cabe concluir que Víctor Vial entiende que las posesiones inútiles son aquellas en que falta el requisito de los actos posesorios por parte del prescribiente. Dichos actos los define como el elemento fundamental de la posesión, pues constituyen, a su juicio, "*por una parte, la necesaria manifestación, a través de signos externos y claramente perceptibles, de la voluntad o ánimo de dueño; y por otra, constituyen la manera a través de la cual el dueño o la persona que tiene derecho a oponerse a que otra posea la cosa puede advertir o darse cuenta de que esta última no tiene la cosa reconociendo dominio ajeno, sino precisamente lo contrario*"¹⁸.

Por tanto, en el caso de la posesión clandestina, ella es inútil, porque al haber ocultamiento, no hay actos posesorios que permitan que el verdadero dueño

¹⁸ Vial del Río, año 2009, p. 166.

pueda percibir la situación o intentar revertirla a través de las vías legales que correspondan.

Respecto de la posesión violenta, la razón es otra. En este caso, efectivamente el poseedor puede ejercer actos posesorios de manera que el dueño puede reaccionar frente a esta situación, pero el poseedor violento no tiene ningún título posesorio más que la fuerza y, por ende, no puede acogerse a los beneficios de la posesión.

Víctor Vial concluye señalando que *"se haría incomprensible que una posesión clandestina en la que hay ciertamente dolo, pues su propósito no es sino engañar al dueño, o una posesión violenta en que el título que le sirve de antecedente es la fuerza, puedan convertir al poseedor en propietario de la cosa, en lo que vendría a constituir una suerte de premio por la ejecución de conductas ilícitas"*¹⁹.

C. Adquisición, conservación y pérdida de la posesión

1. Cuestión previa

En nuestro Derecho Civil existe un principio general, cual es que la posesión supone, por su propia definición, la unión en las mismas manos del corpus y el animus, por lo tanto, la misma se va a adquirir desde que se reúnan estos dos elementos. Lo anterior se desprende del artículo 723 inciso 1° del Código Civil, que dispone *"con tal que concurran en ello la voluntad y la aprensión material"*. Por lo mismo es que, por regla general, la posesión se conserva mientras se mantengan ambos elementos.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que la posesión también se conserva aunque el poseedor transfiera la tenencia de la cosa en virtud de un título no traslativo de dominio, por ejemplo, dice la ley, *"dándola en usufructo"*. En este caso, estamos en presencia de un mero tenedor, que aun cuando conserve por mucho tiempo la tenencia no puede transformarse en poseedor, pues es un principio en nuestro derecho que el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión, lo que se desprende del artículo 716 del Código Civil, y se complementa con el artículo 719 inciso segundo, que señala *"Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno se presume, igualmente, la continuación del mismo orden de cosas"*.

Se menciona como excepción al artículo 716 no sólo el artículo 2510 regla 3ª, sino que también el artículo 730, ambos del Código Civil.

¹⁹ Vial del Río, año 2009, p. 167.

Ha generado gran controversia la excepción contemplada en el artículo 2510 regla 3ª, pues su aplicación plantea dificultades de interpretación, más aún si se tiene en consideración que uno de los requisitos para adquirir el dominio por prescripción es ser, al menos, un poseedor irregular, y no un mero tenedor. De ahí el esfuerzo de los autores para intentar esclarecer su sentido.

En efecto, dicha norma dispone, en su regla tercera: *"Pero la existencia de un título de mera tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias:*

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

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

Para el profesor Daniel Peñailillo Arévalo, dicha norma no es propiamente tal una excepción al principio de que la mera tenencia no muda a posesión por el sólo lapso del tiempo, pues *"se observa que es necesaria la ocurrencia de otros antecedentes que se sumen al transcurso del tiempo"*²⁰. En lo que respecta al artículo 2510 regla tercera señala: *"las exigencias de la regla tercera demuestran un cambio evidente de la conducta del propietario, y sobre todo del que era mero tenedor"*²¹.

El profesor Fernando Rozas Vial sostiene que jamás la mera tenencia se transforma en posesión: *"Si existe mera tenencia y se reconoce dominio ajeno, no hay posesión. El art. 716 está equivocado. La mencionada referencia sólo significa que si existe un título de mera tenencia respecto de una cosa en la que posteriormente se pasa a poseer, será necesario probar posesión por diez años"*²².

Para Arturo Alessandri Rodríguez, el artículo 2510 regla tercera no es una excepción al artículo 716, sino que por el contrario confirma el principio de que la mera tenencia no muda a posesión simplemente por el paso del tiempo y por ello afirma: *"El cambio en referencia surge porque se han realizado actos de parte del mero tenedor y, también, del propietario, actos que alteran la situación jurídica de ambos"*²³. Concluye de esta manera que *"la mera tenencia se convierte en posesión, no ya por la sola voluntad del tenedor ni por el simple transcurso del tiempo, sino también, y esto es lo principal, por negligencia de parte del dueño"*²⁴.

²⁰ Peñailillo, año 2010, p. 367.

²¹ Peñailillo, año 2010, p. 367.

²² Rozas Vial, año 2007 p. 264.

²³ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 48.

²⁴ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 48

El profesor Víctor Vial del Río es de la idea que la mera tenencia es indeleble, vale decir, no puede transformarse en posesión por el solo transcurso del tiempo, por ello este autor sostiene que *"la mera tenencia se muda en posesión cuando concurren dos requisitos: el primero es que el mero tenedor deje de reconocer dominio ajeno y de tener, en consecuencia, la cosa a nombre del dueño, ejerciendo actos posesorios de aquellos a que sólo da derecho el dominio: y el segundo, que el dueño, en pleno conocimiento de lo anterior, manifiesta con su inacción o indiferencia la intención de desasirse de la cosa o del ánimo de dueño de la misma aceptando tácitamente que el mero tenedor asuma aquella calidad"*²⁵. Para este autor, sería perfectamente posible concebir como título posesorio del mero tenedor *"el abandono de la cosa"* por parte del dueño. De esta forma, el artículo 2510 regla 3ª no permite que el mero tenedor adquiera el dominio por prescripción por el mero transcurso del tiempo, sino que estaríamos en presencia de un verdadero poseedor *"que ha probado el ejercicio de actos posesorios y que fundamenta la posesión en un título posesorio"*²⁶.

Los autores citados están de acuerdo en que la mera tenencia jamás puede mudar a posesión por el mero transcurso del tiempo, ni aun en virtud del artículo 2510 regla tercera, pues para ello se exigen otros requisitos, de manera tal que quien adquiere el dominio por prescripción es verdaderamente un poseedor, ya que no puede haber prescripción sin posesión.

En este sentido la Excm. Corte Suprema, acogiendo un recurso de casación en el fondo, sostuvo: *"Que, por consiguiente, ha quedado de manifiesto el error de derecho en que incurrieron los jueces de segunda instancia, al entender que en la situación en la que se halla la demandada –arrendataria y promitente compradora–, se configura una hipótesis de posesión que, con el resto de los requisitos legales, la habilitaban para adquirir por prescripción adquisitiva extraordinaria, en circunstancias que ya existe una sentencia definitiva ejecutoriada que se pronuncia sobre ello, en sentido radicalmente inverso. Esta equivocada inteligencia de los antecedentes se tradujo en la desacertada aplicación del artículo 2510 N° 3 del Código Civil, toda vez que se tuvieron por justificados los presupuestos de la prescripción adquisitiva extraordinaria invocada por la actora reconvenzional, litigante que ya fue catalogada de mero tenedor por sentencia firme de 25 de enero de 2005, que le confiere esa sola calidad en consideración a un contrato de arrendamiento celebrado en el año 1977, esto es de un vínculo jurídico al que es consustancial el reconocimiento del dominio ajeno, ergo, no ha podido tenerse por concurrente la salvedad que a su respecto contempla la regla mencionada al inicio de este acápite. Tal errónea aplicación de la ley ha tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo, pues se acogió una demanda reconvenzional de usucapión que debió ser desestimada, por lo que corresponde hacer lugar a la nulidad sustantiva interpuesta"*²⁷.

²⁵ Vial del Río, año 2009, p. 217.

²⁶ Vial del Río, año 2009, p. 218.

²⁷ Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 18 de octubre de 2010, Rol

El fallo en cuestión contó con un voto en contra de la ministra señora Margarita Herreros Martínez, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo por cuanto "4º) *Que, al tener por cumplidas las obligaciones emanadas del contrato de promesa de compraventa del inmueble de autos, unido a las demás circunstancias de hecho que vienen fijadas en el fallo impugnado, pero que no han sido atacadas por la vía de invocar infracción a las normas reguladoras de la prueba, por lo que son intangibles para esta Corte de Casación, no queda sino concluir que el estatus jurídico de la actora reconventional evolucionó al de poseedora irregular, habilitada, por ende, para adquirir por prescripción extraordinaria, como viene decidido por la Corte de Apelaciones de Temuco. 5º) Que, efectivamente como puntualizan esos sentenciadores, la tenencia material con ánimo de señor o dueño sobre el retazo sub lite, que comprobaron con respecto a la demandante de prescripción, por un lapso que a la sazón supera los treinta años, originada en un contrato de promesa de compraventa, cuyas obligaciones y condición se han tenido por cumplidas debidamente, condice en plenitud con el hecho jurídico de la posesión, del que se ha constituido en título*"²⁸.

Sin embargo, el profesor Pablo Rodríguez sostiene una postura distinta y estima que la norma del artículo 2510 regla tercera *"quiere decir que hay un caso, a lo menos, en que la mera tenencia se muda en posesión por el sólo transcurso del tiempo"*²⁹. Para este autor, no obstante los defectos de redacción que presenta este artículo, su fundamento se encuentra en el hecho que en esta norma hay *"una constante voluntad en el Código Civil por transformar con arreglo a derecho aquellas situaciones de hecho que se arrastran indefinidamente en el tiempo"*³⁰, y luego continua señalando *"Frente a este propósito nuestro Código Civil optó por abandonar la indelebilidad de la mera tenencia y excepcionalmente la convierte en posesión si al paso del tiempo (diez años) se agregan circunstancias tan especiales como que el mero tenedor haya mantenido la cosa en su poder sin violencia, ni clandestinidad, ni haya el poseedor (a nombre de quien se ostenta la mera tenencia) realizado acto ninguno destinado a recuperar la cosa, o hacerse reconocer su derecho, ni tampoco ha ocurrido un hecho que le haya impedido al mero tenedor ejecutar actos de posesión (interrupción civil y natural)"*³¹. Hay por lo mismo un momento en que el mero tenedor se transforma en poseedor, y cumpliendo con los requisitos del artículo 2510 regla 3ª puede llegar a adquirir el dominio por prescripción, pues a juicio de este autor el mero tenedor por sí mismo mejora su situación.

