

Legal |
Análisis Jurídico | Contratos y responsabilidad | Artículo 1 de 1

Revisitando la "teoría de la posesión inscrita"

"... La reforma en actual discusión otorga una excelente oportunidad para recoger la opinión del mundo académico y corregir los aspectos defectuosos, sin comprometer la función que el Registro inmobiliario ha prestado a la economía del país y su buena reputación como forma de protección de la propiedad..."

Lunes, 20 de septiembre de 2021 a las 12:59



Jaime Alcalde

[Ver más](#)



A⁻ A⁺ Imprimir Enviar

Jaime Alcalde

Uno de los mitos jurídicos más asentados del derecho chileno es la llamada "teoría de la posesión inscrita". Con ese nombre se designa una explicación doctrinal de carácter sistemático referida a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión de los bienes raíces, que busca unificar distintas reglas previstas para cuestiones puntuales a partir del cometido que (se dice) desempeña la inscripción conservatoria. A ella se le confiere la función de requisito, prueba y garantía de posesión.

Aunque con antecedentes durante el siglo XIX, la formulación de esta teoría se encuentra en los trabajos de Humberto Trucco Franzani (1882-1951), Humberto Mewes Bruna (1889-1972) y Humberto Álvarez González (1905-1986). El primero, que después se desempeñaría como presidente de la Corte Suprema durante dos períodos y profesor de derecho procesal en la Universidad de Chile, es quien más influencia tuvo en la construcción de esta teoría. En su trabajo de 1910 reacciona contra una tendencia jurisprudencial de la época, respaldada por varias memorias de prueba, que estimaba conducía hacia un debilitamiento del régimen de posesión inscrita. Lo hace postulando que la inscripción conservatoria es una ficción legal y que en ella confluyen figurativamente los dos elementos de la posesión (tenencia y ánimo de señor o dueño), de suerte que sólo merced a dicha inscripción puede existir verdadera posesión sobre un inmueble. Tres años más tarde, Mewes matizaba esta conclusión, señalando que la inscripción es casi siempre prueba de posesión, pese a que existen casos en que eso no ocurre y, por consiguiente, resulta necesario analizar las causas próximas y remotas invocadas para la adquisición del dominio por cada uno de los poseedores del inmueble a fin de determinar su verdadera situación jurídica. Finalmente, en 1926 Álvarez defendía que la inscripción conservatoria era la que concedía la posesión regular sobre el inmueble, pero que sin ella se podía todavía adquirir una posesión irregular.

En 1934 apareció un trabajo de Leopoldo Urrutia Anguita (1849-1936), ya jubilado de la Corte Suprema y de su cátedra de derecho civil en la Universidad de Chile, sobre la restringida función que desempeña la inscripción conservatoria. Este autor postula que aquella se limita a ser garantía de posesión contra actos

físicos de apoderamiento y siempre que sea real, y no puramente de papel, vale decir, que esté o haya estado acompañada de la tenencia material del inmueble. Este último trabajo comprueba que la "teoría de la posesión inscrita" se había consolidado después del trabajo de Trucco gracias al aporte de la doctrina y la recepción de esas ideas por parte de la jurisprudencia. A partir de entonces quedaron planteadas las doctrinas de la inscripción-ficción y de la inscripción-garantía sobre la que ha basculado la discusión en torno a la materia, incluso permitiéndose en los últimos años la reivindicación contra el poseedor material.

Siguiendo la estela de Santi Romano, Paolo Grossi define el "mito jurídico" como una certeza axiomática a la que se llega tras absolutizar ciertas nociones y principios relativos y discutibles, reemplazando el conocimiento por la creencia. Con la "teoría de la posesión inscrita" ha ocurrido que el foco de análisis se ha puesto en la posesión y no en la propiedad, cuyo concepto referencial se busca en el art. 700 CC. Toda teoría parte de una hipótesis. Aquí la construcción dogmática se apoya sobre la función de la inscripción conservatoria, que cumple en el Código Civil un cometido tanto respecto de la posesión como de la propiedad de los bienes raíces, pese a que la segunda de esas funciones queda eclipsada o minusvalorada con esta formulación. Por eso, ella acaba girando sobre la posesión de los inmuebles, con la consiguiente distinción entre aquellos que forman parte del sistema registral ("los inmuebles inscritos") y aquellos otros que no han ingresado todavía a éste ("los inmuebles no inscritos"). La causa de este desvío respecto del correcto derrotero de análisis proviene de una lectura demasiado literal del Mensaje del Código Civil, cuando señala 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. [...] En algunas legislaciones la inscripción es una garantía, no sólo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos [...] No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente" (§ 21).

