

## CONTRA TITULO INSCRITO

Dice el artículo 2526, reproduciendo fielmente el artículo pertinente del Código Chileno en ese punto: "Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituídos en estos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo". Y el artículo 2531, que es también reproducción textual del correspondiente del Código Chileno añade: "El dominio de cosas comerciales, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:

1<sup>a</sup>.—Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno;

2<sup>a</sup>.—Se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio;

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

1<sup>a</sup>.—Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

2<sup>a</sup>.—Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo".

De la primera lectura de las disposiciones anteriores, no aparece ninguna incongruencia, ni contradicción, que pudiera hacer discutible el radio de aplicación de cada una de ellas. La primera de las disposiciones citadas reviste un carácter especialísimo, puesto que se refiere exclusivamente a los bienes inmuebles y dentro de estos, a aquellos que están amparados por un título inscrito. La segunda, por el contrario, es de carácter general, pues no entra a distinguir entre los bienes a que ella se aplica, sino que dá reglas generales para la prescripción extraordinaria de treinta años, reducida hoy a veinte, en virtud de la Ley 50 de 1936.

No dice este artículo a qué clase de bienes se refiere, sean estos muebles, o inmuebles, inscritos o no inscritos, sino que los abarca todos, de donde podría deducirse como regla, aplicando principios rudimentarios de hermenéutica, que, tratándose de inmuebles amparados por un título inscrito, sólo en virtud de la cancelación de dicho título puede fundamentarse la prescripción, sea esta ordinaria o extraordinaria. Sin embargo, esta conclusión que parece fluir lógicamente de la lectura de los dos artículos que hemos transcrito, no cuenta ni ha contado en ningún momento con la unanimidad de las opiniones, expresadas en los fallos de los Tribunales o en la cátedra universitaria.

Entre nosotros la controversia sobre el alcance de las disposiciones que hemos transcrito es anterior al nacimiento mismo de nuestra Corte Suprema de Justicia, porque ya el problema se había suscitado en tiempos de la Suprema Corte Federal, con respecto a la interpretación de estos dos mismos artículos consignados en el entonces Código de Cundinamarca que pasó a ser luego el Código Civil de la Nación. Desde entonces —y a este respecto es célebre un estudio de Don Nicolás Esguerra— hubo quienes sostuvieran la integridad del sistema de la inscripción, rechazando la posesión material como fundamento de la prescripción ordinaria o extraordinaria de un inmueble que se hallaba inscrito. Con todo, en Colombia ha prevalecido, debido principalmente a la orientación jurisprudencial señalada por la Corte Suprema de Justicia una doctrina según la cual la posesión material contra título inscrito no sirve de fundamento a la prescripción ordinaria, pero sí a la extraordinaria, cuando se reúnen determinados requisitos, doctrina que comparten casi todos los jurisprudencistas nacionales, con excepción del profesor Rodríguez Piñeres, quien a través de su larga carrera profesional y docente ha defendido la tesis de la integridad de la inscripción, por considerarla como la única posesión que se puede tener sobre los inmuebles inscritos y, en consecuencia, la única que puede servir de fundamento a cualquier prescripción, por que a nadie escapa la estrecha relación que existe entre la posesión y la prescripción, cuando ésta es adquisitiva del dominio.

En Chile, por el contrario, la mayoría, casi pudieramos decir la unanimidad, de los fallos de los tribunales y consecuentemente de la doctrina de los autores, se han acogido a la interpretación rígida del artículo 2526, rechazando sis-

temáticamente la posesión material como fundamento de la prescripción adquisitiva de los bienes raíces inscritos. Sobra añadir que, como no se admite posesión de ninguna clase sobre dichos inmuebles, distinta de la que se ejerce por medio de la inscripción, no se hace distinción ninguna entre la prescripción ordinaria y la extraordinaria.

Como ocurre entre nosotros, también se encuentra en Chile algunos espíritus rebeldes que no han querido acogerse a la opinión predominante. Citamos entre ellos al señor Oliva Lara, a Alvarez Gonzáiez y muy especialmente a don Ruperto Bahamonde, excatedrático de la Universidad de Chile, quien por más de tres lustros prohió la tesis de que la prescripción extraordinaria contra título inscrito no requería la inscripción sino la mera posesión material. Habiendo sostenido este punto de vista ante los tribunales contra el profesor Alessandri, quien sostiene la opinión contraria, la Corte Suprema de Justicia acogió por unanimidad la doctrina de éste último.

