



**Escuela de derecho**

**Universidad de Valparaíso**

**BORRADOR FINAL TESINA**

*¿Puede la mera tenencia mutar en posesión?  
La Excepción aparente del artículo 2510 regla  
tercera.*

**Participantes:** Camilo Álvarez abarca

Marilen Báez Araya

**Profesor guía:** Muriel Sabioncello Soto

**Fecha:** 15 de diciembre del 2017.

## ABSTRACT

La mera tenencia regulada en el ordenamiento jurídico chileno tiene como eje sustancial el reconocimiento del dominio ajeno, aquel que se tiene sobre una cosa y ejerce sobre ella facultades de uso y goce es denominado un mero tenedor. La pregunta pertinente que se trata de dilucidar dice relación con la posibilidad de que esta institución pueda mutar en posesión y por ende, el mero tenedor pueda adquirir el dominio de las cosas por prescripción adquisitiva, prescripción adquisitiva extraordinaria. Dicho esto, en las páginas siguientes se resuelve si efectivamente la mera tenencia puede mutar en posesión y para ello se vale de un análisis exhaustivo de las normas que el ordenamiento jurídico provee para el tratamiento de estas figuras, de un análisis jurisprudencial nacional y comparado, doctrinal e histórico que procure comprobar si acaso ¿puede la mera tenencia mutar en posesión?

*Mera tenencia-posesión- prescripción adquisitiva-prescripción adquisitiva extraordinaria-artículo 2510 regla tercera.*

<u>ÍNDICE</u>	Página
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>4</b>
<b>1 CAPITULO PRIMERO: LA MERA TENENCIA</b>	
1.1 generalidades de la mera tenencia	6
1.2 término conceptual y análisis.	7
1.3 Etimología y origen.	8
1.4 naturaleza jurídica de la mera tenencia situación del código civil chileno y comparado	9
1.5 Características de la Mera tenencia	13
1.6 Efectos generales de la Mera tenencia	15
1.7 la Mera tenencia y sus efectos en derecho comparado en derecho comparado	18
1.8 La Mera tenencia en el código civil chileno, en el proyecto del código civil chileno y en derecho comparado.	20
<b>2 CAPITULO SEGUNDO: MERA TENENCIA Y POSESIÓN</b>	
2.1 posesión, generalidades y análisis conceptual	22
2.2 Elementos de la posesión y naturaleza jurídica	23
2.3 Mera tenencia y posesión, breves reflexiones	25
<b>3 CAPITULO TERCERO: DEL ARTÍCULO 2510</b>	
3.1 Alcances del artículo 2510	26
3.2 Circunstancias que deben concurrir en la Regla tercera del artículo 2510	27
3.3 Interpretaciones Doctrinales	30
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>37</b>

## INTRODUCCIÓN

Dentro de las instituciones del ámbito civil reguladas en el ordenamiento jurídico chileno, cobra especial relevancia, para el texto que prosigue, la relación hombre-cosa que se puede advertir es una trilogía digna de análisis. Como bien señala Pablo Rodríguez Grez “la clásica trilogía “dominio, posesión y mera tenencia está íntimamente integrada” (1995, P: 18). Es por ello que la base del trabajo que se expone a continuación trata de determinar qué posibilidades tiene una de dichas instituciones antes mencionadas , en particular la mera tenencia , de mutar o transformarse en posesión y consecuente con ello adquirir el dominio por medio de la institución de la prescripción. Para ello este **trabajo** adopta como eje central un análisis breve , no obstante pormenorizado, de la mera tenencia y de la posesión , para luego abocarse exclusivamente al desarrollo de la premisa principal que dice relación con la interrogante de si efectivamente “puede la mera tenencia mutar en posesión” , reflexión que conlleva a tratar específicamente el artículo 2510 numeral tercero, **en relación con el art 716 CC**, que señala que “el dominio de las cosas comerciales que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse; N°3 : 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 : 1° , 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; 2° que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia , clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”.

Actualmente, la doctrina no se encuentra al conteste sobre el punto en particular, si bien admitimos desde el comienzo la imposibilidad de una transformación de la mera tenencia en posesión por el simple lapso del tiempo (como señala el artículo 716 CC). Hay voces contrarias que ven dicha posibilidad en el caso del artículo 2510 n°3. Así, tal como señala Fernando Rozas Vial en su libro acerca de los bienes, quien ha manifestado al respecto que la mera tenencia es “Inmutable o indeleble, *jamás* se transforma en posesión, ni aún en el caso del art 2510 n° 3 que menciona el artículo 716 del C.C”. (1998, P: 225).

Sin embargo y a contrario sensu, otros autores como Rodríguez Grez señalan que existe tal posibilidad de mutación o transformación de la institución en comento, mera tenencia en posesión y por lo tanto rompe con los discursos doctrinales esgrimidos hasta el momento. Por ello es importante analizar particularmente su postura.

En razón de lo anterior resulta indispensable reflexionar y analizar con resultados concluyentes las instituciones a las que se alude, fundamentalmente debido a la recurrencia y cotidianeidad de la mera tenencia y de la posesión en el derecho civil chileno, en esta relación hombre cosa que se señaló en un comienzo. Daniel Peñailillo ha señalado al respecto “que son fundamentalmente tres las situaciones en que es posible encontrarse frente a una cosa y la última es la del mero tenedor. La definición la encontramos en el art 714 del CC y de allí puede observarse que el mero tenedor detenta la cosa (tiene el corpus). pero reconociendo dominio ajeno, lo que lo separa nítidamente de la posesión , no obstante en casos concretos puede no ser fácil determinar si alguien posee o es mero tenedor y es importante averiguarlo” (2006, P: 361). Al tenor de lo que señala el autor **es que este trabajo propone un objetivo** similar , es importante especificar cuando hablamos de mera tenencia , cuando hablamos de posesión y cuáles son los aspectos que determinan una y otra situación y además determinar si efectivamente existe la posibilidad de que una mute en otra y cuál es el procedimiento y la legislación aplicable para que dicha figura se transforme , finalmente, identificar las consecuencias que ello podría traer aparejado , al tenor del artículo 2510 regla tercera del código civil chileno.

## CAPITULO PRIMERO DE LA MERA TENENCIA

### 1.1 Generalidades de la Mera tenencia

**La estructura de este trabajo** propone analizar de manera conveniente todas las figuras antes mencionadas en párrafo introductorio, por ello, determinar la sustancia, alcance y límites de la mera tenencia, posesión y prescripción resulta fundamental, ello con el objeto de arribar a la respuesta que nos convoca, ¿puede la mera tenencia mutar en posesión? ¿Es posible ello hoy en día en el ordenamiento jurídico chileno al tenor de las normas disponibles? ¿Cuáles son las normas que podrían dar lugar a la concreción de dicho objetivo?, por ello y en primer lugar, se analiza en términos generales y específicos, la mera tenencia en cuanto a su concepto, elementos y su situación vigente en la normativa disponible y contingente. Sin embargo no es baladí insistir en que el análisis sincronizado de las figuras en comento resulta fundamental para arribar a una conclusión de la tesis en estudio, tal como señala pablo rodríguez Grez “entre la posesión y dominio hay una secuencia que solo puede destruir el verdadero dueño y una relación de causa ( posesión) a efecto ( dominio) que opera a través del tiempo por medio de la prescripción” sigue ; “*la clásica trilogía dominio , posesión y mera tenencia* está íntimamente integrada. En efecto el dominio solo puede probarse (exigencia racional) por medio de la prescripción, lo cual implica reconocer que se es dueño y también poseedor y en tal calidad puede acreditar su derecho” (Rodríguez Grez, 1995: p 18).

Desde un punto de vista actual es menester hacer la prevención que señala que la mera tenencia no va a conducir a la prescripción y por ende a la adquisición ya que el mero tenedor no posee, premisa que no nos parece evidente del todo y que bajo ciertos supuesto que se pretende analizar podríamos revertir dicho enunciado. Pablo rodríguez Grez señala “durante muchos años se nos ha enseñado que la mera tenencia es indeleble, vale decir, que no se muda por el transcurso del tiempo en posesión, la ley sin embargo, dice otra cosa”. (1995; p 19)

Por lo mismo cabe preguntarse ¿Cuáles son las fuentes que constituyen la mera tenencia? Los autores Manuel Somarriva y Arturo Alessandri señalan que “el mero tenedor puede encontrarse en dos situaciones que jurídicamente son diversas: 1) puede tener la mera tenencia de la cosa a virtud de un derecho real sobre la misma, y 2) puede tener la mera

tenencia a virtud de un título personal que lo une con el dueño de la cosa. Son meros tenedores por ejemplo, el usufructuario, el que tiene sobre la cosa el derecho de uso y habitación, el que tiene el derecho de prenda. En estos tres casos, se es mero tenedor de la cosa en virtud de que en ella se tiene un derecho real, cuales son el usufructo, el uso, la habitación y la prenda. Pero también, como acabamos de indicar, se puede ser mero tenedor de una cosa sin tener un derecho en ella misma sino porque liga al mero tenedor un vínculo personal con el dueño de la cosa: como el comodatario, el depositario y el arrendatario. En estos tres casos, el mero tenedor tiene la mera tenencia de la cosa porque lo liga un vínculo personal, contractual, y con el propietario de ella”. (2005: P.394).

El mensaje del código civil de don Andrés bello ilustra de manera adecuada y pedagógica el contraste entre ambas situaciones (mera tenencia y posesión), y señala que “acerca de la posesión, se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura menos embarazosa y ambigua que la que al presente existe. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la 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. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio, puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre. El usufructuario no posee la cosa fructuaria, es decir, no inviste ni real ni ostensiblemente el dominio de ella; posee sólo el usufructo de ella, que es un derecho real y por consiguiente susceptible de posesión. Pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato. El que a nombre ajeno posee, no es más que un representante del verdadero poseedor, ni inviste más que la simple tenencia. Así los términos posesión civil, posesión natural, son desconocidos en el proyecto que os someto; las palabras posesión y tenencia contrastan siempre en él; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno”. (Mensaje CCH: Párrafo 24).