Con esta comprensión acerca del régimen de los bienes raíces, el centro de gravedad se desplazó desde la función constitutiva que tiene la inscripción conservatoria respecto de una titularidad real hacia la prueba de su posesión. Porque si bien es cierto que el sistema registral instituye un régimen posesorio de carácter técnico, esta consecuencia deriva de la función de modo de adquirir el dominio que el código atribuye a la inscripción como forma de practicar la tradición (art. 686 CC). Esta novedad provino de la Comisión Revisora, que decidió transformar en obligatorio un modo de tradición que el [Proyecto de Código Civil de 1853](#) consideraba facultativo, aunque irreversible. Dicho Proyecto preveía que la tradición de todos los bienes se hacía de la misma forma, fuese de manera real o simbólica (art. 821). Una de las formas de tradición simbólica era la inscripción en un registro público similar al que llevaban por entonces las Contadurías de Hipotecas (art. 826). La consecuencia que traía el hecho de optar por esta forma de tradición era que todas las siguientes transferencias sobre dicho bien raíz debían hacerse igualmente a través de una inscripción conservatoria, sin poder regresar al régimen general de tradición real o simbólica. Asimismo, el Proyecto de 1853 contemplaba dos funciones separadas para la tradición, una que incidía sobre la transferencia de dominio (art. 806) y otra que se reflejaba en la posesión (art. 841).

La Comisión Revisora decidió separar la manera de efectuar la tradición según si se trataba de bienes muebles o inmuebles, haciendo obligatoria la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces para los segundos (art. 686 CC), y ordenando también inscribir las herencias (art. 688 CC). Como consecuencia, se agregaron una serie de normas que reforzaban la fuerza de la inscripción (arts. 696, 724, 728, 729, 915, 924 y 2505 CC) y, sobre todo, se precisó el efecto de la tradición hecha por quien no era dueño de la cosa

(art. 683 CC). Sólo se dejó fuera de este régimen a las servidumbres (art. 698 CC), "por no haber parecido de bastante importancia" (Mensaje del Código Civil, § 20). El modelo seguido proviene del § 431 del Código Civil austríaco de 1811 (ABGB), el cual exigía que el acto traslativo se inscribiese en el registro respectivo para que existiera tradición, teniendo igualmente como referencia el sistema prusiano que inspiró la regla que prohíbe la prescripción contra tabulas (art. 2505 CC). El Mensaje da cuenta de cuál era el objetivo que se perseguía, puesto que señala que el Registro conservatorio diseñado para el país "se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia" (§ 23). Como explica Santiago Zárate, le correspondió a Alejo Valenzuela (1816-1879), uno de los integrantes de la Comisión Revisora, la implementación práctica de estas ideas mediante la redacción del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, en vigor desde el 1 de enero de 1859.

Son varias las consecuencias que se pueden extraer de esta decisión que acabó recogida en el Código Civil. La primera de ellas es que la inscripción conservatoria está relacionada con la adquisición de la respectiva titularidad, siendo la posesión una cuestión secundaria o refleja. La redacción dada al art. 686 CC muestra que se optó por un modelo de inscripción constitutiva, vale decir, la mutación del derecho recién se produce al practicarse el asiento registral. Esto significa que la inscripción cumple su cometido primordial en el ámbito del dominio y los demás derechos reales, porque consume el modo de adquirirlos o constituirlos. De ahí que ella desempeñe una función legitimadora, puesto que al titular del derecho le basta con la inscripción para ser tenido como tal y para demostrar respecto de terceros que lo es. La segunda consecuencia es un corolario de lo anterior: la inscripción prueba ante todo la respectiva titularidad real, y no solamente su posesión o dimensión ostensible. Sin embargo, esa prueba admite discusión, puesto que el modelo de transferencia adoptado por el código es causal, de suerte que el Registro refleja lo que ha sucedido a partir del título del cual deriva el respectivo derecho (arts. 675 y 682 CC). Cabe la posibilidad de demostrar entonces que el título no ha permitido en ese caso concreto adquirir la respectiva titularidad. Hay aquí una diferencia crucial con el sistema alemán, donde el principio de abstracción hace que subsistan de manera diferenciada el negocio obligacional y el negocio dispositivo. Este último se compone de dos elementos, como son el acuerdo real y la inscripción, pero la modificación de la titularidad sobre la que incide se produce con independencia de la existencia o validez del negocio obligacional. La tercera consecuencia tiene que ver con la posesión. El art. 700 CC no contiene una definición general de posesión, puesto que ese concepto sólo puede ser aplicado respecto de las cosas corporales muebles. En paralelo existe un régimen posesorio para las cosas incorpóreas (art. 714 CC) y otro para los bienes raíces y los derechos constituidos sobre ellos (art. 696 CC), que comparte sus calidades y vicios, pero no el concepto basal. El problema reside en que la mentalidad de los operadores jurídicos se resistió (y se sigue resistiendo) a aceptar la nueva comprensión técnica de posesión, donde la inscripción pasa a desempeñar la función legitimadora que tiene la tenencia con ánimo de señor o dueño respecto de las cosas muebles. Como explica [Claudio Barahona Gallardo](#), "la implementación de un registro público no significó inmediatamente un cambio radical en la concepción más tradicional de la posesión, cuya genuina naturaleza siempre había sido entendida como facticia y material". En esa creencia atávica y persistente se asienta la "teoría de la posesión inscrita", que nada tiene que ver con las explicaciones de Savigny o Ihering.