El haber tenido el que estas líneas escribe la fortuna de cursar su último año de estudios en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chile, le permitió en el día de su grado, en el Colegio del Rosario de Bogotá, dentro de la impropiedad verbal que las circunstancias autorizaban, llamar la atención de los señores examinadores sobre la divergencia de interpretación de estos dos textos idénticos entre los juristas de uno y otro país, y lo llevó a solicitar, muy respetuosamente, que el objeto del examen recayera especialmente sobre las cuestiones doctrinales que se suscitan alrededor de estos dos artículos.

Sostuvimos en esa oportunidad la doctrina según la cual la posesión material, aunque ella sea de una duración mayor de treinta años, no sirve de fundamento a la prescripción adquisitiva de un inmueble después de un detenido estudio de varios meses cuyas conclusiones pueden enunciarse así:

— I —

*Coexistencia de dos reglamentaciones en el Código Civil, respecto a la posesión: una para inmuebles inscritos y otra para inmuebles no inscritos.*

Sabido es de todos los que han leído el Mensaje con que el Presidente de Chile envió al Congreso de ese país el proyecto de Código Civil, que el Gobierno presidido por

el señor Montt, no se atrevió, por consideraciones de orden político, a hacer obligatoria la inscripción del dominio de los inmuebles como única prueba de éste, sino que se limitó a obligar gradualmente a los propietarios a hacer la inscripción de sus inmuebles por medio de medidas compulsivas y de apremios que tendían a hacer excepcionalmente gravosa la situación de los inmuebles que no se acogían al nuevo régimen.

Una de las medidas más eficaces para obtener de los propietarios que inscribieran sus inmuebles fue aquella por la cual se estableció que desde la vigencia del Código en adelante, la tradición de los inmuebles debería hacerse por medio de la inscripción en el registro, con lo cual se obligaba a todo aquel que quería celebrar un contrato translativo del dominio de inmuebles a efectuar la inscripción correspondiente para que la tradición fuese válida. Pero, como se vé, no se fijaba un plazo determinado para que se hiciese obligatoria la inscripción en un término perentorio, sino que se dejaba que el tiempo con la circulación de la riqueza hiciera que se fueran inscribiendo gradualmente todos los inmuebles. No es pues extraño que, en esas condiciones, el señor Bello previera en su Código a más de la reglamentación sobre el sistema posesorio inscrito que se iba a implantar, otra reglamentación para aquellos inmuebles que no se incorporaran prontamente al nuevo régimen y que se siguieran rigiendo por el antiguo sistema romano y español, el cual, aun cuando hacía que los inmuebles que a él se acogieran se encontraran en una situación extremadamente desventajosa, seguía siendo un sistema reconocido por el legislador. Numerosas disposiciones que parecen inaplicables al sistema de la posesión inscrita tienen por objeto esta última categoría de inmuebles. Tal es el caso, por ejemplo, del numeral 3º del artículo 2531, citado al comienzo de este escrito. En efecto, sería contradictorio pedirle al arrendatario de un inmueble inscrito que probase al dueño de éste, es decir a aquel a cuyo nombre está la inscripción, que ha abandonado la posesión, cuando esa prueba no se puede suministrar sino precisamente por medio de la inscripción, al tenor del art. 980.

En el artículo que comentamos ha servido de argumento para hacer discutible la existencia de una doble reglamentación, y la imprescriptibilidad por la posesión ma-

terial contra título inscrito porque, en verdad, ella no es tan patente dentro de ese contexto, como en otros pasajes del Código Civil, en donde, sea porque dentro de un mismo artículo se refiere el legislador a las dos categorías de inmuebles, sea porque se trate de dos artículos, puesto el uno a continuación del otro y cada cual con referencia a uno de los dos sistemas de posesión, es claro que se está refiriendo a dos posesiones distintas.

Ejemplo del primer caso es el artículo 791, que dice:

“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”.

Y del segundo, las dos disposiciones relativas a la prueba de la posesión, que dicen así:

ARTICULO 980: “La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, y mientras esta subsista y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla”.

ARTICULO 981: “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”.