## **1.2 La Mera Tenencia: Término Conceptual Y Análisis.**

El código civil chileno prescribe en su artículo 714 CC lo siguiente “*se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor*

*prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo uso o habitación les pertenece. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa, reconociendo dominio ajeno*". Según este artículo y como bien señalan los autores Arturo Alessandri Y Manuel Somarriva "dentro de nuestro derecho posesión y tenencia son conceptos excluyentes, y términos que siempre contrastan la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Esta última nunca conduce a prescripción porque para prescribir es necesario poseer y el que tiene la mera tenencia no posee" (2005: p 394). En consecuencia, lo fundamental de dicha concepción legal radica en que indudablemente el mero tenedor reconoce la propiedad de alguien más sobre el bien, el cual cuida o disfruta de aquel. Peñailillo Arévalo señala al respecto "el mero tenedor detenga la cosa (tiene el corpus), pero reconociendo dominio ajeno, lo que lo separa nítidamente de la posesión" (2006: p.361).

Es atendible también, de dicha conceptualización que realiza el artículo 714 CC, los ejemplos que se proponen y que no son más que situaciones que concretan la sustancia del concepto de mera tenencia, pues no solo son meros tenedores los usufructuarios sino que también el acreedor prendario, que posee, que tiene en su poder la cosa a modo de garantía, pero que sin embargo reconoce el dominio ajeno, reconoce el dominio que la persona del deudor tiene sobre la prenda. También encontramos en esta enunciación ejemplar al secuestre, el cual, amén de su reconocimiento de dominio ajeno, se encarga exclusiva y únicamente de guardar la cosa. Y por cierto también se hace referencia a la persona que tiene derecho de habitación y el usuario.

A mayor abundamiento, podría estimarse que la enunciación de ejemplos de mera tenencia que propone dicho artículo no pareciera ser taxativa, en cuanto señala "lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa, reconociendo dominio ajeno". Por lo tanto lo previsto para la mera tenencia podría ser aplicado a otros casos aun cuando no se encuentren en dicha enunciación.

### **1.3 Etimología Y Orígenes De La Mera Tenencia**

Útil resulta, para este breve acápite relativo a la etimología de la mera tenencia, la apreciación que sobre ello realiza el autor Alberto Pomes, quien señala que "respecto al origen etimológico,

parecer haber acuerdo en que la voz tenencia” procede del latín *tenentia*, más tarde, *tenentiae*, derivada a su vez de *teneo*, *tenere*, que significa “tener asido”. Señala a sí mismo el autor “esta expresión nos da ya una idea de que la ley rara vez usa el término de tenencia en forma aislada, ya que frecuentemente la denomina mera tenencia” (1966: p.12)

En cuanto a “mero” el autor señala que “mero procede del latín “*merus*”, originalmente puro, sin mezcla, de donde derivó a verdadero, sin adicción” para quedar finalmente en “nada más que”. Es curioso como esta evolución del vocablo se asemeja a las diversas acepciones que pueden atribuirse al concepto” (1966: p.13).

En relación con el origen el autor en comentario distingue entre tenencia doméstica y la tenencia contractual, ambas de origen en roma, de modo que parece lógico que la tenencia doméstica aparece primero en el tiempo, en el contexto de la casa romana y de la organización constitucional de la misma, en cuanto a que su sistema jerarquizado da lugar u origina la mera tenencia. Pues debemos suponer que el contexto de la casa romana el páter familia podía ausentarse por la guerra o por un viaje lo cual los lleva a concluir que “los hijos debían ejercer la posesión por su parte y administrar sus bienes. Los esclavos por su parte “tenían las cosas que el páter familia les hubiere concedido para su uso personal y aquellas cuyo cuidado les hubieren encomendado” (Pomes; 1966: p. 15). De lo anterior, destacamos que desde los orígenes la mera tenencia ha tenido este sustrato, esa sustancia que señala que hay un reconocimiento del dominio ajeno, en este caso en particular, lo era por parte de los hijos que administraban a nombre del padre y los esclavos que por su parte hacían uso de las que el páter les hubiera concedido para el uso personal. Esta distinción o carácter de reconocimiento del dominio ajeno pareciera estar presente desde los orígenes de dicha institución civil.

#### **1.4 Naturaleza Jurídica De La Mera Tenencia Situación Del Código Civil Chileno Y Comparado**

Para determinar la naturaleza jurídica de la mera tenencia hemos de separar dos posiciones antagonistas que se refieren al tema, en realidad dos teorías, la teoría objetiva y la teoría subjetiva.

Para la teoría objetiva, la mera tenencia queda reducida a su mínima expresión, a la de servidumbre de una relación posesoria, en una situación de dependencia económica, material y jurídica según los temperamentos que se adopten. “La tenencia no es otra cosa que un efecto jurídico complejo. Es decir, el tenedor tiene a fin de que otro posea y la posesión de ese otro llámese ausente, jefe de familia o dueño de las relaciones contractuales, impone a la relación posesoria del tenedor el seno de la mera tenencia” (Pomes ; 1966. P 19). En conclusión, la mera tenencia para la teoría objetiva es siempre una situación excepcional. En esta teoría se despoja de valor al aspecto volitivo el cual por ende, no tiene mayor importancia. Adhieren a esta teoría el código alemán, el suizo y el brasileño. A mayor abundamiento sobre esta teoría , Luis claro solar señala que “el sistema de Savigny , que hace de la voluntad un elemento determinada y soberano de la posesión , lo que le ha valido el nombre de teoría subjetiva , ha dominado en la doctrina y en la legislación en el último siglo , constituyendo un sistema clásico, pero que ha provocado la crítica y la oposición no solo respecto de sus detalles sino respecto de sus bases mismas y de sus miras fundamentales; y es IHERING, el gran romanista, quien le ha dirigido los más rudos ataques”. (1932: p. 421). Luego y sobre este autor (IHERING) Luis claro solar ha señalado que “cuando las dos condiciones que en general , son requeridas para la existencia de la posesión , a saber ; el corpus y el animus , se encuentran reunidas , dice ihering , hay siempre posesión , a menos que una disposición legal estatuya por excepción que hay simplemente detención. Toca al que sostiene la existencia de semejante causa de exclusión de la posesión, suministrar la prueba, para determinar que hay posesión basta establecer la existencia exterior de la relación posesoria (el corpus), la cual como tal implica el animus, es decir, la conciencia del acto”. (1932: p. 422). Por tanto para dicho autor, este elemento intencional carece de relevancia, sin embargo no pretende suprimirlo del todo, así como lo explica Alessandri, Vodanovic y Somarriva; “Ihering no pretende suprimir de la posesión el ánimo intencional; pero niega que exista un animus especial o calificado, y menos un animus domini, para constituir la posesión. Toda relación posesoria implica un animus, aun la mera detentación pues también supone voluntad. Sin esta solo puede concebirse una mera yuxtaposición local. (Caso del prisionero que está en contacto con sus cadenas o de la persona dormida a quien se pone algo entre las manos). El elemento intencional es común a la posesión y a la detentación y no consisten en un animus domini, sino en el propósito de servirse de la cosa para sus necesidades”. (2005: p.361). Por ende para esta doctrina y siguiendo al autor en comento, Ihering, el animus y el corpus, tanto en materia posesoria como en mera tenencia, no

son más que dos aspectos de una misma relación, el animus es el propósito de servirse de la cosa para sus propias necesidades y el corpus muestra de forma evidente la exteriorización de este propósito. El corpus es por consiguiente la manifestación evidente y externa de una voluntad y que por ende no se da sin el ánimo, que es el propósito exteriorizado y hecho visible mediante el corpus. Ihering ha dicho que “el elemento intencional no es pues, distinto ni independiente del corpus; está implícitamente contenido en él”. (Alessandri et al; 2005: p.362).

En teoría subjetiva o savigniana, y tal como su nombre lo indica, este factor volitivo que ha sido obviado o que carece de importancia en la teoría objetiva, resulta aquí fundamental. El autor Alberto Pomes señala al respecto “la teoría subjetiva razona así: una vez dadas las condiciones exteriores de la relación posesoria, esto es, en presencia en presencia del corpus: ¿de qué depende que haya posesión o tenencia? Nadie más idóneo que el propio Savigny para responder: toda posesión se basa sobre la convicción de un poder ilimitado de disponer físicamente de la cosa. Para que esta convicción se produzca, es necesario voluntad de tener la cosa en nombre propio-animus- y al mismo tiempo son necesarios los elementos materiales constitutivos de este poder de disponer el corpus” (1966: pag. 20). Según Alessandri, Somarriva y Vodanovic; “nuestro código civil chileno ha seguido la teoría clásica de la posesión, pues da el papel preponderante al elemento psicológico del animus. Para adquirir la posesión se necesita el corpus y el animus, pero para conservarla basta este último. Diferencia el código civil chileno la posesión de la mera tenencia atendiendo al ánimo de comportarse como dueño o respecto cosa” (Alessandri A, et al (2005): p. 362). En conclusión, respecto a la naturaleza de la mera tenencia, podemos señalar que en nuestro código encontramos una clara muestra de naturaleza subjetiva, adherido fundamentalmente al planteamiento de Savigny y que ha sido acogida de forma casi unánime en las legislaciones, en derecho comparado, como se analizará más adelante. Teoría que entre otras, hace un distingo importante entre posesión y tenencia, a la primera de las cuales le otorga un grado de mayor jerarquía. “la mera tenencia se caracteriza, en esta escuela, por contener, respecto de la posesión, un reconocimiento de dependencia e inferioridad” (Pomes, 1966: p. 21).

