

INFORME EN DERECHO

¿ LA PERDIDA DE LA POSESION LEGAL DE LOS BIENES RAICES
INSCRITOS CONLLEVA, TAMBIEN, LA DE LA POSESION MATERIAL?

Prof.: Rubén Celis R.

Se me ha solicitado un Informe en Derecho, acerca de la procedencia de la querrela de restitución que, con indemnización de perjuicios, ha entablado la parte que Ud. representa, en contra del Banco XX y de la sociedad ZZ de la que está conociendo el Juzgado Civil de Valparaíso.

El Banco XX, en otros autos ante el mismo Tribunal, accionó de desposeimiento en contra de doña H.M.R.P. la que, para caucionar las obligaciones de un tercero, había constituido hipoteca sobre el inmueble ubicado en calle N.N., de Viña del Mar.

Dicha institución bancaria, como culminación del procedimiento que se habría observado (uso de la expresión "se habría observado", porque está en apelación lo resuelto acerca de la incidencia sobre falta de emplazamiento de la parte que Ud. representa), terminó comparando en el remate el mencionado inmueble, que, con posterioridad, vendió a otra persona.

Antes de celebrarse la compraventa a que me refiero, el Banco XX,

poseedor legal pero no material del referido inmueble, confió su venta a la sociedad ZZ, quien procedió a su toma de posesión, mediante la apertura, sin dudas delictuosa, de su puerta de acceso, procedimiento que ninguna ley, como es obvio, puede autorizar ni legitimar.

De esta manera, y con dicho procedimiento espúreo, se habría consumado la posesión del inmueble, que ya lo era desde el punto de vista legal, faltándole el de carácter material. El punto o cuestión a esclarecer es si la posesión, tanto para su adquisición como para su pérdida, está obligada a cumplir con un requisito meramente legal o precisa, además, de uno material. Dicho en otros términos, y apuntando al caso concreto, si la posesión se adquiere por el mero hecho de que se inscriba el título "en el Registro del Conservador", según lo dice el artículo 686 del Código Civil, o si, además, se necesita la entrega material. Y, dicho al revés, si la posesión legal termina o cesa por la sola circunstancia que la inscripción conservatoria se cancele por decreto judicial, como lo prescribe el artículo 728, inciso final, del Código Civil, o es menester que, además, se haga entrega material del inmueble a su legítimo adquirente. (Consta de autos, que operó, en lo precedentemente dicho, el citado artículo 728, como asimismo que, en ejercicio del mismo precepto, el Banco XX transfirió su derecho al actual poseedor).

Como corolaria consecuencia de lo expuesto, surge la segunda cuestión. La irregular "toma de posesión material" tiene o no influencia jurídica en su adquisición por el Banco XX, o era indispensable, además, la entrega material de ella, forzosamente a lo mejor, pero con arreglo a derecho.

Y si la respuesta fuere afirmativa o negativa, procedería intentar la querrela de restitución en contra de los demandados (Banco XX y Sociedad ZZ.)

Tal es, en definitiva, lo que el informe que suscribo pretende esclarecer, con el apoyo de los argumentos doctrinarios, jurisprudenciales y de textos legales, que me conducen a concluir que la querrela interpuesta por su parte es del todo procedente, sin perjuicio, como es natural, de lo que en definitiva resuelvan, con su superior criterio, los Tribunales avocados al conocimiento y fallo del asunto que se discute.

En el mismo orden precedentemente señalado, paso a desarrollar mi tesis de que la posesión de los bienes raíces, en nuestro sistema requiere de una adquisición jurídica y material, y que, del mismo modo, su pérdida reclama la concurrencia de ambos requisitos. Como se trata, en mi opinión, de elementos que deben copulativamente concurrir, ambos tienen que darse para adquirir o perder la posesión.