Admitida la existencia de las reglamentaciones caen por la base muchos de los argumentos que suelen esgrimirse en favor de la prescripción contra título inscrito y de los cuales recordamos los siguientes:

1º.—Suele decirse por aquellas personas que ignoran o pretenden ignorar la coexistencia de los dos sistemas posesorios que los artículos 785, 789 y 791 de nuestro Código Civil, referentes a la posesión inscrita, hacen relación a la posesión regular de los bienes raíces y que, en consecuencia, el alcance del artículo 2526, que dispone que sólo mediante la inscripción puede prescribirse contra un título inscrito,

debe entenderse referido únicamente a la prescripción ordinaria, de tal manera que no sería posible prescribir en diez años un inmueble inscrito, sino a virtud de otro título inscrito, pero, en cambio, sí podría adquirirse, por prescripción sin ninguna inscripción, por medio de la posesión irregular de treinta años.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Tomo I, se encuentra consignada esta doctrina en los siguientes términos: "Para que la prescripción extraordinaria o sea el lapso de 30 años de prescripción favorezca los derechos del que pretende la propiedad, se necesita la posesión material no interrumpida durante ese espacio de tiempo. No es el título registrado, aún cuando tenga 30 años, sino el ejercicio de la posesión material no interrumpida en ese lapso lo que sirve de fundamento a la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio".

Semejante doctrina, violatoria de todos los textos sobre la posesión inscrita, contraría dos principios elementales de hermenéutica, por el primero de los cuales se establece que donde la ley no distingue, no le es lícito distinguir al intérprete, y por el segundo, que las disposiciones especiales que reglamentan una misma materia priman sobre las de carácter general; pues, lo repetimos, el artículo 2526, que se refiere a la condición de los inmuebles inscritos, es especial y particular con relación al 2531 que reglamenta universalmente la prescripción extraordinaria.

2º.—Otro argumento, originado en la misma confusión entre los dos sistemas posesorios, se hace con respecto a los artículos 980 y 981 del C. C., relativos a la prueba de la posesión, pues se dice que el artículo 981, que reglamenta la prueba de la posesión material, no tendría aplicación ninguna si prevaleciese siempre la posesión inscrita contra la posesión material. Pero ya hemos demostrado cómo cada uno de estos artículos reglamenta la prueba de dos posesiones distintas: la de los inmuebles inscritos y la de los no inscritos. Con todo, aún tratándose de inmuebles incorporados al régimen de la inscripción, encuentran cabida las reglas relativas a la prueba de la posesión material. Recordemos los casos siguientes:

a).—Cuando se quiere probar la posesión de los bienes raíces adquiridos por medio de un título no traslativo de dominio. En tal caso la inscripción no es requisito in-

dispensable para adquirir la posesión de ellos. Así, no es necesario tratándose de los aumentos de suelo adquiridos por accesión, una nueva inscripción, ya que la anterior cubre los aumentos de la cosa, pero si se quiere probar la posesión sobre el aumento, deberá probarse conforme al artículo 891. Parejamente, es de carácter material la prueba de la posesión sobre los inmuebles hereditarios y deberá hacerse de acuerdo con el artículo 891, salvo en el caso de que se haya hecho la inscripción de que trata el artículo 757, porque entonces adquieren la categoría de inscritos los inmuebles poseídos.

b).—Igualmente, el que posee un bien raíz inscrito, y aun cuando haya adquirido la posesión en virtud de una inscripción, si su posesión no ha durado más de un año completo, deberá probar su posesión en conformidad con la regla contenida en el artículo 891.

c).—También es de acuerdo con dicho artículo que se deberá probar la posesión de cualquier inmueble en el período anterior a la vigencia del código.

d).—Del mismo modo es posesión material, y en consecuencia debe probarse según el artículo 891, la de la edificación o plantación de un terreno sin consentimiento del dueño, caso contemplado en el artículo 739.

3º.—Un último argumento que se hace en favor de la prescripción por medio de la posesión material contra título inscrito al amparo de la confusión entre los dos sistemas posesorios; se basa en el artículo 2523, relativo a las interrupciones naturales de la posesión. Dice dicho artículo: "La interrupción es natural: 1º. cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios, como cuando una heredad ha sido permanentemente inundada. 2º. cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona". Ahora bien, es claro que si no se hace la distinción entre posesión inscrita y no inscrita, este artículo jamás podrá aplicarse, a menos que se admita la prescripción extraordinaria por medio de la posesión material contra título inscrito. En cambio, si se acepta la coexistencia de los dos sistemas posesorios en nuestro código, no se torturan los textos que reglamentan cada uno de ellos en favor del otro; se obtienen dos reglamentaciones paralelas y armónicas, y se fija a cada uno su órbita de aplicación independiente.

## — II —

*Dentro del sistema de la inscripción es esta posesión simbólica la única posible sobre los inmuebles inscritos.*

Si, pues, como lo hemos visto, la posesión ideada por el señor Bello constituye una innovación y no tiene ningún nexo con los sistemas posesorios conocidos hasta entonces entre nosotros, esto es, el romano y el español, la única norma para interpretar los artículos que a ella se refieren y la única base para hacer la teoría de dicha posesión es el pensamiento de quien la ideó consignado en los trabajos preparatorios del C. C. y especialmente en el mensaje con el cual se envió al Congreso el proyecto del señor Bello.