Discrepamos de la visión expuesta por el profesor Rodríguez Grez, toda vez que estimamos que el mero tenedor por sí mismo no puede mejorar su con-

1899-2009, en los autos caratulados "Sociedad Comercial Horizonte LTDA. y otra con Willson Kelly Rebeca Agustina".

²⁸ Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 18 de octubre de 2010, Rol 1899-2009, en los autos caratulados "Sociedad Comercial Horizonte LTDA. y otra con Willson Kelly Rebeca Agustina".

²⁹ Rodríguez Grez, año 2006, p. 19.

³⁰ Rodríguez Grez, año 2006, p. 19.

³¹ Rodríguez Grez, año 2006, p. 20.

dición a poseedor. En la norma en examen se requiere de otras circunstancias que hacen que estemos en presencia de un verdadero poseedor. Sostener lo contrario implica restarle seguridad al sistema de posesión inscrita. No debe olvidarse que tanto el poseedor como el mero tenedor requieren de un elemento subjetivo; en el caso de este último es la conciencia de no ser el dueño y que esa calidad corresponde a un tercero. La regla tercera del artículo 2510 rompe esta situación.

2. Adquisición, conservación y pérdida

Dejando atrás las argumentaciones expuestas podemos decir que la adquisición, conservación y pérdida de la posesión dependerá no sólo de la naturaleza del bien de que se trate, sino que también del título en virtud del cual se posea.

En el presente trabajo nos concentraremos, especialmente, en la adquisición de la posesión de los bienes raíces en virtud de un título traslativo de dominio; para lo cual es fundamental considerar que don Andrés Bello introdujo una innovación importantísima en nuestro sistema jurídico tratándose de las transferencias de bienes raíces. En efecto, el legislador exigió de manera obligatoria la inscripción del título traslativo en el Registro Conservatorio, para todas aquellas transferencias que se llevaran a cabo a partir de la entrada en vigencia del Código Civil, dando lugar así a lo que se denomina el "sistema de la propiedad inscrita". Esta innovación la plasmó en la página 19 del Mensaje: *"La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas, como he dicho, las servidumbres, exige una tradición, y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras ésta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real ni tiene respecto de terceros existencia alguna. La inscripción es la que da la posesión real y efectiva; y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor"*.

De esta manera, la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces tiene como una de sus finalidades más importantes el servir de tradición de los bienes raíces y de instrumento para adquirir su posesión. Así lo dispone el artículo 686 del Código Civil: *"Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador"*, y el artículo 724, considerado piedra angular de la teoría de la posesión inscrita, señala: *"Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por la inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por ese medio"*.

Necesariamente –pensó el legislador– la mayoría de los bienes raíces, desde la fecha de entrada en vigencia del Código Civil hasta el día de hoy, serían objeto de una transferencia de dominio, o bien, de la constitución de un derecho real

en ellos, o, en último caso, de una transmisión por causa de muerte, lo cual necesariamente importaba que el bien raíz debiese inscribirse en el Registro Conservatorio. De esta forma, se lograría la aspiración del legislador en cuanto, en algún momento, todos los bienes raíces ingresarían al sistema de la posesión inscrita, de manera tal que inscripción, posesión y propiedad fueran términos sinónimos.

En la práctica ello no ha ocurrido así. En la realidad es posible encontrar inmuebles no inscritos, por ejemplo, como dice el profesor Víctor Vial del Río, en el caso de la sucesión por causa muerte cuando ninguno de *los herederos sucesivos ha enajenado el bien heredado*³².

Sin perjuicio de lo anterior, y a objeto de evitar equívocos, debe tenerse en consideración que la inscripción del título en el Registro Conservatorio persigue diversas finalidades. Sin duda, una de las más importantes es que, por su intermedio, se materializa la tradición de los bienes inmuebles. Adicionalmente, la inscripción permite dar publicidad a las mutaciones que sufra cada propiedad raíz, tal como lo dice el Mensaje del Código Civil, en su página 19, al establecer que *"la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas"*. También la inscripción del título en el Registro Conservatorio es un medio idóneo para mantener la historia de la propiedad raíz, ya que, por su intermedio, van quedando anotadas las diversas traslaciones de dominio que cada propiedad verifica. La mayoría de los autores nacionales agrega que la inscripción sirve de requisito, prueba y garantía de la posesión, dando lugar a la llamada "Teoría de la Posesión Inscrita", la que se sustenta en el hecho reconocido en el Mensaje del Código Civil en cuanto a que *"como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión más pública, más solemne, más indisputable que la inscripción"*. Finalmente algunos autores sostienen, además, que la inscripción puede considerarse como una solemnidad del acto o contrato, punto de vista que no compartimos, pero en el que no profundizaremos por no ser ésta la materia de este trabajo.

Atendida la multiplicidad de fines que persigue la inscripción, es factible afirmar que el establecimiento de este sistema de la posesión inscrita por parte de nuestro legislador significó una de las reformas más profundas y complejas en el ámbito del Derecho Civil.

3. Adquisición de la posesión

Para analizar la adquisición de la posesión es necesario distinguir entre inmuebles inscritos y no inscritos y, además, diferenciar el título que sirve de antecedente

³² Vial del Río, año 2009, p. 177.

a la posesión. En el presente trabajo, y como señalamos anteriormente, nos centraremos en la adquisición de la posesión en virtud de un título traslativo de dominio, puesto que la idea es analizar también el rol que juega la inscripción dentro del sistema de la posesión inscrita.

Inmuebles no inscritos:

Tratándose de los inmuebles no inscritos, debemos distinguir si lo que se va adquirir es la posesión regular o irregular, pues, según dicha distinción, la doctrina ha sostenido diversas posturas.

Para adquirir la **posesión regular** de un inmueble no inscrito es indispensable, dicen los autores, la inscripción, ya que ésta es la única forma de efectuar la tradición de los inmuebles, tal como lo dispone el Código Civil en sus artículos 686, 696, 698 y 702 inciso 3º, sin que ninguna de estas normas distinga entre inmuebles inscritos y no inscritos. Apoya esta afirmación el artículo 724 del Código Civil al establecer que "*Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por la inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*". En este último caso, como se trataría de la primera inscripción, será necesario cumplir con lo dispuesto en los artículos 693 del Código Civil y 58 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces. Dichos artículos establecen un procedimiento especial, que consiste, básicamente, en un sistema de avisos.

En el caso de la **posesión irregular**, la mayoría de los autores sostiene que, aun cuando se trate de inmuebles no inscritos, de todas maneras es necesaria la inscripción para adquirir la posesión, ya que el artículo 724 no distingue en cuanto a la clase de posesión, vale decir, si es regular o irregular. Por lo demás, esta postura se aviene mejor con el espíritu del legislador, cual es que todos los bienes ingresen al sistema de la propiedad inscrita, por lo tanto señalan que la inscripción es un requisito para adquirir cualquier clase de posesión.

Sin embargo, hay quienes manifiestan que no es necesaria la inscripción para adquirir la posesión irregular de un inmueble no inscrito, puesto que el artículo 724 se estaría refiriendo a los inmuebles que ya ingresaron al sistema de la propiedad inscrita. Se apoyan, además, en los artículos 728 y 729 del Código Civil, concluyendo que la garantía que otorga la inscripción es para los poseedores inscritos, por ende, si tratándose de inmuebles no inscritos la posesión se pierde por violencia o clandestinidad, con mayor razón se perdería cuando otro la toma en virtud de un título traslativo de dominio. A nuestro juicio, el artículo 729 es un claro incentivo para pensar que el legislador lo que pretende es, precisamente, la inscripción del título; además, no divisamos cómo la posesión se puede perder sólo en virtud de la existencia de un título.

Inmuebles inscritos:

Nadie duda que para adquirir la posesión **regular** de un bien raíz inscrito, además del título traslativo, es necesaria la inscripción del título, pues sin ella no hay tradición y tampoco es posible adquirir la posesión.

La disputa se plantea tratándose de la adquisición de la posesión **irregular**.

Así, una parte de la doctrina estima que para adquirirla no es necesaria la inscripción del título. Fundan su parecer en que el artículo 724 es solamente aplicable a la posesión regular y, respecto de la posesión irregular, no es necesaria la tradición y por ende tampoco la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. El propio Código Civil habría dejado abierta esta posibilidad, y así se desprendería de los artículos 702, 708, 729, y 730.

Sin embargo, la mayoría estima que tratándose de los bienes raíces inscritos, para que pueda adquirirse cualquier clase de posesión sobre ellos siempre será necesaria la inscripción. Para pensar así dan una serie de argumentos, que el profesor Arturo Alessandri Rodríguez agrupa de la siguiente manera:

- a. Quienes sostienen que no se requiere de inscripción en el Conservador de Bienes Raíces para adquirir la posesión irregular de un inmueble formulan una distinción que el legislador no hace de acuerdo al tenor del artículo 724 del Código Civil. Aun más, como señalamos con anterioridad, dicha norma tampoco distingue entre inmuebles inscritos y no inscritos, sino que simplemente dispone que nadie puede adquirir la posesión de un bien raíz sin su correspondiente inscripción.
- b. El artículo 728 del Código Civil dispone: "*Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por decreto judicial. Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente*". De esta norma se desprende que para poder adquirir cualquier clase de posesión respecto de un inmueble ya inscrito es necesario cancelar la posesión anterior, lo que sólo puede hacerse por alguna de las formas que establece la ley.
- c. Por su parte, en la página 20 del Mensaje del Código Civil don Andrés Bello dejó sentado que: "*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*".

- d. La finalidad del legislador es que todos los inmuebles se incorporen al sistema de la propiedad inscrita, y *"sería absurdo pensar que el legislador dejara abiertas las puertas para que, después de que un inmueble ha entrado a ese régimen, pudiera salir de él mediante la adquisición de la posesión del bien raíz sin inscripción"*³³.
- e. De seguirse la postura que para adquirir la posesión irregular de un bien raíz inscrito no es necesaria la inscripción, se infringiría lo dispuesto en el artículo 2505, que prohíbe toda prescripción en contra de un título inscrito, sin distinguir entre una prescripción ordinaria o extraordinaria.