I.- Razones Doctrinarias

- 1.- La posesión es, en si misma, un hecho y nada más, pero un hecho generador de derechos, íntimamente relacionados, ya con el derecho de dominio, ya con los derechos especiales que de él derivan. De ahí que el artículo 922 conceda al usufructuario el ejercicio de las acciones y excepciones posesorias para recuperar su derecho real de usufructo que tiene como poseedor material de la cosa fructuaria, aún contra el propietario mismo de ella.
- 2.- Andrés Bello, en el Proyecto de 1853, decía que, "aún, (la posesión) puramente natural, y la violenta o clandestina, da al poseedor el derecho de ser mantenido o restablecido en ella contra el que ilegalmente la turba o se ha apoderado de ella de un modo ilegal".

Este artículo del Proyecto, si bien no fue trasladado al Código, mantuvo su filosofía en el sentido de que, aún siendo el poseedor un malicioso usurpador, nadie puede arrebatarse su posesión sino por los medios que la ley establece.

- 3.- La generalidad de los autores coincide en que la posesión otorga al poseedor el "jus possidendi", esto es, el derecho que tiene de no ser expelido de la posesión material, sino por fallo judicial, derecho que, violado, sirve de base a la acción posesoria pertinente.

El "jus possidendi" es, pues, un derecho que deriva del mero hecho de la posesión. El poseedor tiene un derecho sobre la posesión, como lo tienen el usufructuario, el usuario, el habitador y el arrendatario, por ejemplo, sobre sus derechos de "meros tenedores", razón por la cual son titulares de acciones posesorias.

- 4.- Este derecho sobre la posesión aparece reconocido por la generalidad de la doctrina y varios preceptos legales, que luego recordaremos, le prestan un decidido amparo. Se distingue, para estos fines, entre la posesión legal y la de carácter material. El profesor Alessandri la formula al decir que "la obligación del vendedor es dar al comprador la posesión legal y material de la cosa" ("De la compraventa y de la promesa de venta" Pág. 844). La posesión legal se iniciará con la inscripción conservatoria correspondiente (artículo 686 Código Civil), ya que es el único medio de adquirirla, según previene el artículo 724 del Código Civil.

"La posesión material, dice el profesor Alessandri, puede hacerse entregando las llaves del local, señalando el edificio o terreno, y, en general, por cualquier otro medio que habilite al comprador para usar materialmente de ella" (Ob. cit. pág. 854).

Unánime es la jurisprudencia, como lo reconoce el citado autor, que da la acción resolutoria al comprador cuyo vendedor no lo ha colocado "en una situación absolutamente idéntica a la suya" (ob. cit. pág. 846).

- 5.- La pérdida de la posesión material, por lo mismo, es independiente de la pérdida de la posesión legal. Esta última se produce cuando, como en el caso de autos, se canceló la inscripción conservatoria "por decreto judicial" (artículo 728 Código Civil). Pero es evidente, en mi sentir, que la posesión material subsiste, hasta cuando el poseedor no haga voluntaria entrega de los derechos que sobre la finca tiene, o hasta que no se ponga término a ella por una resolución judicial, apoyada del auxilio de la fuerza pública, si fuere menester.

Si bien el legislador no precisa la manera como debe hacerse el abandono de la finca hipotecada, la doctrina unánimemente coincide en que el abandono no transfiere la propiedad ni es título de adjudicación. El profesor Somarriva, coincidiendo con lo que opina don Santiago Godoy Guarda, en su Memoria de Prueba que tituló "La acción de desposeimiento", es de parecer que el abandono no permite a los acreedores la adquisición de la posesión del inmueble. ("Tratado de las cauciones" pág. 449). Se está refiriendo el profesor Somarriva a la adquisición de la posesión material del inmueble, ya que a la legal se pone fin cuando, en la subasta, el propio acreedor o un tercero la compra, y se procede a la cancelación de la inscripción conservatoria que corría a nombre de quien hizo abandono de la finca hipotecada y se registra una nueva al adquirente.