Fácil es probar la tenencia a la entrega de un bien mueble, por la naturaleza misma del objeto; en cambio, tratándose de un fundo o de un derecho real inmueble, por razones de orden práctico se ha tenido que recurrir desde tiempo inmemorial a ficciones más o menos afortunadas. La *traditio brevi manu* de los romanos es un ejemplo típico de una de estas ficciones utilizadas por los juristas para obviar las dificultades de prueba sobre la aprehensión material de los inmuebles. En la legislación española la prueba de la tradición y de la posesión se podía hacer ya “tomando de la mano al comprador delante de testigos y paseándolo por todas y cada una de las piezas de la casa”, ya “dejándolo arrancar un manojo de hierba en la heredad” o “permitiéndole a su caballo la micción sobre la tierra que pisaba”.

Como se comprende fácilmente, estos actos materiales no podían constituir de por sí una prueba de la entrega o de la posesión sino que era necesario que fuesen acompañados de una intención específica por parte de aquél que los permitía: la intención de hacer la tradición. Subsiste por tanto dentro de estos sistemas una abrumadora dificultad en cuanto a la prueba del elemento intencional, por ser ésta una cuestión del fuero interno que en muchos casos escapa a la apreciación del juzgador.

La inscripción es una forma avanzada de posesión simbólica.

La inscripción del sistema del señor Bello, indiscutiblemente la parte más original de su obra, tiende a obviar esta dramática complejidad de la prueba de toda posesión.

La inscripción es prueba simbólica del ejercicio de la posesión y probada ésta, sobra toda otra prueba sobre el elemento material o el intencional. De un tajo quedó abolida la concepción romana y española de la posesión, al punto que dice don Fernando Vélez: “de los dos elementos de la posesión, que son la tenencia y el ánimo de adquirirla como dueño, el ánimo consta en la escritura que establece el título traslativo del dominio, y la tenencia se determina por el registro de la escritura, que es un medio simbólico que efectúa la entrega del inmueble, verificada por el tradente y lograda por el adquirente”. De donde se desprende que el ánimo de señor y dueño a que alude el artículo 762, se refiere únicamente a los inmuebles no inscritos, pero que para aquellos que se han acogido al régimen de la inscripción, el solo hecho de que ella se encuentre a nombre del poseedor constituye una presunción inquebrantable de que éste tiene la integridad de la posesión con todos los elementos subjetivos y objetivos en que se descomponía en los viejos sistemas.

Las palabras mismas del tan mentado mensaje con que se acompañó el proyecto de Código Civil al congreso de Chile explican superabundantemente el alcance de la ficción que constituye la inscripción en el registro como medio de ejercer simbólicamente la posesión: “la inscripción es prueba, requisito y garantía de la posesión”, dice este documento en uno de sus apartes.

Estudiemos la manera como desarrolla y aplica el Código estos principios generales.

En cuanto a la inscripción como prueba de la posesión de los inmuebles inscritos, ya hemos dicho al tratar del artículo 890 cuál es su alcance y su radio de aplicación. Nos remitimos por tanto a la parte pertinente de este mismo escrito.

En cuanto al carácter de requisito de la posesión que reviste la inscripción tratándose de inmuebles inscritos, el artículo 785 nos dicta una norma terminante: “Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio”, a lo cual agrega el Mensaje: “La inscripción es la que da la posesión real efectiva; y mientras ella no se haya cancelado, el que ha inscrito su título no posee: es un mero tenedor”.

La inscripción, —como dice un autor—, “es la señal

de partida de la posesión de los bienes raíces, cuando se invoca un título traslativo y sólo quien tiene título inscrito a su favor puede considerarse en posesión de esta clase de bienes". Y, en consonancia con las disposiciones citadas anteriormente, la pérdida de la posesión está vinculada a la cancelación de la inscripción, por lo que dice el artículo 789: "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."

Opinan, sin embargo, algunos autores, entre otros el muy ilustre Fabres, que la disposición del artículo 789 se refiere únicamente a la posesión regular, porque sólo en ella se requiere esencialmente la tradición: "la posesión irregular, la violenta y la clandestina no necesitan de tradición o bien pueden existir sin la inscripción en el registro conservador". El argumento es especioso, porque de aceptar esta tesis se incurriría en un contrasentido, pues mal puede hablarse de un título traslativo de dominio donde no ha habido tradición, y el artículo 785 se refiere claramente a los títulos en que haya traslación del dominio. Por lo demás, tenemos el artículo 789, inciso 2º. que dispone: "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".