Concordamos con esta posición, en orden a que para adquirir la posesión sea regular o irregular de un bien raíz, ya sea que se encuentre inscrito o no, es necesaria la inscripción, por cuanto sin inscripción no hay tradición y, por ende, tampoco posesión en sentido jurídico. De ahí la afirmación del profesor Trucco en cuanto a que al incorporarse al ámbito del Derecho Civil el sistema de la posesión inscrita, queda plasmada la originalidad del legislador, pues hace a la inscripción *"desempeñar dos nuevas funciones de mayor importancia: de símbolo de la tradición y de símbolo de la posesión"*³⁴.

4. La inscripción como requisito de la posesión:

La inscripción es un requisito para poder adquirir la posesión de los bienes raíces cuando se trata de un título traslativo de dominio, pues es la forma de efectuar la tradición. Lo anterior se depende de un conjunto de normas, entre las cuales podemos mencionar los artículos 686, 696, 724, 728, 730, 924, y 2505.

Así lo ha fallado también nuestra Corte Suprema al sostener *"Que, sin embargo, tratándose de un bien raíz, la posesión de éste se adquiere mediante la inscripción del título traslativo de dominio en el Conservador de Bienes Raíces, constituyendo esta inscripción adquisición, prueba y garantía de la posesión de aquellos inmuebles que ya han entrado en el mecanismo del régimen inscrito. A este respecto, esta Corte Suprema ha resuelto con anterioridad que: la inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces es el único medio para adquirir la posesión de los inmuebles y, mientras dicha inscripción no se cancele, el simple apoderamiento de la cosa no habilita para adquirir la posesión"*³⁵.

De esta manera, nadie discute que para adquirir la posesión regular de un inmueble inscrito, cuando se invoca un título traslativo de dominio, es necesaria

³³ Alesandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 413.

³⁴ Trucco, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil Chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII, p. 182.

³⁵ Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 1 de abril de 2011, Rol 6860-2010, en los autos caratulados "Banco del Desarrollo con Iván Pinilla Leiva y otros".

la inscripción del mismo. Esclarecedor resulta lo señalado por el profesor Víctor Vial del Río: "*Si falta la inscripción, la entrega material que pudiera haber hecho el obligado según el contrato translaticio no habilita para adquirir la posesión. La entrega que se hiciera a la persona que, en virtud de la misma, tiene el inmueble en su poder, a lo más lo constituye en un poseedor material, pero no en un poseedor en concepto de la ley, porque el título que justifica dicha posesión –la tradición– no existe desde el momento que no se ha practicado la inscripción. En consecuencia, sin inscripción no hay tradición, y sin tradición no hay título posesorio*"³⁶. Así lo ha sostenido también la Excma. Corte Suprema, en un fallo de 10 de marzo de 2010, en su considerando octavo: "*Que conforme con todo lo razonado precedentemente cabe concluir que al resultar acreditado que la demandante es poseedora inscrita del inmueble que reivindica, tal como lo resolvieron los jueces del grado, procede que sea reputada dueña de la misma, resultando, en consecuencia, improcedentes los argumentos destinados a sustentar el dominio de la demandada en su mera posesión material*"³⁷.

Al analizar la inscripción como requisito para adquirir la posesión, debe dejarse establecido que existen dos posturas respecto a lo que representa la inscripción.

Así, para algunos autores, entre los cuales destaca don Humberto Trucco, la inscripción constituye una **ficción legal** en virtud de la cual "*el poseedor inscrito con título anotado por más de un año, tiene en su favor, por el hecho de la inscripción, los dos elementos constitutivos de la posesión: la tenencia y el ánimo de señor*"³⁸. Es decir, a juicio de estos autores, basta el título inscrito para que ello sea un símbolo absoluto de la posesión en un sentido jurídico.

En cambio otro grupo de autores, entre los cuales destaca el profesor Leopoldo Urrutia, han postulado la tesis denominada **inscripción-garantía**. Para ellos, "*La inscripción solemniza un hecho verdadero, y, por lo tanto, no puede solemnizar apoderamientos que no han existido*"³⁹, vale decir, la inscripción sólo puede representar la posesión real y efectiva de un inmueble cuando se reúnan los elementos del corpus y el animus, por lo mismo, debe tratarse de verdaderos hechos de apoderamiento, de lo contrario la inscripción nada garantiza. Concluye este autor exponiendo: "*Las inscripciones que sucesivamente se hacen en el Registro del Conservador de Bienes Raíces llevan envuelta la presunción de pureza y verdad; pero admiten impugnación, como autoriza el derecho respecto de todo instrumento público, probando la falsedad de su esencia, y de que solemnicen el*

³⁶ Vial del Río, año 2009, p. 181.

³⁷ Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema de fecha 10 de marzo de 2010, Rol 5681-2008, en los autos caratulados "Mancilla con Cabrera".

³⁸ Trucco Humberto, "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII, p. 183.

³⁹ Urrutia Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXXI, p. 11.

*hecho físico del apoderamiento. Constituyen presunción legal y no de derecho*⁴⁰. Las posturas mencionadas con anterioridad deben tenerse en consideración, pues de ellas dependerán las distintas soluciones que pueden darse a las controversias que nos plantea la teoría de la posesión inscrita, es decir, habrá que inclinarse por la tesis, según la cual la inscripción supone necesariamente que quien tiene su título inscrito es un poseedor en sentido jurídico, o bien que la misma puede desvirtuarse si no ha sido acompañada de la entrega material del inmueble, pues en tal supuesto faltaría uno de los elementos esenciales de la posesión.

En todo caso, nuestra Corte Suprema ha sostenido en lo referente a dichas encontradas posiciones: *"Sin embargo, es la tesis contraria la que ha ganado el favor de la doctrina y jurisprudencia más reciente. Sostiene que la inscripción no es por sí sola medio constitutivo de una posesión que no se tiene, sino que un requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor o dueño que caracteriza únicamente la posesión, según el precepto del artículo 700 del código sustantivo. Sin tenencia con ánimo de señor y dueño, entonces, no hay posesión y, si bien es cierto que el artículo 724 exige inscripción respecto de ciertos bienes, no lo es menos que esta formalidad es exigida en concurrencia con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión, tal como ésta ha sido legalmente definida en el mentado artículo 700. Esta segunda es la doctrina de la inscripción garantía, sustentada por Leopoldo Urrutia, Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, entre otros"*⁴¹.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en un fallo de fecha 5 de abril de 2011, sostuvo, en su considerando sexto, *"Que resulta indiciario a las pretensiones del demandante reconventional el hecho de que el demandante de reivindicación haya adquirido la propiedad que reclama, celebrando un contrato de compraventa con su padre, promitente vendedor y arrendador, el 30 de abril de 1996, pero sin haber obtenido la entrega material de la misma, porque el vendedor no la tenía desde hacía 32 años. En efecto, no se consignó en la respectiva escritura pública la entrega material de la propiedad. Con relación a este aspecto, resulta pertinente y de importancia traer a colación el artículo 1548 del Código Civil y por lo tanto el hecho de que la obligación de entregar el inmueble vendido no pudo tenerse por cumplida con la sola inscripción del título en el correspondiente Conservador de Bienes Raíces, dado que ello sólo importa la tradición legal que debe completarse con la entrega material al comprador en términos de que este pueda disponer del bien raíz"*⁴².

⁴⁰ Urrutia Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXXI, p. 12.

⁴¹ Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 13 de diciembre de 2010, Rol 962-2009, en la causa caratulada "Jara Maulen Elena con Ilustre Municipalidad del Tabo".

⁴² Sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 5 de abril de 2011, Rol 798-2010, en la causa caratulada "Mauricio Gallegos Naipayán con Manuel Labra Velásquez".

El razonamiento anterior lleva a la Corte de Apelaciones de Valdivia a acoger la demanda reconvenzional de prescripción extraordinaria interpuesta por el demandado, fundada en que la posesión del actor sería de "papel" al ser su inscripción de una fecha posterior de aquella en que el demandado adquirió la posesión material mediante sendos contratos de arrendamiento y de promesa de compraventa. Por ello, estima que no sería aplicable lo dispuesto en el artículo 728 del Código Civil, pues no se puede cancelar una posesión que el actor no ha tenido, más aún agrega que el artículo 728 se refiere a la posesión inscrita y no a la inscripción de dominio en sí.

Discrepamos del fallo en comento, pues al resolver que el actor no tiene la posesión material del predio, dispone que no sería aplicable el artículo 2505 y, por lo tanto, establece en su considerando octavo: "*Que de lo dicho resulta que la prohibición que contiene el artículo 2505 del Código Civil no es una prohibición absoluta, que ampare la sola inscripción de una propiedad*"⁴³. Si bien es cierto que en un caso como éste el actor no detenta la posesión material, toda vez que la finca disputada se encontraba materialmente en poder del demandado, estimamos que no sería procedente acoger la demanda reconvenzional de prescripción extraordinaria, toda vez que si el demandante reconvenzional no ha inscrito su título, no ha adquirido la posesión del inmueble en virtud de lo dispuesto en el artículo 724 y, por lo mismo, sin posesión no puede haber prescripción. Pensar lo contrario sería sostener que la inscripción no otorga ninguna garantía al poseedor que la detenta. Además, no deja de llamar la atención que en dicho fallo se le declare la prescripción adquisitiva extraordinaria al demandado, que en el caso de autos detenta la calidad de mero tenedor, toda vez que adquirió la posesión material del predio disputado mediante un contrato de arrendamiento y un contrato de promesa de compraventa, de manera que no cuenta con un título traslativo de dominio. Por otra parte, estimamos que se vulnera el artículo 2505 del Código Civil, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen de manera prácticamente unánime que se trata de una norma absoluta, que no distingue entre prescripción ordinaria y extraordinaria y que prevalece sobre el artículo 2510 N° 3.

5. Conservación y pérdida de la posesión

Inmuebles no inscritos:

La posesión se conservará mientras subsista el corpus y el animus. De esta manera, la posesión se perderá cuando falte alguno de los elementos esenciales que la constituyen. Al respecto pueden darse distintos supuestos:

⁴³ Sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, de fecha 5 de abril de 2011, Rol 798-2010, en la causa caratulada "Mauricio Gallegos Naipayan con Manuel Labra Velásquez". *Gaceta Jurídica*, año 2011, p. 223.

a. Que se pierda tanto el corpus como el animus

Ello puede ocurrir, en primer lugar, cuando la cosa se enajena. En este caso, aun cuando el tradente enajene la cosa sin ser dueño de ella, de todas maneras el adquirente pasa a tener la calidad de poseedor, y por lo tanto puede llegar a adquirir el dominio por prescripción según lo dispuesto en el artículo 683 del Código Civil.