- 6.- El Dr. Victor Manuel Peña Herrera, que fue profesor de Derecho Civil en la Universidad Central del Ecuador, en su trabajo sobre la teoría de la posesión, dice que "ella se conserva en tanto que el poseedor no la renuncie y está en posibilidad material de ejecutar actos posesorios, es decir, de gozar y disponer de la cosa como dueño. El poseedor que se ausenta de su casa dejándola aparentemente abandonada; o, el que se abstiene de cultivar un inmueble y no saca de él provecho alguno, no dejan de ser poseedores mientras tengan posibilidad de ejecutar actos posesorios, es decir, mientras su posesión no haya

sido interrumpida por haber entrado en ella otra persona o por alguna otra causa legal" (La Posesión", Editorial Universitaria, Quito, páginas 137 y 138). La opinión de este ilustre jurista es válida, sin dudas, ya que si bien se refiere a la posesión en el Código Civil de Ecuador, dice que es lo mismo que hablar de igual tema que en el Código Chileno, por ser aquél una virtual copia del nuestro.

- 7.- Es indiscutible, pues, que sobre la posesión se tiene un derecho (jus possessionis), que autoriza al poseedor para ser respetado y mantenido en ella, mientras ese estado no se cambie por una causa legal. Violado que sea ese derecho por vías no legales, da origen a las acciones posesorias correspondientes para que el poseedor sea amparado o restituído, y, además, indemnizado.

Esta concepción doctrinaria viene del Derecho Romano, fue recogida por el Código francés y en él se inspiró Andrés Bello para incorporar al nuestro las acciones posesorias, como una clara demostración de que la ley reconoce el derecho posesorio. Podrá argumentarse que la posesión es un estado de hecho, pero así y todo, el orden social exige que el pretenda cambiarlo, debe recurrir a la autoridad en demanda de tutela, con arreglo a la ley, a falta de acuerdo con el poseedor material; si hay quien, desviándose de este principio de suyo elemental, opta por las vías de hecho, el ordenamiento jurídico debe, imperiosamente, restablecer las cosas al estado anterior y proteger eficaz y rápidamente al poseedor material, imponiendo a los responsables del agravio la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

- 8.- En el Mensaje del Código Civil se hace expresa referencia a la posesión material. Y así se dice que "toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o apariencia del dominio; no es poseedor de una finca sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella". Hay una frase muy expresiva: "Toda posesión es amparada por la ley". Se está refiriendo el Mensaje a la posesión regular y a la irregular, que es a las únicas que en él se distinguen, y dice que ambas consisten "en la investidura de un derecho real".

El derecho a la posesión, o el derecho posesorio, aparece así conceptualizado como un derecho real, que coincide con la definición que de ellos da el artículo 577 del Código Civil, en cuanto reconoce al poseedor el derecho a ser respetado por todos en la posesión, en el sentido de que a nadie le es permiti

tido expelerle de hecho o perturbarle por medio de actos materiales contrarios a ella. De lo dicho fluye que de este derecho real posesorio nacen acciones reales y de carácter inmuebles (artículos 577, inciso final y 580 del Código Civil). De ahí que esta acción, a mi juicio, se ha interpuesto correctamente, porque se ha dirigido contra quienes arrabataron la posesión material del inmueble, siendo irrelevante el alegato del Banco XX en la parte en que sostiene que tal acción le es "absolutamente inoponible" a don G. O. F. G. (comprador del inmueble) e "improcedente" respecto de los demandados, toda vez que ninguno de ellos "ostenta en la actualidad tal posesión". Hay aquí, en mi sentir, una confusión. La acción no se ha dirigido contra el Sr. G.O.F.G., sino contra quienes privaron ilegalmente a la actora de la posesión material del inmueble.

Es cierto que tratándose de la acción posesoria de restitución podría haberse intentado contra el Sr. G.O.F.G., atento lo que dice el artículo 927, pero como dicho precepto consulta una facultad para la víctima de la usurpación, en nada puede influir su decisión de dirigirla contra quienes materialmente realizaron ese acto injusto, aunque la posesión jurídica y material del inmueble ya no la tenga el Banco XX, concretamente, porque ambas pasaron a otras manos.