Y por último, si de acuerdo con el artículo 791, el poseedor inscrito no pierde su posesión mientras esté vigente la inscripción aunque otra persona se apodere materialmente de la cosa, y si, de otra parte, se admitiese, sin embargo, que sin inscripción es posible adquirir la posesión irregular de la misma, habría en tal cosa dos poseedores simultáneos de un bien raíz, lo cual es contradictorio en derecho, dado el carácter exclusivo de toda posesión.

El tercer atributo de la inscripción, quizá el menos estudiado por la jurisprudencia colombiana, es el de servir de garantía de la posesión inscrita.

¿Qué se quiere decir con esto? Tal vez el inciso 2º. del artículo 789, tantas veces citado, nos ayude a dilucidarlo: "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". Quiere esto decir en otros términos que los actos materiales de apoderamiento no despojan al titular de la inscripción de su posesión sobre el inmueble inscrito, y como conclusión lógica de esta premisa, el artículo 890, que reglamenta la prueba, dispone que no es admisible prueba alguna con que se pretenda impugnar la inscripción.

Sin embargo, cuando precisamente del carácter de garantía de la posesión que reviste la inscripción en el Registro debería concluirse que la aspiración del legislador fue eliminar una institución tan anómala como la prescripción adquisitiva, los partidarios de que sea admisible la prescripción extraordinaria de 30 años contra título inscrito, sacan un nuevo argumento en favor de su tesis que puede resumirse así: si no se admitiera la prescripción contra una posesión amparada por un título inscrito sino mediante la cancelación de dicho título, quedarán prácticamente sin efecto las disposiciones sobre prescripción que, si el legislador las consignó en el código, no pudo ser para satisfacer un afán académico de exponer doctrinas caducas. En consecuencia, concluyen los partidarios de esta tesis: debe admitirse la posesión material como fundamento para prescribir contra título inscrito, si no en diez años, sí en treinta, plazo señalado por el legislador para la consolidación de todos los derechos.

A nuestro entender, es muy otra la conclusión a que se debe llegar del carácter de garantía de la posesión que reviste la inscripción. En efecto, el estar amparada y garantizada y defendida la posesión por la inscripción en el registro conservatorio, como lo expresó Bello en su Mensaje, es un obstáculo casi insalvable a que se aplique la prescripción con la misma amplitud con que se aplicaba en los antiguos sistemas posesorios donde la posesión no estaba garantizada ni amparada tan categóricamente.

Pero, a más de que sí puede ocasionalmente entrar en juego la prescripción extraordinaria (como en todos aquellos casos en que se está en posesión, aun con título inscrito, pero que ha sido adquirida de mala fe) el hecho de que nunca se pudiera aplicar la prescripción no sería sino un argumento más en favor de la bondad del Registro.

¿Es la prescripción propiamente hablando un modo de adquirir el dominio? pregunta Louis Josserand. La afirmativa no parece dudosa, puesto que el legislador lo dice ex-

presamente en varios artículos del código: 'la propiedad... se adquiere por la prescripción'. Hasta la misma terminología es de una elocuencia indubitable. Las expresiones: "prescripción adquisitiva", "usucapion", evocan la idea de una adquisición nueva, de una investidura jurídica gracias a la acción del tiempo.

Sin embargo, por antigua que sea esta concepción, no vacilamos en desecharla. Puede ser que no sea totalmente falsa, pero en todo caso no contiene sino una mínima parte de verdad. La prescripción en realidad llena dos funciones: según los casos, ella es algunas veces un modo de prueba y otras un modo de adquirir; pero la primera de estas funciones sobrepasa de tal manera en importancia a la segunda, en moralidad y en legitimidad, que eclipsa definitivamente la segunda, a tal punto que, sólo ésta merece la atención del jurista.

Es cierto que la prescripción favorece al poseedor aun cuando éste haya procedido de mala fe, y ocasionalmente, da la victoria al usurpador; entonces, ella merece verdaderamente el epíteto de adquisitiva que se le ha conferido tradicionalmente; de un *non dominus* hace un propietario; pero esta eventualidad es muy rara y no puede tomarse como regla general para caracterizar la institución; por ese camino podría decirse que la posesión notoria del estado de esposo, en los casos excepcionales en que la ley la toma en consideración, tiende a transformar el concubinato en matrimonio regular, o, más aún, que las sentencias recaídas en los juicios de dominio son adquisitivas de la propiedad, porque hay casos en que por una equivocación del juez se reconoce la propiedad a quien no era dueño. Estos acontecimientos excepcionales y deplorables no son la aplicación, sino la desviación y la caricatura de la regla.