[El código adopta un concepto de posesión que se encuentra subyacente en sus reglas y solamente se manifiesta de manera directa en el Mensaje que lo precede](#), donde ella viene definida como la investidura real o aparente de un derecho real (§ 24). Esta fórmula expresa la idea de que el poseedor es la persona que ejerce de una manera ostensible la respectiva titularidad, teniendo el control del aprovechamiento

económico de la cosa. Más allá de la materialidad, el factor crucial es la posibilidad de decisión sobre el destino productivo de una cosa (por ejemplo, ordenando el corte de maderas, o la construcción de edificios, cercos, plantaciones o sementeras, según señala el art. 925 CC), como se evidencia respecto de la herencia (art. 688 CC). La particularidad reside en que el código chileno considera poseedor tanto al dueño como al que se da por tal, puesto que la posesión refleja en el mundo de los sentidos una situación de naturaleza incorporal (art. 565 CC). El nuevo Código Civil belga, cuyo [Libro III dedicado a los bienes](#) entró en vigor este 1 de septiembre, sirve para apreciar este matiz. El art. 3.18 define la posesión como "el ejercicio de hecho de un derecho, como si se fuese su titular, sea por sí mismo, sea por intermedio de un tercero". De ahí que "aquel que ejerce de hecho un derecho se presume poseedor, salvo prueba en contrario" (art. 3.18 II). En cambio, la intención de ser titular está ausente cuando existe una obligación de restituir, o cuando ella viene excluida por un negocio jurídico o por un título legal o judicial, en cuyo caso sólo hay detentación (art. 3.18 III). Acreditado el ánimo posesorio, existe otra presunción: mientras no se demuestre lo contrario, el poseedor se presume titular del derecho que ejerce (art. 3.23). Estas referencias muestran que la posesión alude a una cuestión relacionada con el aprovechamiento de una cosa y que pertenece a un campo distinto de aquel donde se analizan las titularidades posibles sobre ella, las cuales sirven para explicar la legitimidad de dicha tenencia.

El valor de la inscripción conservatoria ha sido reconocido por el [Índice Internacional de Derechos de Propiedad](#), que en su versión 2020 sitúa a Chile en la posición número 28 del mundo y primero en la región. Por cierto, esto no elimina los problemas derivados de dobles inscripciones, inscripciones de papel, inmatriculaciones fraudulentas, supuestos de posesión material u otros defectos que la práctica ha ido evidenciado en estos ciento sesenta años de funcionamiento del sistema registral inmobiliario. Esto ha hecho surgir una pluralidad de regímenes de saneamiento, cuya mirada de conjunto es imposible por su carácter heterogéneo y fragmentario. El DL 2695/1979 es sólo el más conocido y aplicado de ellos, pero existen mucho otros (por ejemplo, [el estatuto de la propiedad austral](#) que se resiste a desaparecer, pese a su derogación en 1977). Victorio Pescio atribuía estas dificultades a la ausencia de un catastro inmobiliario general, que en los países germánicos ha sido complemento indispensable del Registro.

Con el propósito de contribuir al debate en torno al [proyecto de reforma al sistema registral](#) (Boletín núm. 12.092-07), [156 profesoras y profesores de derecho privado remitieron una carta a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado](#) con algunas observaciones críticas sobre las innovaciones que ese proyecto pretende introducir y también con una serie de sugerencias respecto de ciertos aspectos que una reforma sería debería contener. Dentro del primer grupo se menciona la preterición de una revisión general de la función registral, que queda reducida sólo al Conservador de Bienes Raíces; la necesidad de separar el oficio notarial y el conservatorio; la conveniencia de eliminar completamente los márgenes de discrecionalidad en los nombramientos; la disminución de asimetrías de información y la incorporación de tecnología dentro de un marco que resguarde la seguridad informática y la protección de los datos personales; la confusión que supone introducir un registro bajo el sistema de folio real cuando a la par se mantiene los registros actuales y se ordena su interconexión; la necesidad de contar con un catastro inmobiliario si se desea establecer el régimen de folio real; la duplicidad del Registro de Interdicciones y la ausencia de coordinación entre el actual régimen de incapacidad y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo (DS 201/2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores), cuestión que ya ha sido abordada parcialmente a través de las Leyes 20.422 y 21.331, y la urgencia de mejorar el sistema de fiscalización, tendiendo hacia la unificación de criterios entre los distintos Conservadores. De igual manera, los suscriptores aconsejan incorporar al proyecto algunas reformas urgentes, como un perfeccionamiento de

la potestad de calificación registral, el rediseño del sistema recursivo, la aclaración del alcance de la prioridad registral, una ampliación de la publicidad derivada del Registro, y la incorporación del principio de tracto registral, ya existente en el Código de Aguas.

El sistema registral chileno fue construido sobre cimientos que pretendían dar fortaleza a las titularidades reales. Sus problemas han provenido de la comprensión que se ha dado al papel de la inscripción conservatoria y de la ausencia de un catastro inmobiliario de carácter público y nacional. La reforma en actual discusión otorga una excelente oportunidad para recoger la opinión del mundo académico y corregir los aspectos defectuosos, sin comprometer la función que el Registro inmobiliario ha prestado a la economía del país y su buena reputación como forma de protección de la propiedad.

EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online