Se siguió acá el mismo criterio que se observa en la acción reivindicatoria, la que si bien, por regla general, se dirige contra el "actual poseedor" (artículo 895), también puede acogerse a tramitación cuando ella se intenta contra quien dejó de poseer la cosa (artículos 898, 899 y 900 del Código Civil).

- 9.- Don Andrés Bello, en sus Proyectos, siempre distinguió en la compraventa la entrega material y la jurídica en materia posesoria. La primera se perfecciona a través del acto físico, real o simbólico, de permitir al poseedor "tomar asiento de una cosa, ocuparla de hecho, señorearla, disponer de ella", al decir del Derecho Romano; y la segunda, se materializa a través de esa entrega simbólica de la tradición, a través de la inscripción conservatoria.

Según el profesor Alessandri, terminó por eliminarse la referencia expresa de la obligación de hacer la entrega material, por entenderse que ella es de aquellos requisitos que le pertenecen naturalmente al contrato, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 1.444 del Código Civil. Quedó, sin embargo, un recuerdo del pensamiento de Bello en el artículo 1.866, según el cual el plazo de prescripción de la acción redhibitoria

"se contará desde la entrega real".

- 10.- El artículo 726 del Código Civil nos ofrece otro claro ejemplo de que Don Andrés Bello distinguió entre la posesión material y la jurídica, al prevenirse en él que deja de poseerse una cosa desde que otro se apodera de ella, materialmente, como es obvio, con ánimo de hacerla suya. La posesión jurídica, en cambio, sólo puede cesar mediante la cancelación de la correspondiente inscripción conservatoria (artículo 728 Código Civil).

De acuerdo con este criterio, la cancelación de la inscripción de dominio que corría en favor del demandante, como consecuencia del remate de su finca, permitió al Banco XX adquirir la posesión legal de ella, pero no puso término a la que existía materialmente en favor del actor. (artículo 728, inciso final).

A mayor abundamiento, y retomando la idea expresada al comienzo de este numeral, el uso de la palabra "desde", que se emplea en el artículo 726, precisa cuál es el momento en que la posesión material se pierde para el que tiene todavía su poder físico sobre ella, a despecho de la cancelación de la inscripción conservatoria, y pasa a tenerla quien realiza el acto de apoderamiento.

Este criterio viene del Derecho Romano; así lo enseñó Savigny; y luego Pothier, junto con otros autores, distinguió entre la pérdida voluntaria e involuntaria de la posesión material, señalando, como un caso de esta última, el apoderamiento físico hecho por una persona con ánimo de hacer suya la cosa que se hallaba bajo la potestad de otra.

II.- Posición de la jurisprudencia

Nuestros tribunales han reconocido que existe una posesión material y otra jurídica de los inmuebles y que de ambos debe ser privado legalmente el poseedor para que la pierda y entre a adquirirla un tercero.

Veamos algunos ejemplos:

- 1.- La escelentísima Corte Suprema ha declarado que los juicios posesorios tienden sólo a impedir que se altere la situación de hecho relativa a los inmuebles y a evitar que, sustituyéndose a la autoridad del Estado, los particulares se hagan justicia por sí mismos (R.T.45, Secc. 1a. Pág. 285).

Esto es lo que ha ocurrido en la especie. El comprador del inmueble en la subasta disponía de todos los recursos que la ley le acuerda para lograr el desposeimiento material, y decidió hacerse justicia por su propia mano, recurriendo a un procedimiento que, como es obvio, no consulta ni podría jamás consultar ley alguna.