El código civil chileno ha optado por la teoría clásica de la posesión, pues da papel preponderante al elemento psicológico del ánimo. Para adquirir la posesión se necesita el corpus y el ánimo, pero para conservarla basta este último. Una consecuencia de seguir con

este paradigma subjetivo por parte del código en comento, es que “la protección mediante las acciones posesorias, el código civil chileno solo la concede al poseedor y no al mero tenedor”. (Alessandri et al, 2005: p.363). A. Alessandri – M. Somarriva y A- Vodanovic han señalado que esto trae como consecuencia, como habíamos dicho anteriormente, que las acciones posesorias no se conceden a los meros tenedores como el arrendatario, “cuando estos se ven amenazados o perturbados en su tenencia, están obligados a recurrir al propietario, lo que entraña dilaciones y dificultades materiales y complicaciones” (Alessandri et al; 2005: p.363). Ello no ocurre en otras legislaciones como la alemana que se inspiran en los postulados de Ihering, ya que éstos conceden la protección posesoria en la forma más amplia posible y otorgan, sin distinción, acciones posesorias tanto a los poseedores como a los meros tenedores. Es menester señalar que el ánimo de señor y dueño es muy difícil de determinar exteriormente por cuanto el legislador no ha proporcionado al juez ninguna norma general al respecto. Señalan los autores Alessandri , Somarriva y Vodanovic “con la teoría objetiva estas dificultades se evitan , sea porque la ley señale los casos en que se niega la protección posesoria , sea porque para excluir de esa protección , resulta mucho más fácil probar que no se tiene una cosa en su poder para sí mismo sino para otro”. (Alessandri et al; 2005 p. 364).

En derecho comparado la situación resulta diversa, ya que las legislaciones han adoptado una u otra concepción, objetiva o subjetiva, lo que demuestra diversas particularidades que como es dable apreciar difieren de lo que ocurre en el código civil chileno.

Código alemán y suizo: el código alemán y suizo se ven directamente influenciados por la teoría objetiva de Ihering. Ocurre en tales casos que dichos códigos no oponen entre sí la mera tenencia y la posesión, sino más bien distinguen entre poseedor originario y poseedor indirecto, pero conceden a ambos las acciones posesorias. Sometidos también a dicha influencia se encuentran los códigos de Brasil, México, Perú y Venezuela (1942).

Al respecto, Alessandri, Vodanovic y Somarriva han señalado; “el código alemán llama posesión a la detentación y, por consiguiente, suprime el requisito del animus domini. Pero se ha observado que para no confundir la posesión con toda simple relación de contacto material, niega el título de poseedores y, por ende, la protección posesoria a los detentadores que no fueren más que servidores de la posesión o instrumentos de posesión por otro. El código suizo, inspirándose en el alemán prescinde también de toda distinción entre posesión y

detentación y ni siquiera consigna expresamente la expresión del código germánico respecto de los tenedores dependientes o subordinados”. (2005: p.363).

El código civil italiano de 1942 define la posesión siguiendo los principios de la teoría subjetiva, sin embargo llega en sus disposiciones a las mismas consecuencias prácticas que la teoría de ihering.

El código civil portugués (1967) señala que la posesión es el poder que se ha de manifestar cuando alguien actúa de la manera que corresponde al ejercicio de los derechos de propiedad o de los otros derechos reales, ello queda de manifiesto en el artículo 1251 de dicho código.

El código civil colombiano de 1975 expresa que “la posesión es el poder de hecho ejercido sobre una cosa mediante actos que denota la intención de tener sobre ella el derecho de propiedad u otro derecho real. (Art 87 inciso 1º código civil boliviano).

El código civil peruano de 1984 define la posesión como “el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad” (art 896).

### **1.5 Características De La Mera Tenencia**

En relación con las características, la mayor parte de la doctrina atribuye a la mera tenencia las siguientes características; absoluta-perpetua e indeleble, esta última es de capital importancia para el desarrollo del capítulo que prosigue en cuando a la mutación o transformación de la mera tenencia en posesión.

Que la mera tenencia sea absoluta dice relación con que se es mero tenedor respecto de todos, de todo el mundo, en otras palabras, no es que la mera tenencia tenga calidad absoluta respecto del que haya cedido la tenencia sino también respecto de todo el resto, y ello es así en razón de la teoría subjetiva a la que nuestra legislación adscribe. Autores como Alessandri, Somarriva y Vodanovic definen el carácter absoluto de la mera tenencia señalando que “se es mero tenedor tanto con respecto al propietario de la cosa, como con respecto de tercero extraños, de aquí se deduce que si al mero tenedor se le arrebatara la cosa, no podría entablar acciones posesorias

diciéndose poseedor, porque aun con respecto a terceros es un mero tenedor”. (Alessandri, Somarriva, Vodanovic; 2005: p. 395).

Que la mera tenencia sea perpetua se refiere principalmente, de acuerdo a la doctrina tradicional, que esta se transmite a sus herederos. Vodanovic, en relación con esta característica de la institución en comento, que “si el causante es mero tenedor, también el causa habiente o sucesor, es mero tenedor, porque, de acuerdo con el 1097 del código civil, el heredero sucede en todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante. Y si por ejemplo fallece una persona que arrienda una propiedad, y por lo tanto es mero tenedor, el heredero de una persona tiene igual carácter que está obligado a devolver la cosa a su dueño cuando venza el contrato. Señala el autor que esta característica que tiene la mera tenencia , hay que aceptarla con cierto beneficio de inventario , puede suceder que siendo el causante un mero tenedor de la cosa , el heredero o causa-habiente , se transforme en un mero tenedor de la cosa, así , por ejemplo , fallece una persona que es arrendatario de una casa y por ende , mero tenedor , dejando esta casa en legado; si bien el causante no era dueño , la sucesión por causa de muerte le servirá de justo título al legatario para empezar una prescripción , si el legatario cree que el causante era dueño de la causa , su buena fe unida al justo título que le da la sucesión por causa de muerte le servirá para empezar una posesión regular” (Vodanovic:1957: p.453). A su turno , Alberto Pomes señala que esto sería un débil argumento para señalar el carácter perpetuo de la mera tenencia , ya que “si por ejemplo fallece un arrendatario , se dice que el heredero conserva ese carácter y está obligado a devolver la cosa a su dueño, esta afirmación es irrefutable pero en ningún caso prueba la perpetuidad de la tenencia simplemente está de acuerdo al principio aludido del 1097 CC que nada tiene que ver con la tenencia , desde el momento en que esta no es un derecho y mucho menos una obligación. Creemos que no existe tal carácter de perpetuidad de la tenencia” (Pomes, 1966: p. 27). Concluye el autor que “nada tiene que hacer el art 1097 CC con la supuesta perpetuidad de la tenencia, y decimos supuesta, porque creemos que la tenencia no es, en absoluto perpetua. Hemos subrayado ese carácter pasajero, ínsito en el ánimo de reconocer dominio ajeno, y nos parece claro, teniendo a la vista la institución como un todo, que la tenencia se pierde al perderse el contacto físico con la cosa (en sentido amplio); lo cual, ciertamente ocurre con la muerte. (Pomes, 1966: p.30).

Respecto con la tercera característica mencionada, que la mera tenencia es inmutable o indeleble dice relación con que esta no se podrá transformar en posesión por el simple

transcurso del tiempo. Alessandri, Somarriva y Vodanovic señalan que la mera tenencia es inmutable o indeleble ya que “la mera tenencia no puede transformarse en posesión, a virtud del principio que dice que nadie puede mejorar su propio título. Así lo establece el art 716 CC, al decir que el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión. También confirma este criterio la norma según la cual “si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas (art. 719 CC, inc, 2º)”. (Alessandri, et al, 2005: p. 395). Esto, como es dable apreciar contiene dos excepciones, una de ellas será examinado con mayor detalle y abundamiento en el capítulo siguiente.

### **1.6 Efectos Generales De La Mera Tenencia**

Los efectos de la mera tenencia han sido agrupados tanto en derechos como en obligaciones, esta materia ha sido tratada por el autor Alberto Pomes, abogado de la universidad de chile, en su memoria de título y que probablemente es el único trabajo doctrinal relativamente moderno que hace referencia los efectos que produce dicha institución y que señala específicamente cuales son los derechos y obligaciones. En la parte primera de su trabajo, el autor en comento ha señalado que los derechos básicos del tenedor son dos, la retención y la defensa.

En cuanto al derecho de retención , Pomes ha señalado que “para dar un concepto general y doctrinario de este derecho podemos decir que es la facultad que se conoce al que tiene una cosa que debe restituir o entregar , para conservarla mientras no se les satisfaga su crédito relacionado con ella”( 1966: p. 57). Pareciera ser que existe gran similitud con la compensación, en efecto se trata en ambos casos de abstenerse de cumplir una obligación por ser también acreedor. En nuestro ordenamiento chileno no existe disposición alguna que defina de forma general el derecho de retención y que le fije su ámbito de retención, el art 3939 del código civil argentino define tal derecho en términos similares a los que hemos usado para dar una definición doctrinal, sobre el particular y para ser más precisos, el libro cuarto , título II “de los derechos reales y personales” , señala en el artículo comentado que “el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena , para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa” (Art 3939 C.C argentino).

El art 2466 refiriéndose al tenedor, expresa: “si para conservar la cosa hubiere hecho gastos o mejoras necesarias, tendrá derecho para retenerla hasta ser indemnizado por el poseedor”. (Art 2466 C.C argentino).

Nuestro código, en cambio, contiene múltiples disposiciones que conceden el derecho de retención en casos concretos. A modo ejemplar podemos señalar algunos de ellos:

- A) “el usufructuario podrá retener la cosa fructuaria hasta el pago de los reembolsos e indemnizaciones”. (art 800 C.C.CH).
- B) “El arrendatario no podrá ser expelido o privado de la cosa arrendada, en todos los casos en que se le deban indemnizaciones, sin que se le paguen por el arrendador o se le asegure su importe. (Art 1937 C.CCH).
- C) “el Mandatario podrá retener los efectos que se la hayan entregado por cuenta del mandante para seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado por su parte”. (art 2162 C.CCH)
- D) “el depositante debe indemnizar al depositario de la expensas que haya hecho para la conservación de la cosa, y que probablemente hubiera hecho el mismo, teniéndola en su poder, como también de los perjuicio que sin culpa suya le haya ocasionado el depósito.