En segundo lugar pueden perderse también ambos elementos cuando el bien se abandona para que lo haga suyo otra persona. Suele darse como ejemplo el del dueño de la finca que la abandona cuando no resiste la persecución y presión por parte de sus acreedores hipotecarios.

b. Que se pierda sólo el corpus

Este supuesto tendrá lugar en el caso del artículo 726 del Código Civil, que señala: "*Se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con el ánimo de hacerla suya; menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan*". Esta norma debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 2502, toda vez que se pierde la posesión por haber entrado en ella otra persona, lo que a su vez produce la interrupción natural de la prescripción haciendo perder todo el tiempo transcurrido.

También se perderá el corpus y con ello la posesión en el caso del artículo 729: "*Si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde*". Esta norma, aplicable sólo a los inmuebles no inscritos, hace que el poseedor pierda la posesión cuando otros se apoderan de la cosa de manera violenta o clandestina, lo que no significa que quien actúa de tal forma adquiera la posesión, pues estimamos –siguiendo la tesis de las posesiones inútiles– que ello implicaría incentivar conductas ilícitas y, por lo tanto, quienes se apoderan violenta o clandestinamente de un inmueble no pueden llegar a adquirir el dominio por prescripción.

En el artículo 729 encontramos una de las principales diferencias entre los inmuebles inscritos y no inscritos, que reflejan que la inscripción tiene un rol fundamental como garantía de la posesión. De esta manera, si alguien con violencia o clandestinidad se apodera de un inmueble inscrito, el que tiene la posesión no la pierde; ello sólo es posible cuando se cancela la inscripción anterior, según lo dispuesto en el artículo 728. Por el contrario, en el caso de un inmueble no inscrito el poseedor pierde la posesión, de manera que no se encuentra resguardado de los actos de apoderamiento que otros puedan realizar pretendiéndose dueños del inmueble. Estimamos que el artículo 729 es una norma que tiene como objetivo, en especial a la época de dictación de

nuestro Código Civil, incentivar a los poseedores de inmuebles a ingresar al sistema de la propiedad inscrita.

Mención especial merece el artículo 730 del Código Civil, al decir: *"Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior."*

Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción".

En concepto del profesor Luis Claro Solar nuestro Código lo que hace es formular una regla única: *"el simple hecho de la usurpación del que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro no le da la posesión. Por consiguiente, el poseedor no pierde su posesión por el acto de usurpación que realiza el mero tenedor de la cosa. Esta regla es general y se refiere a toda clase de cosas"*⁴⁴. Lo que debe relacionarse con el hecho de que nadie puede por sí mismo mejorar su título desconociendo el dominio del verdadero dueño.

Lo que ocurre, dice Claro Solar, es que el artículo 730 en su inciso primero, refiriéndose a los inmuebles no inscritos, se pone en el supuesto de que el usurpador enajene la cosa a su propio nombre. En este caso, se pierde la posesión anterior y la persona a quien se la enajena adquiere la posesión, puesto que la recibe con el ánimo de hacerla suya, incluso podría convertirse en un poseedor regular si recibe la cosa creyendo que quien se la enajenó era el verdadero dueño. Se reúnen en esta persona los dos elementos de la posesión y, por lo mismo, se pone fin a la posesión de quien no había inscrito su título.

El profesor Víctor Vial previene que, como se trata de la enajenación de un inmueble no inscrito, para adquirir la posesión de todas maneras será necesaria la inscripción en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 724 del Código Civil.

Don Arturo Alessandri se coloca en una situación distinta preguntándose qué sucede si un tercero, sabiendo que el inmueble de una persona no se encuentra inscrito, procede a inscribirlo a su propio nombre en el Conservador de Bienes Raíces ¿Se perdería en tal caso la posesión? Para responder lo anterior deben considerarse las tesis anteriormente mencionadas. De esta manera, para quienes sostienen que la inscripción es una ficción legal que necesariamente representa los dos elementos de la posesión, dicha inscripción haría perder la posesión anterior, *"Y el poseedor que de esta manera llega a perder su propiedad*

⁴⁴ Claro Solar, año 1950, p. 560.

de nada tendría que quejarse, porque fue negligente al no realizar la inscripción para gozar de todas las garantías que el Código otorga a la posesión inscrita, y porque también incurrió en otra negligencia al dejar que el falso adquirente inscribiera a su nombre sin formular oposición"⁴⁵. En cambio quienes siguen la tesis de la inscripción-garantía, señalan que en un caso como éste no se pierde la posesión y ello porque la inscripción sólo puede solemnizar hechos verdaderos de apoderamiento, "si no hay una posesión material, la inscripción por sí sola nada significa, es una inscripción de papel, o sea, una mera anotación en el Registro del Conservador sin que el titular de ella tenga la posesión física y material del inmueble; nada contiene ni representa".⁴⁶ En lo que respecta a la negligencia del poseedor no inscrito, se responde señalando que la ley no hizo obligatoria dicha inscripción.

c. Que se pierda el animus

Si bien es una situación de difícil ocurrencia, los autores suelen citar el ejemplo del poseedor que enajena la cosa, pero se mantiene como mero tenedor, es lo que se conoce con el nombre de constituto posesorio, que se recoge con ocasión de la tradición en el artículo 684 N° 5 del Código Civil.

Inmuebles inscritos:

En lo que respecta a esta clase de bienes, la regla fundamental respecto a la **conservación** de la posesión se encuentra en el artículo 728 inciso segundo del Código Civil al decir: "*Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente*".

Según dicha norma, frente a una posesión inscrita no valen absolutamente de nada los actos materiales de apoderamiento de la cosa que haga un tercero, ya que esos actos no hacen perder la posesión a su titular, ni le dan la posesión al tercero. Todavía más, el apoderamiento de un inmueble inscrito no hace adquirir ni aun la posesión irregular del mismo de acuerdo a los artículos 728, 729 interpretado a contrario sensu, y los artículos 730 y 2505.

En lo que respecta a la **pérdida** de la posesión de un inmueble inscrito, debe aplicarse el inciso primero del artículo 728, que dispone: "*Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial*".

⁴⁵ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p 414.

⁴⁶ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 414.

Para don Luis Claro Solar *"esta disposición consagra el principio que sirve de base a la institución misma del Registro del Conservador de Bienes Raíces. La inscripción da la posesión, a la vez que transfiere al adquirente los derechos del tradente sobre el inmueble, y, por lo tanto, el dominio si el tradente era el verdadero dueño; de modo que ante la ley es poseedor del inmueble el que aparece de la inscripción vigente y mientras ella subsiste no puede haber otro poseedor"*⁴⁷.

6. La inscripción como garantía de la posesión de los inmuebles inscritos

Del artículo 728 precitado se depende que la inscripción cumple la finalidad de garantizar la posesión y también el dominio, toda vez que quien tiene su título inscrito queda resguardado de los actos materiales y de apoderamiento que puedan pretender terceros con el objeto de arrebatar la posesión a quien ha inscrito su título. De esta manera, como la posesión no se pierde sino mediante otra inscripción que cancele la anterior, es que se sostiene que *"la principal garantía con que el Código favorece al poseedor inscrito, es la de acordarle el privilegio de ponerlo a cubierto de toda prescripción (art. 2505)"*⁴⁸. Si alguien pretende alegar la prescripción adquisitiva sobre un bien de un poseedor inscrito, sólo puede hacerlo en la medida que su posesión se justifique en otro título inscrito, puesto que sin inscripción no hay posesión y por ende no puede haber prescripción.

En efecto, el artículo 2505 dispone: *"Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo"*. Se ha sostenido que la finalidad de esta disposición es incentivar a los poseedores de inmuebles a que inscriban sus títulos para, de esta manera, lograr los beneficios que la norma establece. Recordemos que ello era una meta que Bello dejó plasmada en el Mensaje del Código Civil. Por su parte, la Corte Suprema ha fallado sobre este tema *"que es consecuencia lógica de los principios expuestos la situación de imprescriptibilidad del predio inscrito respecto de los terceros que pretendan adueñarse de una finca, puesto que debiendo entenderse que la posesión se halla radicada permanentemente en el que tiene título inscrito, el prescribiente no ha podido entrar jamás a poseerla y faltaría por consiguiente a sus expectativas esta base y requisito esencial de toda prescripción"*⁴⁹. El artículo 2505 es categórico al afirmar que sólo se puede prescribir en contra de un título inscrito en virtud de otro título inscrito, y el plazo de prescripción comienza a correr desde que dicha inscripción se materializa.

⁴⁷ Claro Solar, año 1950, p. 554.

⁴⁸ Trucco Humberto, "Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII, p. 138.

⁴⁹ Claro Solar, año 1950, p. 556.

A este respecto, concordamos con la postura del profesor Víctor Vial del Río al decir: "*El artículo 2505 es una norma claramente excepcional a los principios generales en materia de prescripción. Sin embargo, su ubicación en el Código Civil, precisamente entre las normas que regulan la prescripción, contribuye a demostrar que en materia de prescripción de los derechos reales inscritos existe una regla especial, en virtud de la cual para prescribir se debe tener la calidad de poseedor inscrito*"⁵⁰. De esta forma nos parece que se pueden interpretar sistemáticamente –artículo 22– los artículos 728 y 2505 del Código Civil.

Don Luis Claro Solar estima que la norma en comentario –artículo 2505– se refiere a toda clase de prescripción, pues donde la ley no distingue no es lícito al intérprete distinguir. Por ende, no es posible adquirir por prescripción, ni aun extraordinariamente, un inmueble u otros derechos reales constituidos sobre ellos cuando aquellos se encuentren debidamente inscritos. La norma del artículo 2505 es "*general y absoluta*"⁵¹, y complementa los artículos 724, 728 y 730, que son el máximo reflejo de que la inscripción garantiza la posesión.

La mayoría de los autores está de acuerdo con la postura de don Luis Claro Solar, en el sentido que no es posible adquirir un inmueble inscrito, ni aun por prescripción extraordinaria. Además del argumento de la no distinción, agregan que debe considerarse su ubicación normativa, ello porque el legislador colocó esta norma antes del artículo 2506, que recién viene a distinguir entre la prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria. Por otra parte, en el Proyecto de Código Civil, el artículo 2505 estaba contemplado solamente respecto de la prescripción ordinaria y si luego eso se cambió fue porque el legislador quiso hacerla aplicable a toda clase de prescripción. Además, por tratarse de una norma especial, el artículo 2505 debe prevalecer sobre el artículo 2510 regla tercera, y por lo tanto esta última norma sólo podría referirse a la prescripción de las cosas muebles y a los bienes raíces no inscritos. El artículo 2505 sería doblemente especial, pues se refiere a los bienes raíces y sólo a aquellos que se encuentran inscritos, por ende, al tratarse de una norma especial, debe prevalecer sobre la norma general del artículo 2510. Sostener lo contrario implicaría vulnerar el artículo 13 del Código Civil, que establece el principio de especialidad.