- 2.- La I. Corte de Talca falló que la querrela de restitución procede cuando de facto se ha despojado al actor de la posesión material. ("Gaceta de los Tribunales", 1942, 2º Sem. p. 243 y R.T. 40, secc. 2a p. 56).
- 3.- Numerosos fallos de la Excelentísima Corte Suprema y de diversas Cortes de Apelaciones coinciden en reconocer la posesión material como el elemento decisivo para intentar las acciones posesorias (Ver "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas", Edición año 1953, Pág. 229).
- 4.- La palabra "posesión" que usa la ley en el artículo 928, ha resuelto la Excelentísima Corte Suprema que está tomada en su acepción general y corriente, esto es, en el sentido de "tener en su poder una cosa", y no necesariamente es su estricto sentido legal (de hallarse inscrito el título en el correspondiente Conservador) (R.T. 39, sec. 1a. pág. 163).
- 5.- Ha fallado la Excelentísima Corte Suprema que la sentencia que acoge la acción reivindicatoria dirigida contra el poseedor inscrito, "lleva envuelta la orden de cancelar la inscripción que tiene el demandado relativa al predio reivindicado". ("Gaceta de los Tribunales", 1911, T. II, N° 1.383, pág. 1.135 R. T. 10, secc. 1a. pág. 152). Lo así resuelto, no obstante, mantiene el principio, consagrado en el artículo 904, en orden a que la entrega material debe efectuarla "el poseedor vencido", "en el plazo que el juez señalare". Queda así demostrado, una vez más, que la pérdida de la "posesión jurídica", que evidentemente ya se produjo en el caso de autos con la cancelación de la inscripción conservatoria, no lleva consigo la de la "posesión material".
- 6.- La Excelentísima Corte Suprema ha dicho que la inscripción conservatoria encierra una "ficción de posesión", que no permite prescindir "del carácter de hecho, de realidad que tiene la posesión, como quiera que por definición, es la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño, o, si se quiere, el conjunto de actos que manifiesta el ejercicio de un derecho".

"Por consiguiente, se ha fallado," si en presencia de dos posee

dores inscritos, uno de los cuales sólo tiene la posesión teórica que da la inscripción y otro que une a ésta la posesión material, real y efectiva del inmueble, de acuerdo con los principios jurídicos y en equidad, debe reconocerse al último "MEJOR DERECHO" ("Gaceta de los Tribunales", 1918, 1er. sem., N°4 pág. 19 y R.T. 15, secc. 1a. pág. 473 y R.T. 40, sec. 1a pág. 32).

Es del caso tener presente que en el mismo sentido opinan don Luis Claro Solar (Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado p. VII, p. 570, N° 5 893 y 895), don Oscar Dávila Izquierdo ("posesión y precripción de inmuebles inscritos", Alegato, Santiago, Santiago, 1928, págs. 40 y siguientes) y don José Claro Vial "La posesión inscrita ante la doctrina y la jurisprudencia". Memoria de Prueba, Santiago, 1938, pág. 35).

De acuerdo con el mérito de autos, no me parece dudoso que el actor continuó en la posesión material del inmueble y habiéndolo como señor y dueño, siendo irrelevante para él que hubiere perdido la posesión jurídica, como asimismo el hecho de que los muebles que la alhajaron fueren escasos o de poco valor patrimonial, ya que estos conceptos, en razón de la subjetividad de su apreciación, no tienen, ni pueden tener influencia en el concepto de posesión material.

- 7.- Se ha fallado reiteradamente que la inscripción conservatoria sólo permite al comprador adquirir "legal", pero no "materialmente" la posesión de la cosa vendida. A propósito de un fallo que se publica en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XI, II, p. 1. el profesor Ramón Meza Barros lo comenta favorablemente, al coincidir con que "la posesión legal de la cosa, si no va aparejada de su tenencia material, no brinda al comprador las ventajas que persigue del contrato". Y coincide, con otra opinión ya antes recordada, que "la falta de entrega real o material autoriza al comprador para reclamarla o para pedir la resolución del contrato de compraventa".
- 8.- La Excelentísima Corte Suprema ha legitimado el derecho a entablar el recurso de protección por la persona que en un predio está ejecutando los actos propios de poseedor, en el evento de haberse procedido a la ocupación material, pero ilegal del inmueble, por quien alega ser su verdadero dueño. (R. T. 77, Sec. 1a. p. 53).

III.- De algunas disposiciones legales que protegen la posesión material.