Creemos que el hecho de que no exista una teoría general del derecho de retención respecto de la mera tenencia no es susceptible de ser creada vía interpretación analógica y debe ceñirse estrictamente a los casos previstos por el legislador en las normas diversas.

En relación al derecho de defensa, se ha señalado por parte de Alberto Pomes que “dicha defensa tiene su base en los principios que informan la responsabilidad extracontractual”. (1966: p. 62). Los artículos pertinentes del código en relación con el derecho de defensa son los siguientes , primero encontramos el art 2329 que en su primera parte señala “ por regla general todo daño que pueda imputarse malicia o negligencia de otra persona , debe ser reparado por esta” y complementa la disposición anterior el art 2315 que expresa “puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño , o su heredero , sino el usufructuario el habitador o usuario , si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo o de habitación o de uso. Puede también pedirla en otros casos el que tiene la cosa con obligación de responder de ella; pero solo en ausencia del dueño”.

Pareciera ser que este derecho de defensa tuviera más aspecto de reparación, pues habla más de indemnización, de aquella indemnización de la que se hace responsable quien produce un daño imputable con malicia o negligencia y que como bien señala el artículo 2315 CC podrá pedirla no solo quien es dueño sino también el poseedor de la cosa que ha sufrido un daño”.

Otra manifestación del derecho de defensa que es un poco más específica o particular está constituida por la querrela de restablecimiento. Señalamos que la querrela de restablecimiento como manifestación del derecho a defensa es un poco más específica por dos razones; primero porque “se concede al tenedor en su calidad de tal; a diferencia del derecho de reclamar perjuicios que solo se le concede en ausencia del dueño lo que demuestra que lo tiene por el solo hecho de tener que responder de la conservación de la cosa y se concede solo respecto de los inmuebles”. (Pomes; 1966: p. 62). Pero vale la pena preguntarse si esta querrela de restablecimiento ¿podría ser considerada como una acción posesoria? Según Alberto Pomes se trata de una acción posesoria en cuanto a que “no obstante presentar numerosas peculiaridades la querrela de restablecimiento está destinada a proteger la situación de un sujeto frente a un inmueble determinado; finalidad esta que, en esencia, caracteriza a dichas acciones. Además, si comprende a la mera tenencia, ello obedece a un mero deseo de morigeración de la estrechez de la concepción clásica de la posesión, que excluye a aquella de esta última” (1966: P. 63).

Consideramos que dicha querrela de restablecimiento no es una acción posesoria (real e inmobiliaria) sino más bien una acción personal y delictual, destinada a garantizar la paz social. Sería pues, una medida de policía tendiente a reparar un daño y el fundamento más significativo para sostener esta premisa es el art 928 CC. El cual señala en su primera parte: “Todo el que ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no puede entablar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior”. Esto da cuenta que la querrela de restablecimiento es una medida de policía destinada a reparar un daño y su fin no sería ya asegurar la prescripción sino que la paz pública en general y esto atendiendo a la parte en que se refiere: “al que por otra causa cualquiera no puede entablar una acción posesoria”.

El autor Carlos hidalgo muñoz ha manifestado sobre este punto específico que “en el caso de un arrendatario u otro mero tenedor, que es perturbado por quien le entregó la cosa, aun teniendo derecho a disfrutarla según el tiempo determinado en el contrato, no tiene más remedio que acudir a la acción personal que emana del contrato respectivo; y, si quien perturba su tenencia es un tercero pretendiendo derechos sobre la cosa, deberá acudir al propietario, para que éste, instando las defensas posesorias, le proporcione una tenencia tranquila o le reincorpore en la misma, si ya fue despojado”. (2014: p.69).

### **1.7 La Mera Tenencia Y Sus Efectos En Derecho Comparado En Derecho Comparado:**

Esta situación es similar a la que ocurre en el derecho francés tal como señala Carlos hidalgo muñoz en donde “el poseedor precario, frente a la turbación ilegítima de quien le dio la cosa en arriendo, no tiene más solución que acudir a la acción personal que emana del contrato respectivo; y, si quien lo perturba es un tercero, a menos que pueda ejercitar a su respecto un derecho real, no tiene más remedio que acudir al propietario para que éste, instando la defensa posesoria, le proporcione una tenencia tranquila o le reincorpore en la tenencia, si ha sido despojado”. (2014: p. 71).

En el derecho alemán la situación es totalmente distinta ya que “El derecho alemán, permite utilizar las acciones posesorias tanto frente a terceros como frente al propietario, cuando éste se ha apoderado ilícitamente del objeto; y, para conceder esta protección, basta con la posesión pura y simple, puesto que la posesión en nombre ajeno está amparada tan completamente como se actuara en calidad de dueño. Esto es así porque, en el caso alemán, la construcción de la posesión descansa sólo en la tenencia externa de la cosa, en la dominación fáctica sobre la misma; son poseedores los que nosotros llamamos meros tenedores, pudiendo aquellos dirigir acciones posesorias contra terceros y contra el propietario”. (Hidalgo, 2014: p.71).

Señala también este autor que “En el sistema español, por aplicación de los artículos 446 CC. Y 1651 de la Ley Procesal, la protección posesoria alcanza tanto a los poseedores como a los meros tenedores, pudiendo utilizar la defensa interdictal el poseedor a título de dueño, el simple ocupante o tenedor actual, el usufructuario, el prendario, el anticresista, el que

disfruta del derecho de retención y el arrendatario. No así, el mero servidor de la posesión que, como el administrador de la finca, ejerce la posesión de otro”. (Hidalgo, 2014: p.72).

El derecho argentino, fuera de las acciones policiales no puede impetrar esta acción ya que carece de legitimidad en sentido estricto.

Este acápite ha puesto de manifiesto una de las diferencias abismantes que existen entre ambas instituciones objeto de este trabajo, la mera tenencia y la posesión, en relación a su protección. Ahora bien, con respecto a las obligaciones de la mera tenencia, se han identificado las siguientes: denuncia. Restitución y conservación e indemnización.

La obligación denominada denuncia en nuestro ordenamiento encuentra su regla base entre las medidas precautorias del título V del libro II del código de procedimiento civil que en su artículo 273 n° 2 señala “la exhibición de la cosa que haya ser objeto de la acción que se trata de entablar”. Más específicamente el artículo 282 del mismo código señala “Si aquel a quien se intenta demandar expone ser simple tenedor de la cosa procede la acción o que es objeto de ella, podrá también ser obligado: n°1 a declarar bajo juramento el nombre y residencia de la persona en cuyo nombre la tiene. Y 2° a exhibir el título de su tenencia; y si expresa no tener título escrito, a declarar bajo juramento que carece de él.

Por lo tanto, en caso de negativa de practicar cualquiera de las diligencias que se han mencionado en el artículo precedente se le podrá apremiar con multa o arresto en la forma dispuesta por el artículo 274 del código de procedimiento civil.

En conclusión, la genérica obligación de exhibir la cosa, aplicable, naturalmente al tenedor, existen las obligaciones específicas, respecto de este, de individualizar al dueño y exhibir el título de su tenencia”. (Pomes, 1966: p. 68).

Otra de las obligaciones que se advierten es la de restitución, la cual no tiene una consagración legal específica pero sin embargo ello resulta indispensable ya que la restitución deriva del concepto mismo de mera tenencia. Siendo así, podemos añadir que el ánimo de señor y dueño que diferencia al poseedor del tenedor, es en cierto sentido el ánimo de no restituir, de dejar para sí, “en cambio –en lugar y a nombre del dueño- propio de casi todos los tenedores, es, ánimo de restituir”(Pomes, 1966: p.69).

La tercera obligación propia del tenedor es la de “conservación”. Esta obligación de conservar la cosa tampoco se encuentra regulada de forma genérica, pero, al igual que la anterior se desprende de la esencia misma de la mera tenencia, en efecto, “mal puede ser tenedor quien dispone de una cosa – disponer es actuar como dueño- y quien no dispone, conserva”. (Pomes, 1966: p.70).

Respecto de la cuarta y última obligación general de la mera tenencia encontramos la obligación del tenedor de indemnizar y se ha advertido que esta obligación emana de la responsabilidad del tenedor. La situación que se produce respecto de la obligación de indemnizar es análoga a lo que ocurre con las otras mencionadas anteriormente , en cuanto a que no cuentan con una consagración genérica sin embargo es menester precisar que esta emana “necesariamente de la mera tenencia y su obligación de restituir. En efecto desde el momento en que el tenedor tiene una cosa con la obligación de conservarla y restituirla, debe, obviamente, responder por ella”. (Pomes, 1966: p. 72).

### **1.8 Mera Tenencia En El Código Civil Chileno, En El Proyecto Del Código Civil Chileno Y En Derecho Comparado.**

En virtud de lo antes ya señalado se omitirá el análisis de la mera tenencia en el código civil chileno, sin embargo, resulta interesante examinar lo que contenía el proyecto de ley de don Andrés bello en su obra inicial, en la génesis del proyecto en lo tocante a la mera tenencia, que como bien sabemos fue promulgado el 14 de diciembre de 1855 y entró en vigor el 1 de diciembre de 1857. Como alcance histórico podemos señalar que La propuesta de codificación nació en Chile conjuntamente con la emancipación política, debido, principalmente, a que la legislación española que se aplicaba era anacrónica y confusa. (Alessandri R, Et al, 1990: p.78). En lo relativo a lo que nos convoca el proyecto de ley señala en su Libro II “de los bienes y su dominio, posesión, uso y goce”, título VIII, Párrafo primero “de la posesión en sus diferentes calidades”, art 854 una definición de mera tenencia a saber “detentación o simple tenencia es la del que tiene la cosa en su poder, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor pignoraticio, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenecen. Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno”. En relación con la definición expresada y la que, hoy por hoy,

se contiene en nuestro código civil, notamos algunas diferencias, como que por ejemplo utiliza los términos de detentación o simple tenencia a diferencia de lo que actualmente dispone el art 714 CC, el cual denomina esta institución como “mera tenencia”, propiamente tal.