La Corte Suprema adhiere a esta postura mayoritaria al decir, en un fallo de fecha 14 de julio de 2008, que "*atendida la razonabilidad de los argumentos que sustentan esta posición doctrinaria y siendo dicha interpretación aquella que más coincide con los postulados normativos generales y especiales relativos a la propiedad inscrita, esta Corte ha adherido en anteriores dictámenes, y lo hace también en éste, a la opinión que afirma que contra un título inscrito no puede*

⁵⁰ Vial del Río, año 2009, p. 210.

⁵¹ Claro Solar, año 1950, p. 571.

*prescribirse ordinaria ni extraordinariamente, sino en virtud de otro título inscrito (causa rol ingreso 1.47606, sentencia de once de diciembre de 2007; causa rol ingreso N° 3.804 2005, sentencia de diecisiete de octubre de 2006; causa rol ingreso N° 2.530 2004, sentencia de doce de octubre de 2006; causa rol ingreso N° 4.183 1999, sentencia de veintiséis de septiembre de 2000)*⁵².

7. En lo que respecta a la pérdida de la posesión de los inmuebles inscritos, el artículo 728 indica taxativamente cuál es la forma de ponerle fin

a. Por voluntad de las partes:

El artículo 728 se refiere a la "voluntad de las partes", con lo cual alude a una convención, en virtud de la cual las partes, de mutuo acuerdo, deciden cancelar una inscripción que se ha efectuado a nombre de una de ellas, descartándose, por lo tanto, que se trate de una declaración unilateral del titular de la inscripción. En el fondo lo que las partes otorgan es una resciliación del contrato, la que deberá perfeccionarse mediante escritura pública, y luego ser presentada ante el Conservador de Bienes Raíces respectivo, quien procederá a practicar la correspondiente cancelación. También suele darse como ejemplo aquellos casos en que las partes celebran una transacción, caso en el cual habrá que analizar la situación del artículo 704 del Código Civil y evitar que la transacción opere como título traslativo, porque en ese evento estaremos en otro de los casos regulados en el artículo 728 del Código Civil.

b. Por decreto judicial:

Se produce toda vez que en un litigio el juez declara que el verdadero dueño no es el poseedor inscrito y, por lo tanto, le ordena al Conservador de Bienes Raíces cancelar la inscripción que figura a nombre del falso propietario. Estas cancelaciones se hacen materialmente mediante una subinscripción, de acuerdo a lo establecido en los artículos 79 y 91 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Se suele colocar como ejemplo "*el dueño de un inmueble que otro posee y que entabla en contra de éste una acción reivindicatoria, junto con solicitar al juez la restitución del inmueble pide que se cancele la inscripción que el poseedor había efectuado en el Registro del Conservador de Bienes Raíces. Una vez que el reivindicante obtiene una sentencia a su favor, presenta al Conservador una copia de la sentencia que dispone la cancelación, la que éste efectúa*"⁵³.

⁵² Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 14 de julio de 2008, Rol 1789-2007, en la causa caratulada "Véliz Rodríguez, Uido, con Sabioncello Corral, Antonio Eduardo".

⁵³ Vial del Río, año 2009, p. 190

c. Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otra persona:

Es el caso de mayor ocurrencia práctica, y se produce toda vez que una persona, que es dueña de un inmueble inscrito, celebra con la otra un contrato que constituye un título traslativo de dominio y esta segunda persona, a su turno, inscribe el inmueble a su nombre para efectuar la tradición. *"Esta cancelación no es material, sino virtual y se produce en forma automática por el hecho de que el poseedor inscrito transfiera a otra persona su derecho: simultáneamente con efectuarse la tradición, mediante la inscripción a favor del comprador, queda cancelada la inscripción anterior"*⁵⁴. Esta forma de cancelación de la posesión inscrita produce ciertos problemas que analizaremos a continuación:

¿Se produce la pérdida de la posesión cuando el predio es arrebatado materialmente pero se conserva la inscripción?

La jurisprudencia y la doctrina se han preguntado si se produce la pérdida de la posesión cuando el predio es arrebatado materialmente, pero conservándose la inscripción. La interrogante surge a raíz de los requisitos que deben concurrir para poder dar lugar a una acción reivindicatoria, pues para ello es necesario, dentro de otros supuestos, que el actor esté privado de la posesión, es decir, que esté desposeído precisamente porque quien detenta la posesión es el demandado.

Sobre el particular, la Corte Suprema, en un fallo de fecha 13 de abril de 2011, ha sostenido que *"A fin de verificar la concurrencia o falta del presupuesto de la posesión del demandado –respecto de la acción reivindicatoria–, debe tenerse en consideración que tratándose de bienes inmuebles, esta pérdida de posesión puede producirse por la privación de la posesión inscrita solamente, conservándose la posesión material; por la pérdida de la posesión material, conservándose la posesión inscrita; o por carencia tanto de la posesión inscrita como de la material. En el sentido que se viene analizando y que dice relación con el caso sub lite, cabe concluir que la posesión respecto de un inmueble inscrito debe ser entendida para efectos de la acción reivindicatoria, como la tenencia material del demandado respecto del predio sobre el cual recaen los derechos que se pretenden reivindicar y que, por su parte, la posesión únicamente se adquirirá mediante la correspondiente inscripción en el pertinente registro conservatorio"*⁵⁵.

⁵⁴ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005 p. 419.

⁵⁵ Sentencia pronunciada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 13 de abril de 2011, Rol 2341-2011, considerando 11º, en los autos caratulados "Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones Sierra Verde Ltda. con Alfaro Santander, Juan Carlos".

De esta manera la jurisprudencia sostiene que no hay inconveniente en ejercer la acción reivindicatoria si se ha perdido la posesión material, pero se conserva la inscripción, pues es este elemento de la posesión –el corpus– el que se pretende recuperar mediante el ejercicio de dicha acción. El profesor Daniel Peñailillo Arévalo estima que *"En una actitud intermedia, se ha planteado que no obstante tener posesión inscrita, al privarse al dueño de la tenencia material, se lo ha privado de una parte integrante de la posesión, su fase material, y que en tal caso procede reivindicar, al no ser íntegramente poseedor"*⁵⁶.

¿Produce el título injusto la cancelación de la inscripción anterior?

Digamos que los títulos injustos están taxativamente enumerados en el artículo 704 del Código Civil. En un principio, nuestra Corte Suprema estimó, en un fallo de 28 de diciembre de 1907, que los títulos injustos no tenían la virtud de cancelar la inscripción del poseedor anterior, pues no se habría transferido el respectivo derecho en los términos del artículo 728. Más tarde, la jurisprudencia cambió de parecer y sostuvo lo contrario, es decir, que un título injusto permitiría cancelar la posesión inscrita. Los argumentos para pensar de esta manera se repiten y se agrupan por parte de la doctrina de la siguiente manera⁵⁷:

- (i) Si de acuerdo con el artículo 2510 N° 1 es posible prescribir extraordinariamente sin título alguno, con mayor razón se podrá prescribir con un título injusto.
- (ii) Los artículos 728 y 2505, que se refieren a la cancelación de la posesión inscrita en virtud de otro título, no distinguen entre títulos justos o injustos, y por ende donde el legislador no distingue no es lícito al intérprete distinguir.
- (iii) El mismo Código Civil en el artículo 730 contempla la posibilidad de cancelar la posesión mediante un título injusto, que es aquel que deriva del usurpador.

No podemos sino estar de acuerdo con el profesor Víctor Vial del Río, en el sentido que la pregunta anterior está estrechamente relacionada con la necesidad de responder otra interrogante **¿Debe necesariamente la nueva inscripción estar vinculada o provenir del poseedor anterior para tener la virtud de cancelar la posesión inscrita?**

En principio, digamos que para cancelar el título que ampara la posesión inscrita es necesario que la nueva inscripción esté vinculada con la del poseedor

⁵⁶ Peñailillo, año 2010, p. 513.

⁵⁷ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 419.

anterior. En efecto, si el Conservador de Bienes Raíces recibe, por ejemplo, una escritura pública de compraventa y se percata que de acuerdo a sus registros quien transfiere la propiedad no es quien figura como poseedor actual, procederá a rechazar dicha inscripción. Pero es perfectamente posible, y en el hecho ocurre, que producto de escrituras falsificadas el Conservador no alcance a advertir que se trata de una persona distinta, o que el individuo que aparece enajenando el inmueble no tiene las facultades para hacerlo.

Por lo anterior, y para concordar con la postura de que un título injusto, ya sea falsificado o conferido por quien no tiene derecho para ello, permite cancelar la posesión, debemos concluir que la inscripción posterior debe estar vinculada con la del verdadero poseedor para producir la cancelación de la posesión al menos aparentemente.

"En relación con este tema, que ha sido objeto de discusión y que ha motivado la dictación de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se inclinan por la tesis de que sólo la nueva inscripción que procede realmente del titular anterior cancela la anterior o por la tesis de que también la cancela la que procede de un título falsificado u otorgado por una persona sin poder de representación, se ha ido uniformando la opinión de que para que la nueva inscripción cancele la anterior debe provenir, a lo menos aparentemente, del poseedor a nombre de quien figura esta última"⁵⁸. Apoyamos esta tesis, en el sentido que el nuevo poseedor debe derivar su título al menos aparentemente del poseedor inscrito, "por lo mismo, si ni siquiera se da esa apariencia y el Conservador practica la nueva inscripción, ésta se presenta en absoluto desligada o desvinculada de la anterior, por lo cual no cabe sino concluir que no la cancela"⁵⁹. Por lo demás, la posesión inscrita sólo puede cancelarse por alguna de las formas que establece el artículo 728 de nuestro Código Civil.