En apoyo de mi tesis que la ley reconoce la posesión "material" como un hecho jurídico independiente de la "legal", y que, por lo mismo, le presta protección, paso a citar, por vía meramente ejemplar, algunos artículos del Código Civil.

Artículos 688 y 722 (reconocen la posesión legal del heredero, pero no se les entiende conferida la material); 700 (define la posesión como la tenencia material de una cosa determinada); 724 (según el cual, tratándose de casos cuya tradición debe hacerse por la inscripción conservatoria, nadie puede adquirir la posesión, se refiere a la legal, sino por este medio); 725 (reconoce ambas posesiones, la legal y la material, si no ha operado un título translativo de dominio); 726 (admite la pérdida de la posesión material por el apoderamiento, salvo el caso de los inmuebles inscritos); 727 (señala que la "posesión legal" cesa por la cancelación de la inscripción, y menciona las únicas fórmulas que la permiten, pero no dice que alguna de ellas ponga término a la "posesión material"); 728 (permite adquirir la posesión material de bienes muebles a quienes no pueden administrar libremente lo suyo, pero estos no pueden ejercer los derechos propios de la posesión legal, sino con la autorización que compete); 731 (trata de la recuperación de la "posesión material", perdida, por medios legales); 894 (que concede acción reivindicatoria, conocida como publiciana, a ciertos poseedores materiales); 895 (según el cual la acción de dominio se dirige, por regla general, contra el actual poseedor material); 900 (permite intentar la acción de dominio, contra el que poseía de mala fe, y que por hecho o culpa suya haya dejado de poseer, como si actualmente se hallare en posesión material de la cosa); 902 (permite al poseedor de un inmueble, que ha sido demandado de reivindicación, continuar gozando de la posesión material, hasta la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada); 914 (permite al poseedor vencido retener la posesión material hasta que el reivindicador le pague, o le asegure el pago, de lo que le debe a título de expensas y mejoras); 916 y siguientes (tratan de las acciones posesorias, que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces); 924 (se refiere a la prueba de la "posesión legal"); 925 (trata de la prueba de la "posesión material" del suelo); 1.315 (le da acción de perjuicios al poseedor material de una cosa que ha sufrido un daño con ocasión de un delito o cuasidelito); 2.498 y siguientes (discurren sobre la base de la posesión material, que, si se hace por medios legales, produce el efecto de no entenderse que ha habido interrupción de la prescripción para el desposeído); 2.510, circunstancia segunda de la regla

tercera (es evidente que se refiere a la posesión material).

Es de fuerza citar también el numeral 5° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile, que reconoce, con el carácter de garantía constitucional, la inviolabilidad del hogar y el numerando 24, del mismo artículo, que asegura el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes, entre los cuales está, a no dudarlo, por la amplitud del precepto, el derecho a la posesión, el *ius possidendi*. Cabe hacer notar que el mismo numeral reconoce la posesión material como un derecho, al decir que, en caso de expropiación, ella no puede ser tomada por el Fisco sin previo pago total de la indemnización que corresponda recibir al expropiado.

Conclusiones

- I Está acreditado en autos el despojo de la posesión material de que ha sido víctima la parte querellante, no tan sólo por la prueba testimonial producida sino, además, por la espontánea confesión que de la materialización de ese hecho ilícito hace el Banco XX, al contestar la demanda, señalando como su autor a la Sociedad ZZ.
- II El señalado hecho ilícito y, de consiguiente, el daño que se causó a la actora debe ser reparado no tan sólo a la luz de los preceptos legales que invoca en su demanda, sino, además, por la necesaria aplicación, en mi sentir, de lo que preceptúan los artículos 926, 2.314, 2.315, 2.316 y 2.329 del Código Civil.
- III Si en la comisión de este hecho ilícito han participado varias personas, es evidente que la responsabilidad de ellas, ante la indemnización, será solidaria, por preceptuarlo así los artículos 927, inciso final y 2.317, inciso 1° del mismo cuerpo legal.

NOTA

El autor omitió los nombres de las partes de la contienda judicial a que se refiere este Informe.