Además, en dicho proyecto, se señala en el artículo 857; “el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión”, dicho esto, podemos concluir que al parecer no era intención del legislador incorporar una parte segunda como la que finalmente se incluyó “salvo el caso del artículo 2510, regla 3<sup>o</sup>” y que implicaba una excepción (aparente diremos nosotros) al carácter indeleble de la mera tenencia. Al pie de página de dicho proyecto, el autor ha sostenido a modo ejemplar “por ejemplo, si se ha dado una finca en arriendo a mí, o a una persona de la cual *soi* heredero, se me reputa siempre arrendatario, mientras no interviene otro título”. (Bello, 1888: p.209).

Parece ser que la voluntad inicial del redactor del proyecto, pretendía recalcar la inmutabilidad de la mera tenencia, esto es, la imposibilidad absoluta de que el simple lapso del tiempo mude la mera tenencia en posesión.

Sin embargo y pese a esta intención inicial por parte del redactor del código civil en el proyecto de ley la excepción aparente del 2510 regla tercera fue incluida igualmente en el código civil promulgado en 1857.

La situación en derecho comparado es diversa en relación a la forma en que las distintas legislaciones han concebido la mera tenencia y la posesión, a modo ejemplar podemos señalar por ejemplo; la Legislación del Perú dispone que "no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas". Código de la república del Perú, artículo 897)

Por otro lado y en términos similares a nuestra legislación, el código civil colombiano dispone, 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. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". (Art 762 Concepto de posesión, código civil colombiano.).

En general, y al revisar las legislaciones de Argentina, Colombia, Perú, España, Chile, Venezuela, Uruguay, Brasil y las mismas son coincidentes al conceptualizar la tenencia.

## CAPITULO SEGUNDO: MERA TENENCIA Y POSESIÓN

### 2.1 Posesión, Generalidades Y Análisis Conceptual

Como bien señala el mensaje del código civil de Andrés bello, en su párrafo 24 y relativo a la posesión, “. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la 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. (Párrafo 24 C.CH). La definición legal que otorga nuestro código civil en su artículo 700 denota características de la posesión que resultan indispensables para poder hacer el contraste con la mera tenencia , “es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño” , de ello se desprende que el corpus no consiste solamente en la tenencia física o material de una cosa , sino que como lo señaló en su tiempo el romanista y iusprivatista Federico Carlos Von Savigny “es la posibilidad de obrar libremente sobre la cosa , idea que claramente fue tomada por bello y que se incorpora en la definición del art 700. Así mismo , otros autores han señalado que “nuestro código civil , siguiendo otras inspiraciones destaca no solo la relación de hecho de la persona con la cosa , sino un elemento intelectual y psicológico, el animus , y establece que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño” (art 700 inciso 1º). (Alessandri et al, 2005: p. 357). La definición en comento de la posesión traduce claramente la concepción subjetiva de Savigny, como señala Daniel Peñailillo Arévalo “la concepción subjetiva, con base a las fuentes romanas, desde Savigny, la posesión ha sido concebida como la concurrencia copulativa de dos elementos, la tenencia de la cosa (corpus) y el ánimo del dueño (animus). (2006: p.325). “La concepción objetiva en cambio, surge de Ihering y en su planteamiento se considera suficiente para la posesión el corpus ya que el corpus siempre lleva consigo cierta intención de poseer” (Peñailillo, 2006: p. 326). En estricto rigor , el autor no propone la eliminación total del elemento subjetivo , sino que más bien prefiere concluir que siempre existe un elemento intencional pero no la exigencia de la concepción subjetiva ( ánimo de dueño) ya que siempre va a existir posesión cuando existe una relación de hecho unida a la voluntad de querer conservar esa relación , porque la intención es querer conservar esa relación ya que su propósito es servirse de la cosa , por ello , el elemento intencional no es distinto o independiente del corporal ; está inseparablemente unido a él ;

según Daniel Peñailillo: “el ánimus no es más que el propósito , la voluntad , de servirse de la cosa , y el corpus su exteriorización” (2006: p. 326).

En conclusión y como bien señala Luis Claro Solar “la posesión aparece así, esencialmente caracterizada por la realidad o la 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. El que a nombre ajeno posee, no es más que representante del verdadero poseedor, ni inviste más que la simple tenencia. Las palabras posesión y tenencia contrastan siempre, la posesión es a nombre propio y la tenencia a nombre ajeno”. (1932: p.416).

## **2.2 Elementos De La Posesión Y Naturaleza Jurídica**

La doctrina nacional en general destaca una dualidad de elementos, estos son, la tenencia (corpus) elemento material, que Peñailillo define como “la aprehensión o contacto físico con la cosa, en cuya virtud se dispone materialmente de ella.” (2006: P. 325). Así mismo otros autores lo han definido como “es un poder físico o potestad de hecho sobre la cosa, los glosadores consideraron que la posesión es la aprehensión material de las cosas. Savigny afirma que el corpus no supone necesariamente el contacto inmediato del hombre con la cosa poseída, consiste más bien en la manifestación de un poder de dominación , en la posibilidad física de disponer materialmente de la cosa , en forma directa e inmediata , con exclusión de toda intromisión de extraños.(Alessandri et al , 2005: p. 359).

Pareciera ser entonces que si Savigny señala que el corpus es la posibilidad física de disposición exclusiva de una cosa, el hecho de la aprehensión implicaría un contacto inmediato de nuestro cuerpo con la cosa lo cual admitiría solo dos especies de la misma, esto es, la que consiste en asir con las mano los muebles o bien la de poner el pie sobre los inmuebles. Sin embargo Luis claro solar ha manifestado que “en el derecho romano se encuentra una infinidad de casos en que la posesión se adquiere en verdad por actos corporales, pero sin que haya ese contacto inmediato, se ha considerado a estos últimos como actos simbólicos que representan en virtud de una ficción jurídica, la verdadera toma de posesión (aprehensio

ficta)...la posesión en el mayor número de los casos es más bien adquirida de manera simbólica”. (1932: p. 420).

Por otro lado, Ihiering como exponente de la teoría subjetiva ha señalado que “corpus no es sino la exteriorización del derecho de propiedad, el hecho de conducirse respecto de la cosa como lo haría el propietario: es el conjunto de actos o estado de hecho mediante los cuales se manifiesta el derecho de propiedad con relación a la cosa que constituye el objeto de este derecho”. (Posada, 1926: p. 274).

Se he distinguido un segundo elemento de la relación posesoria que tiene capital importancia en la teoría subjetiva, a saber el animus; sobre el cual se ha dicho que “la posesión no solo implica una potestad de hecho sobre la cosa (corpus) sino también la existencia de una voluntad especial en el que pretende poseer”. (Alessandri Et al, 2005: p.360). Es decir, este elemento de carácter intelectual o psicológico no es más que la intención de obrar como propietario. Como señor o dueño, (animus domini) o en la intención de tener la cosa para sí (animus rem sibi habendi). Por otro lado, Peñailillo señala que el animus es un elemento intelectual, psíquico, que consiste en tener la cosa como dueño, como propietario de ella, pero precisa el autor que “no se trata de la convicción de titularidad, es decir, ser efectivamente dueño (convicción que más bien constituye la buena fe) sino simplemente comportarse como dueño”. (2006: P. 325).

En relación a la naturaleza jurídica de la posesión, mucho se ha discutido al respecto, y si bien los argumentos doctrinales resultan diversos se sustentan básicamente en tratar de determinar si esta es un hecho o un derecho. Autores consideran que la mera tenencia es un hecho, tales como; Pothier, Savigny, Aubry y Rau, entre otros, y se basan para ello en circunstancias materiales “por conferírsele protección y derivarse de ella otras consecuencias jurídicas no se convierte en un derecho, protección jurídica que por lo demás, se confiere exista o no el derecho del cual es apariencia”. (Peñailillo, 2006: p. 328). Además, es muy probable que si el legislador hubiese querido considerar que la posesión tiene naturaleza jurídica de derecho habría optado por usar otra denominación diversa de tenencia, como por ejemplo facultad.

Otros autores han considerado que se trata de un derecho, en cuando a que se encuentra protegida por el legislador, o sea; es un interés jurídicamente protegido. “se ha

sostenido que es un derecho , considerando que siempre la ley la ha protegido , más recientemente , suele añadirse que se trata de un derecho a seguir poseyendo , de carácter provisional , en cuando puede decaer ante el derecho definitivo, de un verdadero titular ( Peñailillo, 2006: p. 329).

En relación a la naturaleza jurídica de la posesión en nuestro ordenamiento jurídico y en particular en nuestro código civil, se ha señalado por parte de los autores “que dichas disposiciones aparecen informadas por el pensamiento de que la posesión es un hecho, desde la propia definición, siempre que el código civil chileno define un derecho dice es una facultad o un derecho, sin embargo en cuanto a la posesión, expresa que es la tenencia y la tenencia es un hecho”. (Alessandri et al, 2005: p. 358).

### **2.3 Mera Tenencia Y Posesión, Breves Reflexiones.**

En consecuencia, parece sensato afirmar, en primer lugar que la diferencia sustancial entre mera tenencia y posesión radica fundamentalmente en el reconocimiento del dominio ajeno por parte del mero tenedor, y esto debido a que el mero tenedor carece del elemento de carácter subjetivo, que conforma la estructura de la relación posesoria, este es el “*animus domini o animus rem sibi habendi*”, por lo tanto la mera tenencia se encuentra en un peldaño inferior a la posesión. Peñailillo concibe esta idea al plantear que “el mero tenedor detenta la cosa (tiene el corpus), pero reconociendo dominio ajeno, lo que lo separa nítidamente de la posesión”. (2006: p. 361).