La necesidad de la prescripción nace de la imposibilidad en que se encuentra el propietario de probar su derecho de un modo absoluto. En vano presentaría él un título; le respondería que ese título no es válido si no ha emanado del verdadero dueño. Entonces se encuentra éste en la obligación de presentar el título de su causante; pero, en el caso de que pudiera presentarlo, no estaría por esto en mejores condiciones, porque su adversario, haciendo la misma argumentación precedente, le impondría, con la misma lógica, la obligación de presentar el título del causante de su causante; y así seguirían sin detenerse jamás en

esa carrera retrospectiva formando una cadena infernal que no terminaría jamás. Fatalmente, en un momento dado, faltaría un eslabón a esa cadena y entonces triunfaría invariablemente en todo juicio de reivindicación el que estuviera en posesión, quien quedaría totalmente dispensado de prueba, en virtud de la regla de que el poseedor se presume dueño. Es, gracias a la prescripción, que se evita al verdadero dueño este esfuerzo titánico de formar totalmente la cadena infernal. Dueño será aquél que haya poseído un inmueble por un plazo igual o mayor de treinta años.

La prescripción adquisitiva fue introducida para asegurar el triunfo, no del usurpador sino del legítimo propietario; hay que ver en la prescripción un *modo de prueba* de la propiedad; la ley ampara al legítimo dueño por medio de una presunción; la obra del tiempo es una obra de consolidación, no de expoliación; la prolongación indefinida de un estado de hecho delata, revela el derecho, pero de ninguna manera está destinada a extinguirlo o a desconocerlo". (1)

Si, pues, en doctrina, la prescripción debe considerarse como una prueba supletoria a la prueba absoluta de dominio, que consiste en formar una cadena de títulos casi secular, prueba conocida universalmente con el nombre de "prueba diabólica", es lógico que dentro del sistema posesorio de la inscripción, su papel sea muy restringido. En efecto, según las propias palabras de Bello, uno de los objetivos de dicho sistema es el de hacer, en una fecha no remota, de la inscripción, la posesión y el dominio términos idénticos, esto es, hacer que la inscripción sirva a la vez de *prueba* de la posesión y del dominio. En semejante ocurrencia, la prueba llamada prescripción queda relegada a un rango aun más secundario que en los otros sistemas de posesión y su aplicación debe ser prácticamente nula.

### III

*La posesión inscrita no cesa sino por la cancelación del título con la competente inscripción.*

De lo dicho se desprende la última y la más importante de todas las consecuencias de la inscripción: "Para que

(1) Josserand, Tomo I, los Bienes.

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". Dicha inscripción debe ser, al tenor del artículo 791, una inscripción *competente*, porque dicho precepto dispone que: "no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción".

Excluida, pues, la posibilidad de prescribir, sea en diez años o en treinta, contra título inscrito sin inscripción, cabe preguntar cuál es el alcance de la expresión *competente inscripción*, esto es, cuál es la inscripción que habilita para adquirir por prescripción.

Existen a este respecto dos teorías o sistemas.

El primero podría resumirse en estos términos: la cancelación a que se refiere el artículo 728 puede hacerse tanto en virtud de un título justo como en virtud de un título injusto, si bien en este último caso la posesión sería irregular y para que esta inscripción cancele la anterior es de absoluta necesidad que esta nueva inscripción guarde relación, aunque sea sólo aparente, con la anterior inscripción. Así, si se ha suplantado al poseedor y si otro se ha presentado como mandatario suyo sin serlo o si el contrato que sirvió de título a la tradición y por consiguiente la inscripción adolece de algún vicio de nulidad, siempre es el poseedor inscrito el que en apariencia transfiere su derecho, de manera que hay solución de continuidad: no se interrumpe la cadena de poseedores inscritos.

Veamos cómo razonan los sostenedores de esta doctrina: "Si para poseer y prescribir contra título inscrito fuera suficiente una inscripción cualquiera, enteramente desligada de la anterior, que corriera paralela con ella, todo el sistema se destruiría, puesto que bastaría que un inmueble inscrito se inscribiera a nombre de un tercero a virtud de un título traslativo procedente de una persona que no tiene ni siquiera aparentemente vínculo alguno con el poseedor inscrito para que éste perdiera su posesión y quedara aquél en situación de adquirirlo por prescripción, con lo cual se obligaría a los poseedores inscritos a estar vigilando atentamente su inscripción". (1)

Estas observaciones de orden práctico las refuta la

(1) Alessandri: Los Bienes.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, circunscribiendo desgraciadamente su razonamiento al solo caso de la posesión regular y de la prescripción ordinaria, con estas palabras: "Dicen que una inscripción no pone fin a la posesión si no está enlazada con la inscripción anterior, que es lo que el artículo 789 llama cancelación, de que se sigue que no se puede prescribir porque aquél contra quien se intenta la prescripción no ha dejado de ser poseedor.