Para que el poseedor aparente que ha logrado efectuar la inscripción pueda llegar a adquirir el dominio por prescripción extraordinaria, pues su posesión será de todos modos irregular, es necesario que la inscripción vaya acompañada de la entrega material, y en este punto el supuesto se complica, pues es muy poco probable que el primer poseedor a quien se le ha cancelado su posesión no se percate en el transcurso del tiempo que otro ha entrado en su finca, y ejerza, por lo tanto, las acciones necesarias para defenderse. A mayor abundamiento, el profesor Víctor Vial señala *"Como lo he mencionado antes, para que opere la prescripción no basta que se tenga la posesión de la cosa, sino que es imprescindible, además, el ejercicio de actos posesorios, pues son éstos los que permiten enterarse de la posesión a la persona que tiene derecho a oponerse a ella. Así, la posesión que solamente se funda en la inscripción y que no va aparejada de la ejecución de actos posesorios es inútil"⁶⁰.*

⁵⁸ Vial del Río, año 2009, p. 188.

⁵⁹ Vial del Río, año 2009 p. 189.

⁶⁰ Vial del Río, año 2009, p. 189.

Lo anterior no puede dejar de relacionarse con lo dispuesto en el artículo 683 del Código Civil, según el cual "*La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho*". De esta manera, una enajenación en que el tradente no es dueño de la cosa que transfiere, no adolece de nulidad, pues no hay ninguna norma que así lo disponga, lo que ocurre es que la tradición no va a producir los efectos que le son propios, pues nadie puede transferir más derechos de los que tiene, pero sí va a colocar al adquirente en la calidad de poseedor y, cumpliéndose con los demás requisitos legales, podrá llegar a adquirir el dominio por prescripción.

Más aún, como lo ha señalado nuestra jurisprudencia, la circunstancia de que se venda una cosa ajena no le da a la compraventa la calidad de un título injusto, puesto que el artículo 1815 del Código Civil señala que la venta de cosa ajena es válida, y por otra parte el artículo 704 no la enumera dentro de los títulos injustos, de manera tal que el adquirente principia una posesión que le permite llegar a adquirir el dominio por prescripción. Es por ello que determinar en estos casos si se trata de una posesión regular o irregular dependerá más bien de la buena o mala fe con que se adquiriera la cosa por parte del tercero.

Significado de la expresión "competente inscripción" del artículo 730 inciso segundo:

El artículo 730 inciso segundo dispone: "*Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción*". Esta norma ha dado lugar a grandes despliegues intelectuales por parte de la doctrina para lograr explicar cuál es su verdadero alcance y qué es lo que realmente debe entenderse por la expresión "competente inscripción".

Nuevamente nos encontramos con una norma que refleja que la inscripción es garantía de la posesión: "*La inscripción ampara la posesión aun contra el tercero que de buena fe adquiere la cosa de quien se da por dueño de ella desconociendo los derechos de la persona a cuyo nombre la tiene; ese tercero no adquiere la posesión, ni al tomar la cosa con ánimo de dueño pone término a la posesión del poseedor inscrito*"⁶¹. Se trata de una norma que viene a confirmar lo dispuesto en el artículo 728, la posesión se mantiene mientras subsista la inscripción, por lo tanto, el tercero sólo podrá comenzar a poseer en la medida que cuente con una competente inscripción.

Pero ¿qué debe entenderse por la expresión competente inscripción? Existen dos posturas al respecto.

⁶¹ Claro Solar, año 1950, p. 561.

Una primera tesis interpreta que la expresión "competente inscripción" del artículo 730 es aquella que emana del verdadero poseedor, aunque sea de manera aparente. Para ellos, sólo la inscripción que proviene del poseedor anterior tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior, pues es la única capaz de transferir el respectivo derecho. Por lo demás, agregan estos autores *"Sólo considerando como competente inscripción la que emana del poseedor inscrito anterior se puede mantener la continuidad de la propiedad inscrita y la cadena eslabonada de las inscripciones"*⁶². En relación con lo anterior no debe olvidarse que el artículo 692 del Código Civil dispone que: *"Siempre que se transfiera un derecho que ha sido antes inscrito, se mencionará la precedente inscripción en la nueva"*, esta norma se complementa con el artículo 80 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces al decir: *"Siempre que se transfiera un derecho antes inscrito, se mencionará en la nueva, al tiempo de designar el inmueble, la precedente inscripción, citándose el Registro, folio y número de ella"*.

Para quienes son seguidores de esta interpretación, no deja de ser una dificultad el artículo 730 del Código Civil, pues el mismo permite que la posesión se cancele precisamente cuando el título no proviene del poseedor anterior sino del usurpador, que además enajena la cosa a su propio nombre, con lo cual no podría darse, ni aun en apariencia, que las inscripciones se encuentren ligadas entre sí. Para salvar esta contradicción, distinguen distintas situaciones a las cuales estaría referida dicha norma, las que bien agrupa el profesor Arturo Alessandri Rodríguez⁶³:

- (i) Lo que ocurre en esta primera hipótesis es que el poseedor inscrito ratifica la venta que hace el usurpador de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1818 del Código Civil: *"La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta"*.
- (ii) El artículo 730 se aplicaría a aquellos casos en que se valida retroactivamente la venta cuando el usurpador después de haber enajenado la cosa a su propio nombre adquiere el dominio de la misma, lo que por lo demás estaría contemplado en nuestro propio Código Civil en sus artículos 682 inciso 2° y 1819.
- (iii) Si bien señalan que la enajenación que hace el usurpador a su propio nombre da lugar a la inscripción de un título injusto que tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior, ello no impide *"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"*⁶⁴.

⁶² Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 421.

⁶³ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 421.

⁶⁴ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 421.

Para otro grupo de autores, *"la competente inscripción de que habla el inciso 2° del artículo 730 no puede ser otra que la que se efectúa con las solemnidades legales por el funcionario competente, en el Conservador del Departamento de la ubicación del inmueble que se transfiere. La nueva inscripción así practicada tiene la virtud de cancelar la inscripción anterior que existe sobre la misma propiedad"*⁶⁵. Agregan estos autores que admitir que la inscripción competente es la que emana del poseedor anterior es desconocer el verdadero sentido del artículo 730. Cuando un poseedor inscrito transfiere su derecho a otro en virtud de una nueva inscripción nos encontramos en la situación descrita en el artículo 728, y en el caso del artículo 730 es el usurpador quien enajena la cosa a su propio nombre, se trata de situaciones que son distintas. Sostener lo contrario, arguyen, es negarle toda aplicación al artículo 730 y afirmar que se trataría de una norma redundante.

Agregan, además, que si la inscripción para ser competente debe necesariamente provenir del poseedor anterior, el artículo 2505 no tendría ningún sentido, pues para que haya prescripción en contra de un título inscrito es necesario que se posea en contra del dueño, y el dueño habría perdido tal calidad al transferir su derecho a un tercero. Por lo demás, señalan que el artículo 2505 no exige que la inscripción provenga del poseedor anterior.

El artículo 730 contempla precisamente el caso en que el usurpador enajene la cosa a su propio nombre. En esta situación, si el adquirente no logra inscribir su título en el Conservador de Bienes Raíces, entonces el anterior poseedor conserva su posesión, pero, por el contrario, si el adquirente logra inscribir su título pone fin a la posesión anterior y, por lo tanto, podrá llegar a adquirir el dominio por prescripción de conformidad al artículo 2505. Se trata en todo caso de una norma de carácter excepcional, y su interpretación debe hacerse de manera restrictiva.

Por su parte, la Excelentísima Corte Suprema en un fallo de fecha 31 de agosto de 2010, por medio del cual se rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandada, reflexionó acerca de lo que debe entenderse por la expresión competente inscripción, y señaló: *"Con todo, resulta pertinente profundizar en la tesis jurídica de fondo del discurso basal de la nulidad. Como en la inscripción de la demandada no se menciona la precedente inscripción, por su registro, folio y número –se nos dice– el título inscrito a su nombre no le habría transferido la posesión del respectivo derecho, por aplicación de los mandatos que se dan por vulnerados. Sobre el particular, la sentencia razona en el sentido de reconocer que el título de los demandados no procede de los poseedores anteriores y también acepta que su inscripción no habría cancelado la anterior, a nombre de los actores, en los términos del artículo 728 del Código Civil. Pero añade que*

⁶⁵ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 422.

esta última carece de mérito posesorio: sería sólo una inscripción de papel, vacía, que no podría prevalecer ante la evidencia de ostentar los demandados y actores reconventionales la tenencia material de los predios en discusión, ya desde 1982 (considerandos 5° y 6° del pronunciamiento de segunda instancia).

El desarrollo aludido se concilia con la posición sustentada en la doctrina más autorizada. En efecto, el examen del artículo 728 no puede dissociarse de lo estatuido en el artículo 730, inciso 2°, ambos del Código Civil. Éste consigna que si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

Si bien el alcance de la expresión competente inscripción ha sido debatido, de lo cual se hace cargo el fallo de alzada, en su cavilación 4ª, el sentenciador discurre acerca de la procedencia de la tesis apoyada en doctrina por CLARO SOLAR y a la que adhieren, entre otros, SOMARRIVA y CLARO VIAL. Según ésta, competente inscripción es simplemente la que reúne los requisitos de la ley y del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, aunque se encuentre desligada real y aparentemente de la anterior, con tal que vaya acompañada de la tenencia material de la cosa a que se refiere el título inscrito. Siempre en esta perspectiva, la competente inscripción no puede ser la que emane del poseedor inscrito, pues ese caso lo considera el artículo 728, y no es dable suponer semejante redundancia.

Para reforzar su punto de vista, agregan sus partidarios que la inteligencia asumida es la única conciliable con el artículo 2505, que consagra la prescripción contra título inscrito en virtud de una nueva inscripción, que bien podría no emanar del poseedor inscrito anterior, sino de un tercero que enajena como propio un inmueble y hace entrega material al adquirente que inscribe su título de enajenación.

En consecuencia, las inscripciones presuntamente viciadas no son tales, desde que no existen dudas de que los predios individualizados en el libelo como 20 y 21 del predio El Roble de Vichiculén, con inscripciones vigentes paralelas a favor de ambas partes de este juicio, se encuentran en posesión material de la demandada desde 1982 e inscritas en el pertinente Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, al cabo de la compra que de ellos hizo a doña Mireya Devia Valenzuela, adjudicataria de esos bienes en la liquidación de la sociedad conyugal habida con su cónyuge don Hugo Federico Correa Soto Aguilar, ese mismo año, la que se inscribió en 1992 y que, para los efectos que interesa, ha de ser evaluada como la competente inscripción, que habilita a esa parte para adquirir por prescripción⁶⁶.