Siguiendo la misma línea, pareciera ser más relevantes para efectos de este trajo, la postura que adoptan Alessandri, Somarriva y Vodanovic al señalar que “posesión y tenencia son conceptos excluyentes, y términos que siempre contrastan; la posesión es a nombre propio, la tenencia a nombre ajeno. Esta última nunca conduce a prescripción, porque para prescribir es necesario poseer y el que tiene la mera tenencia no posee”. (Alessandri et al, 2005: p. 394). Esto último expresado ha sido fuente de discusión y de alguna manera el capítulo tercero de este trabajo discurre sobre aquella problemática , si bien es cierto que el tenedor no posee , podría llegar a poseer en virtud de lo que el mismo artículo 716 señala , la excepción

del artículo 2510 regla tercera. ¿Podrá la mera tenencia mutar en posesión en virtud del paso del tiempo? Nos parece una importante arista a dilucidar, de ello se ocupa el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO III: DEL ARTÍCULO 2510

### 3.1. Alcance Del Artículo 2510

El artículo 2492 del Código Civil define la prescripción en los siguientes términos: *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción”*.

Se desprende del mismo precepto legal que la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir el dominio de las cosas comerciables ajenas, por haberlas poseído durante cierto tiempo, concurriendo los demás requisitos legales. Los requisitos principales son que se trate de una posesión útil y que no haya operado interrupción o suspensión.

En conformidad con el artículo 2506 del Código Civil, podemos clasificar a la prescripción en ordinaria y extraordinaria. La posesión ordinaria lleva a adquirir por prescripción adquisitiva ordinaria, así lo señala el artículo 2507 del mismo código.

*Art. 2507. Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren.*

Por consiguiente, la posición irregular es aquella que le falta uno o más requisitos de la posesión regular.

El artículo 2510 señala que para adquirir por prescripción extraordinaria basta la posesión irregular y exige además poseer irregularmente mínimamente por lapso de 10 años, como se desprende a su vez del artículo 2511.

La regla tercera plantea una situación donde el mero tenedor puede adquirir el dominio por prescripción extraordinaria, lo que pugna con los principios esenciales de la institución de la prescripción según Vial del Río (1999: p. 191), puesto que solo se puede acoger a la prescripción el poseedor ya sea regular como irregular (exceptuando las posesiones inútiles), pero como señalamos anteriormente el artículo 716 nos da una excepción, cual es la del artículo 2510 regla tercera.

Según Orrego “la ley exige, para considerar al mero tenedor como poseedor, la concurrencia de otras circunstancias, no dependientes de la voluntad del tenedor, que deben sumarse al transcurso del tiempo. Si en definitiva opera la mutación de la mera tenencia en posesión, es porque se han realizado actos de parte del mero tenedor como también de parte del propietario, que alteran por completo la situación jurídica de ambos” (2017: p.14).

Por tanto, si tomamos en sentido amplio la disposición, podríamos sostener que la hipótesis que plantea la regla tercera se aplica tanto a muebles como inmuebles, y por consiguiente a inmuebles inscritos como no inscritos, puesto que no encontramos ninguna limitación en dicha disposición legal (Orrego. 2017: p.15).

Pero antes de analizar las diversas situaciones de los muebles los inmuebles debemos detenernos en los requisitos necesarios para que opere la regla tercera.

### **3.2. Circunstancias Que Deben Concurrir En La Regla Tercera Del Artículo 2510.**

En primer lugar, la norma nos señala deben concurrir a lo menos las siguientes 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”, es decir, un hecho negativo, puesto que el que se pretende dueño **no puede probar** que, el pretende adquirir por prescripción y recibió la cosa como mero tenedor a reconocido su dominio – ya sea de manera expresa o tácita – durante a lo menos 10 años, los últimos. Por consiguiente, podemos observar que el legislador no solo consideró el trascurso del tiempo para que se

pueda satisfacer este requisito, sino que también ha de ser necesaria la negligencia del dueño, que no logra acreditar que el mero tenedor reconoció su dominio, es decir una prueba negativa.

En cuanto al plazo de posesión del artículo 2510 ha sufrido modificaciones desde su publicación primitiva mente el plazo era de treinta (30) años se abrevio a quince (15) años por la ley 6.162 de enero del año 1.938, y posteriormente a diez (10) años por la ley 16.952 de octubre del año 1968, este plazo corre en contra de toda persona y no se suspende. Como se expuso anterior mente la posesión irregular es aquella que le falta uno más requisitos de la regular, pero esta norma no puede extremarse, pues como indica el profesor Peñailillo, faltado el requisito de la tradición, cuando se invoca un título traslativo de dominio, menos que posesión irregular, puede ocurrir que simplemente no haya posesión (Peñailillo Arévalo, 2015: p. 420).

En cuanto a la prueba, Claro Solar señala que la prueba de la posesión puede ser difícil, si hubiera que probarse que se ha poseído en todos los instantes de ese tiempo, por esto el legislador protege al poseedor, presumiendo la continuidad de la posesión. Pero esta presunción ya que no es una presunción de derecho: admite prueba en contrario, pero la prueba incumbe al que ataca la posesión (1932: p. 581)

2º Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo (diez años), es decir, una prueba positiva por parte del prescribiente, en este punto debemos dejar en claro que este precepto de la norma excluye expresamente las posiciones inútiles, puesto que las posesiones violentas y clandestinas no posibilitan, al menos en esta hipótesis prescribir a poseedor violento o clandestino. Ni haya el que se dice dueño de la cosa realizado acto ninguno destinado a recuperar la cosa o hacerse reconocer su derecho, ni tampoco ha acaecido algún hecho que haya impedido al mero tenedor ejecutar actos de posesión, es decir una interrupción civil o natural.

Lo difícil en el caso del artículo 2510, es que para que exista ésta presunción la ley exige dos condiciones, la prueba de la posesión actual y la prueba de que el poseedor actual ha poseído anteriormente. Es necesario probar la posesión actual, porque si él que pretende probar que ha poseído durante un tiempo determinado y hasta el momento que se dice

poseedor, no posee realmente, se prueba por esto mismo que su posesión no ha sido ininterrumpida, es decir no aplica la presunción de continuidad. En segundo lugar él que se dice poseedor pruebe haber poseído anteriormente. El autor antes mencionado señala que *“haber poseído anteriormente”* se refiere a la prueba de actos de goce que manifiestamente indiquen la posesión de la cosa, aunque no se necesario acreditar que tales actos han durado determinado tiempo. Si esta prueba de la posesión anterior se una a la posesión actual, la presunción de la posesión intermedia resulta como consecuencia lógica de estas dos circunstancias conocidas (Claro Solar, 1932: p. 583).

Luis Ribalta en el mismo sentido indica que corresponde probar al poseedor que opone la prescripción y para tal efecto esta prueba la podrá producir por todos los medios que la ley franquea, aun por la prueba testimonial, ya que en este sentido no rige la limitación establecida por el artículo 1709 del código civil, pues dicho texto solo se refiere a la prueba de las obligaciones convencionales, por tanto en este caso es admisible cualquiera sea el valor de la cosa, ya que, lo que se busca aquí es esclarecer la materialidad de los hechos ejecutados por el poseedor o sus predecesores que manifiesten que han tenido el goce y la disposición de la cosa y la utilización económica de ella conforme a su naturaleza, es decir los hechos que justifiquen que el que ejecuta procede como lo haría un propietario (1956: p. 49).

Mayor dificultad presenta probar la posesión de inmuebles, puesto que para probar esta posesión es necesario la prueba literal que para claro solar esta consiste en títulos que den derecho a la posesión de la cosa mueble o raíz de que se trate o manifieste que se ha ejercitado esta posesión, como contratos de compraventa o de donación, testamentos en que haya dejado dominio al poseedor o sus predecesores contratos de construcción de edificios celebrado por el poseedor o sus predecesores y otros semejantes, contratos de garantía hipotecaria o prendaria otorgados por el poseedor con respecto a la cosa, etc. (Claro Solar, 1932: p. 585). En tanto los bienes raíces inscritos la prueba es aún más compleja, ya que, sin entrar a analizar todos los problemas de esta situación ya que excedería los límites de esta tesina, solo se podrá acreditar su posición mediante instrumento público; la copia de la respectiva inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces todo en conformidad con los artículos 2505, 724, 728, 729 y 739 del Código Civil, recordado el deseo de don Andrés Bello que llegue algún día en que inscripción, posesión y dominio sean términos idénticos y consecuentemente lograr con ello la mayor estabilidad posible del derecho de dominio.

### 3.3. Interpretaciones Doctrinales

Respecto al alcance de la norma contemplada en el artículo 2510 regla tercera los autores han entregado distintas interpretaciones.