Empero, semejante opinión ha sido refutada varias veces por esta Superioridad, la cual ha expresado que no es dable tomar aisladamente el primer inciso del citado artículo, sino que hay que ponerlo en relación con otras disposiciones para comprender su alcance, pues de otra suerte sería letra muerta la de varios artículos, como el que reconoce como válida la venta de cosa ajena, de donde resulta que el comprador de ésta puede ganarla por prescripción y naturalmente contra el dueño; y es de notar que dicho comprador no está en ninguno de los casos del primer inciso del artículo 789. El artículo 791, después de consagrar el principio de que quien usurpa una cosa que tiene a nombre de otro no adquiere la posesión de la misma cosa ni extingue la posesión anterior, dice que en este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión anterior, y agrega: '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 suma, según el pensamiento de la Corte, el título no tiene por qué derivarse de quien tenga el último registrado."

Esta segunda manera de interpretar la expresión *competente inscripción*, cuenta en Chile con casi la unanimidad de las opiniones y ha sido consagrada en numerosos fallos de las Cortes de Apelaciones y de la Corte de Casación.

Desde el año de 1928 en adelante la uniformidad en favor de esta tesis es casi absoluta. La inscripción competente, se afirma, bien puede no emanar del poseedor inscrito, pues su recto sentido es el de inscripción ajustada a la ley, verificada en el lugar y por el funcionario que corresponda.

La primera sentencia que contiene esta doctrina es la recaída en el juicio Adreasola con Perales viuda de Adreasola, de fecha 23 de junio de 1928. Dicen los considerandos pertinentes de esta sentencia:

12°. Que no puede ponerse en duda que la inscripción de compraventa del fundo Pichoi, hecha por los señores Schuller Hermanos, no sea competente, por cuanto ella se efectuó ante el Registro del Conservador del Departamento en que se encontraba ubicado el inmueble, porque se verificó por funcionario competente y en la forma determinada por la ley y porque si hubiera de entenderse que inscripción competente es sólo aquélla que deriva de un poseedor inscrito, no tendría aplicación el precepto del artículo 730." (1)

Y la Corte de Casación de Santiago en fallo de 4 de septiembre de 1935, dice:

"Tratándose de inmuebles, el hecho de la posesión, regido como una institución separada del derecho de dominio, se adquiere por la inscripción de un título de dominio a favor de una persona, sin que ni siquiera sea necesario en algunos casos que emane del poseedor inscrito. Refuerza este concepto el artículo 730 del Código Civil, según el cual, si el que tiene un inmueble en lugar y a nombre de un poseedor inscrito se da por dueño de él y lo enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra sin la competente inscripción, o sea, sin la inscripción verificada ante el Conservador correspondiente, válida y no impugnada de falsa. En otros términos, este precepto da valor a una nueva inscripción, aunque no emane del poseedor inscrito y aunque no haya encadenamiento, puesto que si bien la ley, por razones muy claras no reconoce posesión al usurpador, en cambio, si éste enajena la cosa, el comprador adquiere la posesión, y pone fin a la posesión anterior," (2)

### CONCLUSION

El erigir la inscripción contra la posesión material; la posesión simbólica contra la posesión real; la ficción del legislador contra el trabajo, defendiendo en su integridad el sistema posesorio del código de Bello; no es en ninguna manera alistarse en las filas de la "Escuela de la Exégesis", para dar pábulo a un vano afán académico de completar silogismos. Por el contrario, como mejor se sirve a la nueva

(1) Herrera Silva: *Nuestro Sistema Posesorio Inscrito*. Santiago, 1936.

(2) Citada por Herrera Silva: *Nuestro Sistema Posesorio*, Santiago, 1936.

escuela, es sosteniendo en su integridad teórica el contenido de las leyes.