⁶⁶ Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 31 de agosto de 2010, Rol 4819-2008, en los autos caratulado "Arévalo López, Ismael Segundo, con Agrícola Inmobiliaria Montolín S.A.".

Interesante resulta el fallo en comento, pues si bien reconoce que el título de los demandados no proviene de los poseedores inscritos anteriores, vale decir, de los demandantes, acogiendo la postura de la inscripción-garantía, sostiene que la inscripción de los actores sería una inscripción de papel, puesto que la posesión material de los sitios disputados la detentan los demandados desde 1982, hecho que además se solemniza con la inscripción, y por lo tanto les permite adquirir el dominio por prescripción. En dicho fallo se acoge la postura de que la competente inscripción es aquella que se hace por el respectivo Conservador de Bienes Raíces, cumpliendo con las formalidades legales, lo que nos parece correcto si, además, se atiende a lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio.

En otro fallo dictado, esta vez, por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, se confirmó la sentencia apelada, que había rechazado la demanda principal y reconvencional de prescripción adquisitiva. En estos casos la Corte llega a la conclusión que el antecesor en el dominio de los demandados, en este caso el Fisco, no era dueño del 100% de los derechos sobre la propiedad enajenada, sino que solamente sobre un 50%, de manera tal que, en cuanto al 50% de los derechos restantes se establece que lo que hay es una venta de cosa ajena, y por ello añade el tribunal de alzada "*...pero sin embargo de esta irregularidad, es el parecer de esta Corte que de acuerdo a la interpretación que debe darse al artículo 730 del Código Civil al practicarse la inscripción en referencia se perdió o canceló la posesión por todos los anteriores titulares de inscripción respecto del inmueble y se adquirió por el Fisco, ya que debe estimarse que el vendedor forzado del inmueble, señor Rivera Peragallo (representado por el juez), se dio por dueño de toda la cosa y la enajenó al Fisco, luego de lo cual se hizo a nombre de este último una inscripción en el Registro de Propiedad que correspondía de acuerdo a la ubicación del inmueble, procediéndose al hacerlo de la manera que la ley determina, inscripción que debe estimarse que es "la competente inscripción" a que se refiere el artículo citado en su inciso segundo, norma que claramente está aludiendo a la enajenación que practica un mero tenedor que no es el poseedor del bien y que debe interpretarse armónicamente con lo que dice el artículo 1815 del Código Civil, regla esta última que admite que los derechos del dueño en el caso de venta de cosa ajena pueden verse afectados por la prescripción y para que ello suceda es indiscutible que el comprador debe haber tenido la posesión de la cosa, lo que hace necesaria la práctica de una inscripción a su nombre. Concordante con esto, vale decir, con admitir que puede venderse cosa ajena y practicarse a continuación la inscripción de tal venta a nombre del comprador en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo, aparece también la norma del artículo 14 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, que admite que un fundo que según el título que se presenta al Conservador figure vendido por alguien que no es su dueño o actual poseedor, puede inscribirse, pero previo cumplimiento de la exigencia de poner en conocimiento en forma judicial tal pretensión de inscripción a quienes pueda perjudicar la anotación. Pero sin*

*embargo de todo lo anterior, debe dejarse en claro en concepto de estos sentenciadores, que la posesión mediante la competente inscripción, antes citada, no puede concebirse en términos irrestrictos y apartándose totalmente de la realidad de quienes detentaban materialmente y amparados por títulos inscritos, numerosos sectores del extenso inmueble..."*⁶⁷. Continúa el fallo señalando que la inscripción del Fisco así como la de sus antecesores sólo pudieron conferir la posesión que habilitara para prescribir respecto de aquellos terrenos que se encontraban en situación de abandono respecto de su tenencia material, y que por lo tanto en las inscripciones a nombre del demandado falta un elemento esencial de la posesión, como es el corpus, "*resultando de esta manera que tales inscripciones no han sido constitutivas de posesión completa y por tanto no han podido servir para adquirir el dominio por prescripción, quedando a salvo de esta manera personas que estaban en la posesión inscrita y material tranquila de sus inmuebles del despojo de que pudieran ser objeto por parte de un titular de inscripción una vez que éste hubiera completado el tiempo necesario para adquirir por prescripción. Es nuestro parecer que la tenencia material, o entrega material de los inmuebles a los adquirentes, debe ser considerada, lo que toma por fundamento aparte de la definición misma del artículo 700 del Código Civil, numerosas otras normas del mismo Código, como ocurre entre otros con los artículos 1824, 1826, 1828, 1831, 1832 y 1833"*⁶⁸.

Situación de las inscripciones de papel:

La cuestión está en resolver si las inscripciones de papel son idóneas para adquirir la posesión y por lo tanto para cancelar la posesión anterior.

Las inscripciones de "papel" son aquellas que si bien cumplen con los requisitos del Registro, no tienen relación con la realidad, porque no concurre el corpus ni el animus, que son los elementos esenciales de toda posesión. Para determinar si este tipo de inscripciones tiene la virtud de cancelar la posesión es necesario volver sobre las teorías que mencionábamos respecto a lo que representa la inscripción.

Para quienes siguen la postura de la inscripción-garantía esta clase de inscripciones no permite adquirir la posesión, pues se trata de bienes que nunca se han poseído materialmente. "*La inscripción es en el fondo solemnidad de un hecho, asegura la posesión; de suerte que faltando el hecho de la posesión, nada solemniza*

⁶⁷ Sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de 16 de marzo de 2004, Rol, 28.965, en los autos caratulado "Compte Diango, Santiago, con Carnegie Institution of Washigton y Fisco".

⁶⁸ Sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, de 16 de marzo de 2004, Rol, 28.965, en el proceso caratulado "Compte Diango, Santiago, con Carnegie Institution of Washigton y Fisco".

ni asegura."⁶⁹ De acuerdo a esta tesis, no puede adquirirse la posesión ni cancelarse la anterior si no se reúnen en la realidad ambos elementos constitutivos de la posesión. Aun más, para el profesor Víctor Vial, una inscripción por sí sola no basta para adquirir la posesión y por ende el dominio por prescripción, para ello, es fundamental que vaya acompañada del ejercicio de actos posesorios.

Apoya la tesis anterior un fallo dictado por la Corte Suprema, de fecha 12 de enero de 2011, que en su considerando undécimo dispone: "*Que de lo expuesto precedentemente se concluye que la inscripción efectuada a favor de Empresa Monteverde S.A. es lo que en doctrina se denomina "inscripción de papel", porque se refiere a un bien que nunca ha poseído y que conforma una simple anotación en el registro del Conservador de Bienes Raíces, no respondiendo a una realidad posesoria. "El concepto de posesión denota un estado de hecho que se apoya en la realidad de la tenencia de una cosa" (RDJ, t. 78, sección 2ª, p. 138). La inscripción conservatoria es un símbolo de posesión, pero no puede tenerse en pie si le falta el cuerpo que debe sostenerla, y ese cuerpo es el hecho de la posesión" (Jorge Herrera Silva, Nuestro sistema posesorio inscrito, Editorial Nascimento, 1936, p. 167). Ello se colige de la definición del artículo 700 del Código Civil, que preceptúa que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño. Y si bien la posesión inscrita constituye una modalidad peculiar de la posesión, lo cierto es que ella no puede liberarse por entero de este criterio. Es necesario, en consecuencia, que la nueva inscripción vaya acompañada de la tenencia real del inmueble para que confiera posesión. De esta forma, el poseedor inscrito anterior que primero pierde la tenencia del inmueble, pierde la posesión desde que se verifica la inscripción a nombre de la persona que ejerce el poder de hecho sobre la cosa*"⁷⁰.

Para los seguidores de la tesis que sostiene que la inscripción es una ficción de la posesión, y que por lo tanto la misma hace presumir de derecho que se reúne tanto el corpus como el animus, estas inscripciones de papel cancelarían la inscripción anterior y por lo mismo permitirían llegar a adquirir el dominio por prescripción, aun cuando no se cuente materialmente con el bien.

Concordamos con la opinión del profesor Víctor Vial, en el sentido que para que la inscripción tenga la virtud de otorgar la posesión debe ir acompañada de la entrega material, pues son precisamente los actos posesorios los que permiten al dueño darse cuenta que otro ha entrado en posesión. Sostener la tesis contraria implicaría que los poseedores inscritos debieran estar constantemente revisando que otro no haya inscrito un título sobre su mismo inmueble, lo que significaría que la inscripción dejaría de ser una garantía de la posesión.

⁶⁹ Urrutia Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXI p. 12.

⁷⁰ Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 12 de enero de 2011, en los autos caratulados "Empresa Monte Verde S.A. con Valenzuela González, Miguel Luis Emiliano".

8. La inscripción como prueba de la posesión

Materia de largo debate por parte de la doctrina ha sido lo referente a la prueba de la posesión en virtud de lo dispuesto en los artículos 924 y 925 del Código Civil, que, no obstante estar ubicados dentro de los interdictos posesorios, son aplicables a todos aquellos casos en que deba probarse la posesión, siendo de suma importancia, si se tiene en consideración la presunción del artículo 700, que dispone que el poseedor es reputado dueño.

La interpretación de estas normas, en especial al tratar de conciliarlas, ha dado lugar a la elaboración de una serie de teorías respecto de su aplicación y alcance.

El artículo 924 dispone: *"La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla"*. Esta norma ha dado lugar a diversas interpretaciones. Si bien se establece que se trata de una presunción de derecho, hay quienes estiman que estamos en presencia de una presunción absoluta y, por lo tanto, *"el título inscrito no admite en contra la prueba que emana de los hechos positivos a que se refiere el artículo 925, y tampoco la de otra inscripción relativa al mismo inmueble"*⁷¹. En este sentido don Humberto Trucco señala: *"Por consiguiente, nuestro aserto es inmovible: no puede admitirse otra prueba de la posesión, tratándose de inmuebles inscritos, que la referida inscripción; y si de hecho se admitiese, sería contrariar abiertamente el tenor literal y el espíritu del citado artículo 924"*⁷².

Para otros autores, entre los cuales destaca el profesor Luis Claro Solar, la presunción no es absoluta, pues admite que se pueda contraponer a la inscripción otro título inscrito relativo al mismo inmueble y por ello señala: *"Mas es evidente que si dos personas hubieran inscrito títulos diferentes sobre el mismo predio, la una podría oponer a la otra su posesión inscrita, o más bien, podrían invocar una en contra de la otra su inscripción de más de un año, para resistir la querella posesoria instaurada en su contra; y en tal caso aquel que tenía en su poder el inmueble objeto de la querella debería ser amparado en el juicio posesorio"*⁷³.