Rodríguez Grez comenta que el artículo 716 es claro al señalar “el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, es decir, la mera tenencia es indeleble e inmutable, que por mucho tiempo que haya trascurrido no puede el mero tenedor transformarse en poseedor como describe el artículo 714, normas que por cierto se condice con el artículo 719 al señalar que “si se ha empezado a poseer a nombre propio, se presume que ha continuado esta posesión hasta el momento que se alega y así mismo si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación de mismo orden de las cosas”, especificando que estas presunciones son meramente legales y admiten, por lo mismo, prueba en contrario ya nada impide que el poseedor transfiera su derecho, pudiendo o no conservar la mera tenencia de la cosa trasferida, de mismo modo que nada obsta que a que el mero tenedor adquiriera la posesión en virtud de un nuevo título.(1995: p. 19)

No obstante lo anterior Grez sostiene que el artículo 716 contiene una clasificada excepción, puesto que de la sola lectura del artículo se puede desprender que la regla general que la mera tenencia no muda en posesión por el simple lapso de tiempo, y que del tenor literal de la norma, esta misma contiene que la excepción consiste en la situación contemplada el artículo 2510 regla tercera y como es obvio, al ser una excepción a la regla general, quiere decir que hay un caso, a lo menos, en que la mera tenencia mudara en posesión por el solo trascurso del tiempo.(1995: p. 19)

En la misma línea el autor sostiene que de las circunstancias que deben concurrir en la regla tercera, primero el que quien alega la prescripción es un “mero tenedor” puesto que lo ampara la existencia de un título de mera tenencia. Paralelamente, la ley establece que el que alegue la prescripción “pruebe haber poseído” ¿Cómo puede probar haber poseído un mero tenedor que, por su propia naturaleza detenta la materialidad de la cosa reconociendo dominio ajeno, vale decir, sin *animus domini*?, Grez cree que los contrasentidos de esta norma han llevado a la doctrina mayoritaria a decir que, en realidad se trata de un verdadero poseedor, conclusión

para el errada, ya que se estrella con el tenor preciso, claro y prístino de la norma que alude a la existencia de un título de mera tenencia. (Rodríguez Grez, 1995: p. 20)

Agrega que existe algo “todavía más importante que debe destacarse. La ley admite que el mero tenedor, en un momento determinado, dándose por dueño realice actos propios de quien tiene el dominio y que el solo el dueño puede legítimamente ejecutar.” (Rodríguez Grez, 1995: p. 34), por tanto, que existe un determinado momento en donde el que ostenta la cosa, a título de mera tenencia reconociendo dominio ajeno, se trasforma, por si solo en poseedor desconociendo los derechos del dueño, señalando algunos ejemplos, como es caso en que se da la cosa en prenda o constituye sobre ella un usufructo, y solo a partir de ese momento se produce la mutación de sus derecho, es decir, el mero tenedor es ahora poseedor y en ese momento puede correr la prescripción del caso excepcionalísimo de la regla tercera del artículo 2510. De lo anterior se entiende que quien comienza reconociendo dominio ajeno, pueda alterar por sí mismo su situación y ejecutar actos de poseedor. Concurriendo los demás requisitos la mera tenencia se convierte en posesión y ella la habilita para adquirir por prescripción a quien primitivamente fue mero tenedor, pero quien pos acto propio, mejoro su posición, reconociéndole el legislador haber ejercido la posesión, lo cual lo puede conducir al dominio. (Rodríguez Grez, 1995: p. 19-23)

El precepto anterior no presenta novedad alguna, pues solo supone los principios de la prescripción, es decir, haber existido una posesión útil por parte del prescribiente por un lapso de tiempo, con lo que si difiere y es lo que presenta problemas, es que su relación con la cosa que pretende prescribir no es una posesión, sino que emana de un título de mera tenencia, es decir, reconoce dominio ajeno.

Con todo, podemos señalar que el mero tenedor jamás podrá adquirir por prescripción adquisitiva ordinaria, pues la existencia de un título de mera tenencia configura una presunción de derecho de mala fe del prescribiente. El legislador así lo reconoce expresamente, pero seguidamente agrega que el mero tenedor que alega la prescripción (que esta de mala fe), si tiene la posibilidad de adquirir, pero solo de forma extraordinaria y con la concurrencia de los requisitos antes señalados. Ya que, no obstante, su título de mera tenencia, ejecuta actos posesorios sin violencia ni clandestinidad, es decir, sin ocultarlos de aquel que puede oponerse a dichos actos posesorios.

El autor concluye más allá del tenor literal de la norma y por sobre su defectuosa redacción, debe buscarse al *Ratio Legis*, es decir, la verdadera intención del legislador, su sentido o espíritu de la norma y propone que lo que verdaderamente busca nuestro código es consolidar las situaciones de hecho y así dotarlos de legitimidad, puesto que aquellas no pueden mantenerse en forma indefinida sin una grave trastorno social, es decir, transformar con arreglo a derecho aquellas situaciones de hecho que se arrastran indefinidamente en el tiempo (Rodríguez Grez, 1995: p 20).

Y frente a esta intención el legislador ha optado por abandonar el carácter indeleble de la mera tenencia y excepcionalmente la convierte en posesión, si con el paso del tiempo es posible evidenciar la concurrencia de los demás requisitos señalados en el artículo 2510 regla tercera (antes expuestos).

Una segunda postura es la que ofrece el profesor Vial del Río quien, en primer lugar, señala que el código no señala que un mero tenedero pueda prescribir, sino que plantea que la existencia de un título de mera tenencia no dará lugar a la prescripción, ni aun extraordinaria, y con lo anterior no hace más que confirmar el principio de que para prescribir se debe estar en posesión, y por con siguiente no puede el mero tenedor prescribir puesto que no posee. No obstante, la regla tercera plantea una excepción en el caso en que concurren las circunstancias allí mencionadas. Este autor se pregunta a cuál de los principios se aplica esta excepción. (1999: P. 200-202)

Si la excepción se aplicara al principio que solo puede prescribir el que posee y por tanto beneficiándose el mero tenedor este podría prescribir, solo se podría concluir que el mero tenedor podría llegar a ser dueño de la cosa sin haber poseído jamás. Pero el autor es reticente a esta interpretación pues señala que no puede desconocerse el tenor de la norma y esta norma no está referida al mero tenedor, sino que, a la existencia de un título de mera tenencia, que por cierto son cosas distintas.

En este sentido la norma señala “la existencia de un título de mera tenencia” puede dar lugar a la prescripción siempre que el que alega la prescripción pruebe haber poseído la cosa, lo cual como señalamos anteriormente es difícil, pues este es un mero tenedor. En esta misma línea el autor indica que los que creen que la excepción de la regla tercera se refiere a la que

mero tenedor puede prescribir, advierten ellos mismo que es inexplicable dado el contrasentido de lo que significaría para el mero tenedor probar que ha poseído.

Sin embargo, este autor plantea que la excepción es de un carácter diverso, dado que el contrasentido anteriormente mencionado, para este, no hace más que reformar los principios generales “como se advierte de la manera en como se debe aplicarse la regla tercera en la práctica” ( Vial del Río, 1999: p. 202), para esto el autor nos da un ejemplo respecto a una persona que entrega una cosa en comodato y que prueba la existencia de dicho título, esta persona demanda la restitución de la cosa al comodatario y este se niega a aquello, alegando que ha adquirido el dominio por prescripción adquisitiva (extraordinaria). Aplicándose la regla tercera en su primera parte, es decir, la existencia efectiva de un título de mera tenencia, por tanto hace presumir la mala fe y hace imposible adquirir por prescripción, lo que llevaría el juez a rechazar la excepción de prescripción y acoger la demanda, a excepción que se den los requisitos enumerados en la regla tercera.

Por tanto, según el numeral 2 de la regla tercera establece que quien alega la prescripción debe probar que ha poseído la cosa, por consiguiente, supone la prueba de un título posesorio, entonces, lo que debe probar aquel que se niega a restituir la cosa es que el título de mera tenencia inicial no es el que rige su relación con la cosa, sino que un título posesorio posterior, por ejemplo, una tradición hecha por una persona distinta del dueño, puesto que con dicha prueba puede desvirtuar la presunción legal de que la relación de mera tenencia se ha mantenido. Con esta misma prueba el juez se va a encontrar con dos hechos igualmente comprobados, uno con el título de mera tenencia con el comodato y otro con el título posesorio con la tradición hecho por el no dueño.

Para estos efectos el juez debe privilegiar los intereses de quien pide la restitución de la cosa entregada en comodato, por sobre el que intenta prescribir, en virtud de los principios generales, que según este autor están reiterados en el artículo 2510 regla tercera, la existencia de un título de mera tenencia no da lugar a la prescripción.

El profesor Vial del Río sostiene que esta conclusión solo se podría alterar si quien alega la prescripción fundándose en que tiene la posesión de la cosa y no la mera tenencia, prueba además de la existencia de dicho título posesorio, que desde la existencia de este último han transcurrido a lo menos 10 años y la ha ejercido en forma ininterrumpida y sin violencia ni

clandestinidad actos posesorios sobre la cosa, de aquellos que solo puede ejercer el dueño sin permiso ni oposición. Sin embargo, plantea el autor, ni con la prueba de estos actos puede el juez acoger la prescripción alegada, si el que se pretende dueño entregó la cosa por un título de mera tenencia prueba que en un momento si quiera, dentro de los 10 años, el que alega la prescripción reconoció expresa o tácita mente su dominio. Ahora, si no se produce dicha prueba el juez podrá acoger la excepción alegada.

El autor concluye que, como consecuencia de la presunción de mala fe que pesa sobre quien alega la prescripción cuando se ha comprobado la existencia de un título de mera tenencia, por tanto, no es fácil que obtenga una resolución judicial favorable a sus intereses, por el contrario, el que pretende prescribir debe superar un conjunto de dificultades establecidas en la ley para poder acreditar que su posición jurídica es más digna que la del que se pretende dueño.

Por tanto, este autor sostiene que el alcance que corresponde dar a la regla tercera del artículo 2510, “según el cual de ningún modo puede entenderse que el mero tenedor tiene la posibilidad de llegar a ser dueño por prescripción y que el principio contrario, en el sentido que sólo el poseedor puede adquirir el dominio por prescripción adquisitiva, lejos de sufrir una excepción en virtud de tal regla aparece, por la inversa, expresamente reiterados por esta corresponde precisar el sentido del artículo 716 cuando dice “el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del artículo 2510 regla 3<sup>a</sup>” (Vial del Río, 1999: p. 202.)