No es solamente, como la piensan algunos, una cuestión de método en la enseñanza lo que diferencia fundamentalmente la Escuela Científica de la Escuela de la Exégesis; el método de exposición en una y otra obedece a algo más hondo: la manera como ambas buscan y alcanzan un mismo objetivo, porque a pesar de lo que suelen afirmar en su contra los detractores de la vieja escuela, ambas tratan de dar cabida a la realidad y a las necesidades apremiantes e imperiosas de la vida social. Ahí está como un testimonio vivo de esta afirmación, en lo que respecta a la Escuela de la Exégesis, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en materia de posesión, que nosotros consideramos errada, pero a la cual hay que aborlarle el mérito de haberse equivocado por querer, en muchos casos, evitar la consagración de una injusticia por la aplicación estricta de la letra del Código. En efecto, ¿cómo podían magistrados tan rectos y eminentes como el doctor Méndez, desposeer de sus tierras a honrados y laboriosos campesinos en virtud de la inscripción de un título 30 o 40 años atrás por una persona que no había hecho otra cosa que esperar una valorización por el esfuerzo ajeno? Por estas razones morales se torturaron los textos, y para reaccionar contra esa clamorosa injusticia se edificó la teoría que consagra la prescriptibilidad contra título inscrito en 30 años.

Pero la Escuela Científica combate precisamente esa manera sofisticada de interpretar las leyes para evitar injusticias. No edifica una teoría permanente por salvar un solo caso, sino que ella hace intervenir mil nociones antes desconocidas, tales como el abuso del derecho, el fraude a la ley, el enriquecimiento sin causa, etc., todas de origen jurisprudencial, que permiten que, conservándose en su integridad el alcance y el sentido de la ley, no haya dos casos idénticos.

El dilema entre las dos escuelas no puede ser más sencillo ni menos dramático: entre torturar el texto de la ley para que diga lo que el legislador jamás tuvo la intención de decir, a fin de que en un determinado litigio no se cometa una injusticia, y aceptar lo que la ley dice y que para dejar de aplicarla, cuando resulte inconveniente, se haga la calificación moral y social del móvil que lleva a pedir

su aplicación, no vacilamos en optar por esta última solución. En forma resonante ella fue consagrada en la admirable sentencia de 26 de mayo de 1936, dictada por el doctor Eduardo Zuleta Angel, como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. En dicha sentencia se admitió, *en razón de la buena fe del adquirente*, la validez de una venta de cosa ajena con perjuicio de los derechos del verdadero dueño, contrariando abiertamente lo que dispone el artículo 1871 como regla general sobre los casos de venta de cosa ajena. Harto más grave hubiera sido que, al darse cuenta de que se iba a cometer una injusticia aplicando estrictamente el artículo citado, el Magistradoamente se hubiese dado a la tarea de construir una teoría general sobre el alcance de la venta de cosa ajena en nuestro derecho, lo cual le hubiera servido igualmente para sortear el conflicto entre su conciencia y el tenor literal de la ley.

Múltiples aplicaciones semejantes podrán hacer nuestros tribunales cuando se haya restaurado el verdadero sentido de las disposiciones de nuestro Código, yendo a buscar su correcta interpretación en las fuentes mismas, y se haya rechazado aquella acomodaticia que durante cincuenta años hizo la Escuela de la Exégesis.

Pero, es, sobre todo, en el caso concreto de la posesión que para que se puedan aplicar generosamente los principios morales de que tánto se ufana la hermenéutica contemporánea, es necesario desechar las viejas doctrinas, que, buscando el mismo objetivo de justicia, torcieron la recta interpretación de los artículos relativos a la posesión inscrita. Sólo entonces podrán hallar cabida todas y cada una de las nuevas nociones científicas sobre el ejercicio de los derechos, su relatividad y su legitimidad, calificadas a través de los móviles de quienes los ejercen.

La realización de los principios que enunciamos más arriba, no puede ser más sencilla: que se vuelva a la integridad del registro posesorio, que se consagre por la jurisprudencia y por la doctrina que la posesión material no sirve de fundamento para prescribir contra un título inscrito, sea en diez años o en treinta, con posesión regular o irregular; pero que, cuando algún poseedor inscrito quiera enriquecerse ilegítimamente expulsando al colono que ha hecho la tierra productiva y fecunda con su trabajo, que el juez le diga: "Contra un título inscrito no tiene lugar la

prescripción adquisitiva de bienes raíces sino en virtud de otro título inscrito; pero hay un principio de equidad y de derecho natural, que debe ser respetado por el juez, por el cual es ilícito el enriquecimiento sin causa; por el cual el derecho a servirse de la inscripción como garantía de la posesión, está limitado según la buena fe o la intención dolosa con que se ejerza".

ALFONSO LOPEZ MICHELSEN  
Doctor en Jurisprudencia de este  
Colegio Mayor.