Por su parte el artículo 925 establece: *"Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión"*.

⁷¹ Alessandri, Somarriva, Vodanovic, año 2005, p. 348,

⁷² Trucco, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII, p. 135.

⁷³ Claro Solar, año 1950, p. 586.

De esta manera surge la interrogante ¿Cuándo debe aplicarse cada uno de estos artículos? Se ha sostenido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia que el artículo 924 dice relación con la prueba de la posesión inscrita, mientras que el artículo 925 se refiere a la prueba de la posesión material.

Varios autores rechazan tajantemente esta distinción. Así, por ejemplo, don Humberto Trucco señala: "*En efecto, dentro del Código, es perfectamente inaceptable una distinción entre posesión material y posesión inscrita, porque es requisito esencial a toda posesión, como ya lo hemos visto, la existencia del elemento externo o material de apoderamiento, tenencia o aprensión de la cosa, unido al elemento interno de ánimo del señor o dueño*"⁷⁴. De esta manera, para estos autores el artículo 925 se aplica para probar la posesión de los inmuebles no inscritos, mientras que el artículo 924 se aplica para probar la posesión de los inmuebles inscritos.

Hay otro grupo de autores que entienden que el artículo 924 se aplica para probar solamente la posesión de los derechos reales constituidos sobre inmuebles, con excepción de la posesión del dominio, pues para ello se aplicaría el artículo 925, que se refiere a la prueba de la posesión del suelo, ya sea que se trate de inmuebles inscritos o no.

El profesor Víctor Vial nos ofrece otra interpretación respecto a estas normas, señalando que con posterioridad a la entrada en vigencia de nuestro Código Civil el que quiera probar la posesión de un inmueble, inscrito o no, debe hacerlo mediante la inscripción, como lo dispone el artículo 924: "*ello surge como una lógica consecuencia de que sin inscripción no se adquiere posesión, por lo que si la primera falta, mal puede probarse por otro medio lo que no se tiene*"⁷⁵. Continúa señalando que no será necesaria la inscripción como prueba de la posesión cuando la tradición se haya efectuado antes de la entrada en vigencia de nuestro Código, o bien cuando la posesión se ha adquirido por un título que no requiere de inscripción; en estos casos, bastará con acreditar que se tienen el corpus y el animus.

En lo que respecta al artículo 925, el profesor Víctor Vial es de la idea que la norma debe interpretarse en armonía con los principios de la prescripción adquisitiva, pues para que opere este modo de adquirir el dominio no sería suficiente la posesión, sino que ella debe ir acompañada de actos públicos y notorios de quien se pretende dueño, para advertir de esta manera a quienes tengan derecho a oponerse a ellos.

⁷⁴ Trucco, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita, dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VI, p. 136.

⁷⁵ Vial del Río, año 2009, p. 199.

No obstante las posturas anteriores, hoy en día la doctrina y la jurisprudencia admiten que el artículo 925 se aplica también a ciertos casos de inmuebles inscritos, como por ejemplo, en aquellas situaciones en que existan inscripciones paralelas o cuando existen las llamadas inscripciones de papel y en los casos en que los deslindes de un inmueble aparecen confundidos, entre otros.

Especial importancia práctica tienen aquellos casos en que existen inscripciones paralelas respecto de un mismo inmueble, originándose, como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, cuando aparecen dos inscripciones aparentemente vigentes respecto de un mismo inmueble sin que ninguna de ellas haya sido cancelada. En efecto, tratándose del caso en que existen inscripciones paralelas sobre un mismo inmueble, la Corte de Apelaciones de Concepción, en un fallo en que la Corte Suprema rechazó los recursos de casación interpuestos, sostuvo, en lo pertinente: *"Que lo anterior conduce necesariamente a sostener la existencia de inscripciones conservatorias paralelas provenientes de cadenas de títulos independientes, correspondiendo, de esta forma, verificar mediante un análisis de eficacia jurídica comparativa y decidir quién tiene mejor derecho a poseer el retazo de terreno disputado, pues como la posesión es exclusiva o singular, la decisión judicial de prevalencia de una sobre la otra, implica que la cadena de títulos inscritos que triunfa en razón de su mejor derecho a poseer es la única y excluyente poseedora inscrita.*

*Que, planteada así la controversia, y en aras de una búsqueda justa de solución, deberán examinarse los títulos en que las partes apoyan sus pretensiones y ver la fortaleza jurídica de una u otra inscripción, como asimismo analizar la prueba que las partes ofrecieron a objeto de demostrar quién de ellos reúne los elementos fundamentales de la posesión. De tal suerte; será considerado dueño aquel que invoque una cadena registral más antigua y limpia, como aquel que agregue a esa inscripción la tenencia material del inmueble, conforme el artículo 925 del Código Civil, o sea, por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio"*⁷⁶.

En este mismo sentido se pronunció también la Excelentísima Corte Suprema en un fallo de fecha 12 de enero de 2011, sosteniendo en su considerando noveno *"Que a fin de resolver la controversia, esta Corte coincide con la reflexión contenida en el considerando decimonoveno de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones, al establecer que "se debe recurrir a la prueba de la posesión integral del inmueble, esto es, la posesión material e inscripción registral vigente, por lo tanto, contando ambas partes con inscripción, debe ser preferido aquel título que representa una realidad posesoria material efectiva, manifestada por actos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio"*.⁷⁷

⁷⁶ Sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 2 de junio de 2009, Rol N° 1.337-2007, en los autos caratulados "Sabino Terroba, Gil, con Bosque Arauco S.A".

⁷⁷ Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 12 de enero de 2011, en la causa caratulada "Empresa Monte Verde S.A. con Valenzuela González, Miguel Luis Emiliano, Rol 507-2006.

Interesante resulta destacar que el hecho de que el demandado tenga la posesión material del inmueble se confirma con la circunstancia de que el actor ejerza una acción reivindicatoria en su contra, pues con ello reconoce que ha perdido la posesión y que es el demandado precisamente quien la detenta.

Otro criterio sostuvo nuestra Excelentísima Corte Suprema en un fallo de 25 de octubre de 2010. En dicho litigio ocurrió que los demandantes, que individualizaremos como la sucesión "Villaruel Muñoz", ejercieron una acción reivindicatoria en contra de la Importadora Imco Limitada, para obtener la restitución de las 3/5 partes de un inmueble que sostuvieron haber adquirido por sucesión por causa de muerte tras el fallecimiento de su madre doña Magdalena Muñoz Sepúlveda, quien a su vez lo había adquirido mediante adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal habida con don Juan Enrique Villaruel, padre de los demandantes. Para acreditar lo anterior acompañaron como prueba documental, copia de la inscripción especial de herencia de fecha 31 de marzo de 1983, y copia de la inscripción de la escritura pública de adjudicación de fecha 30 de abril de 1974.

El demandado, por su parte, esgrimió como defensa que la acción reivindicatoria se encontraba prescrita, oponiendo además la excepción de prescripción adquisitiva, para lo cual invocó una inscripción a su nombre sobre el mismo inmueble del año 1984; inscripción que se habría originado en virtud de un contrato de compraventa celebrado entre el demandado y el padre de los demandantes. Por otra parte, Importadora Imco Limitada, acreditó que eran ellos quienes detentaban la posesión material del inmueble disputado.

Frente a estos hechos la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción aplicó el criterio que hemos señalado anteriormente, vale decir, que frente a dos inscripciones sobre el mismo inmueble debe preferirse a quien detente la posesión material del mismo, pues de lo contrario la inscripción nada representa. Nuestra Corte Suprema, conociendo del recurso de casación en el fondo, anuló la decisión de la Corte de Apelaciones, y llegó a la conclusión que la compraventa celebrada entre la Importadora Imco Limitada y el padre de los demandantes constituía una venta de cosa ajena, pues a lo más podría el vendedor –en este caso padre de los demandantes– haber transferido su cuota, pero no la totalidad del inmueble, el cual no le pertenecía íntegramente. Agregó además el tribunal de casación en su considerando octavo: "*De lo expresado, fluye con claridad que, aun en una hipótesis de inscripciones que convergen sobre un bien raíz determinado a nombre de diversos titulares y, aunque sea un hecho que la posesión material la ejerce sólo uno de ellos, habrá, todavía, que averiguar en sus antecedentes la posesión previa que, como en el presente caso, alegaron los demandantes, en la mano de la causante de quien adquirieron por sucesión por causa de muerte*"⁷⁸.

⁷⁸ Sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 25 de octubre de 2010, Rol 3194-2009, caratulado "Villaruel Muñoz y otros con Importadora Imco Limitada".

En el fallo en comento, la Corte Suprema anula la decisión de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, al sostener que no basta para dirimir el conflicto entre dos inscripciones paralelas sobre un mismo inmueble, poner el hincapié en el corpus, sino que por el contrario debe indagarse la antigüedad de los títulos y los antecesores en el dominio de quienes derivan sus derechos las partes, para poder así determinar cuál de ellas tiene mejor derecho sobre el inmueble en cuestión.

Así, podemos concluir que la jurisprudencia mayoritaria está de acuerdo en que en caso de inscripciones paralelas debe prevalecer aquella que vaya acompañada de la tenencia material del inmueble, es decir, no sólo se acoge la teoría de la inscripción-garantía, sino que además es perfectamente aplicable el artículo 925 de nuestro Código Civil tratándose de inmuebles inscritos. Una posición minoritaria sostiene, en cambio, que no basta con acreditar la posesión material, sino que deben analizarse los derechos de cada una de las partes para establecer el mejor derecho que cada una de ellas tenga sobre el inmueble disputado.

Bibliografía:

VIAL DEL RÍO, Víctor (2009): *La Tradición y la Prescripción como Modos de Adquirir el Dominio en el Código Civil Chileno* (3ª edición, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).

ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005): *Tratado de Los Derechos Reales*. (6ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomos I y II.

CLARO SOLAR, Luis (1950): *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo VI.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2006) *De las Posesiones Inútiles en la Legislación Chilena*. (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2010) *Los Bienes, la Propiedad y otros Derechos Reales* (1ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ROZAS VIAL, Fernando (2007) *Los Bienes* (4ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing).

BELMAR CUEVAS, Eduardo, "Sobre la utilidad de la posesión viciosa", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLV.

TRUCCO, Humberto, "Teoría de la posesión inscrita dentro del Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo VII.

URRUTIA, Leopoldo, "Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chileno". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XXXI.