Claro Solar en cambio expone que “para adquirir la posesión no basta la sola voluntad”, así mismo tampoco es necesario para conservar la posesión la persistencia en todo momento del ánimo, es decir la voluntad positiva y formal de poseer, basta la voluntad negativa, es decir la voluntad que he tenido de adquirir la posesión no haya sido revocada por una voluntad contraria, tampoco es necesario la tenencia personal y actual de la cosa en concordancia con el artículo 725 “El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o a cualquiera otro título no translaticio de dominio” no pierde en este caso el poseedor la posesión, no solo porque no ha perdido el ánimo de poseer, desde que no se ha desprendido del derecho que de la a si vez el derecho a poseer, sino por que ejerce la tenencia por intermedio de la persona que tiene la cosa

en lugar y a nombre de él, de acuerdo con la definición misma de la posesión (Art. 700).(1932: pp. 546-547)

Por tanto quien detiene la cosa en los casos del artículo 725, es un mero tenedor un instrumento de la posesión de que se sirve el poseedor y que no dejara de ser tal mero tenedor aunque su tenencia dure muchos años “pues es un principio de derecho que nadie por su propia voluntad ni por el simple lapso de tiempo, puede cambiar por sí mismo la causa de su posesión”. (Claro Solar, 1932: p. 547)

Claro solar considera que en el caso del artículo 2510 regla tercera, el código ha innovado, armonizándola con el principio de la prescripción. Ya que Un propietario que ha visto desconocido su derecho públicamente, sin violencia y sin interrupción por el que en un principio fue mero tenedor de la cosa a nombre de él, y no la reclama, ni reivindica la cosa, “no tiene de que quejarse: su inacción de treinta años (10) hace presumir que seguramente transfirió sus derechos. (1932: p. 549).

En cuarto lugar Alessandri, Somarriva y Vodanovic, determinan que la mera tenencia no da lugar a la prescripción y ello se desprende de los artículos 716, 719, 730 y 2510 del Código Civil, ya que se “deduce que la mera tenencia no se cambia en posesión por el solo transcurso del tiempo, por la sola voluntad subjetiva de parte del mero tenedor. Sin embargo, la alusión que el artículo 716 hace al artículo 2510 podría inducir a pensar que este último contempla un caso que escapa a la afirmación que acabamos de formular” (2009: p.48)

Para los autores antes citados el artículo 716 del código de bello que hace alusión al a la regla tercera del artículo 2510, induce a pensar que este último contempla un caso que escapa de la regla general, no obstante, dicho formulado no contempla una excepción, sino que lo confirman. Porque el caso de mutación de la mera tenencia no opera por el solo lapso de tiempo sino que supone el concurso de otros hechos que no dependen de la pura liberalidad o voluntad del mero tenedor de la cosa, lo que hace la norma en cambio es exigir la concurrencia de actos tanto de parte del propietario como del mero tenedor, anteriormente analizadas, que alteran la situación jurídica de ambo. (Alessandri et al., 2009: p.48)

Y la presencia de las circunstancias copulativas del mencionado artículo, conducen a la conclusión que el que comenzó como mero tenedor, ha tenido la cosa como señor y dueño, y

por tanto deberá probar el desconocimiento de dominio ajeno (prueba negativa) y la que efectivamente ha obrado como poseedor (prueba positiva), de modo que como estos autores afirman, la mera tenencia se convierte en posesión, no ya por la sola voluntad del tenedor no por el simple trascurso del tiempo sino que principalmente por la negligencia por parte del dueño.(Alessandri et al., 2009: p.50-51)

En definitiva la regla del artículo 2510, es de carácter general, porque se refiere a la adquisición por ese medio de toda clase de cosas, muebles e inmuebles. Pero en el artículo 2505 encontramos una norma Especial “*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.*” Esta disposición sólo hace referencia a los inmuebles y específicamente a los inmuebles que se encuentran bajo el régimen de propiedad inscrita. Para estos autores en conformidad al artículo 13, debe prevalecer esta norma especial por sobre las disposiciones generales cuando entre unas y otras y otras haya oposición y dada la técnica legislativa utilizada por el legislador resulta perfectamente lógico, dada la ubicación de la norma y en aplicación de la regla hermenéutica consagrada en el artículo 22 del código civil, la cual recita que en “*El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.*” Y dentro de un estudio comparativo y de conjunto de todas las disposiciones que reglamentan la posesión inscrita, la única conclusión lógica es que contra título inscrito no haya prescripción, ordinaria ni extraordinaria, sino en virtud de otro título inscrito en concordancia con el artículo 728 que dispone que mientras la inscripción subsista, 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 anterior, lo que significa que el simple apoderamiento de un inmueble inscrito no da posesión, y sin posesión, mal se puede llegar a adquirir por prescripción; de manera que ésta es la única doctrina aceptable para armonizar las disposiciones de los artículos 728 y 2505. (Alessandri et al., 2009: p.61-65)

## CONCLUSIONES

Desde sus orígenes, la posesión y la mera tenencia han sido dos instituciones del derecho civil que han sido distinguidas en los diversos ordenamientos jurídicos, con distintos alcances y distintos matices. Como bien sabemos, la mera tenencia siempre carece de *ánimus* y reconoce dominio ajeno, mientras que la relación posesoria de la posesión propiamente tal contiene en su estructura un *corpus* y un *ánimus*, ánimo de señor y dueño, que han sido enfatizados y diferenciados según la teoría a la que se adscriba y el ordenamiento jurídico de que se trate.

El objeto de este trabajo, ha sido en principio, despejar una cuestión que resulta determinante para saber si la “mera tenencia” bajo alguna condición o precepto disponible llegar a transformarse en posesión. Sabemos, que habiendo en la posesión un *ánimus*, un elemento subjetivo consistente en la intención de comportarse como dueño de la cosa (*Animus domini o animus rem sibi habendi* –intención de tener la cosa para sí) la diferencia conceptual y sustancial entre ambas es determinante.

Ahora bien, hemos denotado que la mera tenencia se caracteriza por ser indeleble y en virtud de ello hemos enfatizado que la mera tenencia no muta en posesión ni por el simple transcurso del tiempo ni tampoco por el cambio de ánimo del mero tenedor. (Art 716 y 719 CC), Conclusión que ha decantado en un verdadero principio, a saber, “nadie puede mejorar su título por su propia voluntad”. El fundamento del principio antedicho radica en la debida seguridad jurídica de las relaciones entre y el mero tenedor. Despejada esa cuestión previa, podemos entrar a los problemas que presenta el art 716 y el art 2510 regla 3º, artículo que según los autores sería una excepción al carácter indeleble de la mera tenencia y podría permitir que la mera tenencia pueda mutar en posesión, excepción que a juicio de este trabajo no es más que aparente.

Con respecto al citado artículo 2510 regla tercera, hemos concluido según las diversas posturas doctrinarias, que es posible de la misma norma arribar a distintas conclusiones, ya que de acuerdo a lo expuesto en el cuerpo de este trabajo, algunos autores señalan que existe verdaderamente la mutación de la mera tenencia, otros que existe pero no es producto del solo

trascuro del tiempo, más aun, autores como Claro Solar y Pablo Rodríguez Grez, le dan un matiz de sanción a la inactividad del dueño.

Parece adecuado enfatizar que no es cierto que el mero tenedor adquiriera por prescripción extraordinaria, primero porque el Código Civil en ninguna parte establece dicha posibilidad, ni aun la regla tercera para, puesto que, lo que efectivamente señala el Código de bello es que existe un título de mera tenencia, lo cual se ve confirmado porque en la segunda circunstancia excepcional dice el que alega la prescripción debe haber probado que ha poseído, por lo tanto es poseedor. Es decir; esa persona partió con un título de mera tenencia, arrendatario, depositario, etc. Pero en algún momento se hizo de un título posesorio, (en ningún caso puede ser el acto de apoderamiento)

El título posesorio que pudiese ser invocado, sería o un título traslativo, o una sucesión por causa de muerte. Por ejemplo, el arrendatario le había dado en arriendo a una persona que luego le hereda un bien al fallecer, y ahí cambia la calidad, Pero lo que es verdaderamente importante es que hay que probar, que si bien antes había un título de mera tenencia, se cambió la calidad, en virtud de un título posesorio, que o bien se adquirió por sucesión por causa de muerte, o por un título traslativo de dominio.

Y en este caso, efectivamente, que si prueba además, que he poseído por más de 10 años, sin violencia sin clandestinidad, y el dueño tampoco ha reconocido ni expresa ni tácitamente su dominio, sin ningún obstáculo se podrá adquirir por prescripción adquisitiva extraordinaria. Pero atendido a que esta situación es una excepción, ante la duda, se debería entender que si existe un título de mera tenencia, no se podría adquirir por prescripción adquisitiva extraordinaria, ya que regiría la regla general, de que la mera tenencia es indeleble, es decir, que no muda en posesión.

Por lo que el juez al momento de decidir debería ser muy riguroso, para efectos de establecer la prueba, en orden a que se reúnan los requisitos que permitan impedir que la persona no es mero tenedor, sino que poseedor, lo anteriormente señalado es lo que sostiene Vial Del Rio no obstante observamos problemas de tenor literal, ya que el propio artículo 716 reconoce una excepción a la al carácter indeleble de la mera tenencia, tema que fue desarrollado en esta tesina.

Por tanto, es evidente que producto de la desafortunada redacción de la norma, es que ha correspondido a la jurisprudencia dar el verdadero alcance de la norma, de la manera que consideren más concordante y armónica con las instituciones del derecho civil y las demás normas contenidas en este, no obstante ello, es indiscutible que la norma del artículo 716 del código civil chileno contiene una excepción aparente debido a que el solo transcurso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión y ello porque como bien sabemos, “nadie puede mejorar su título por su sola voluntad.

## BIBLIOGRAFÍA:

- Rodríguez Grez, Pablo. (1995): “*de las posesiones inútiles en la legislación chilena*”, segunda edición, editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Pomes Andrade, Alberto (1966) “*la mera tenencia*”, primera edición, editorial universitaria S.A, Santiago Chile.
- Peñailillo Arévalo, Daniel (2006) “*los bienes, la propiedad y otros derechos reales*”, primera edición, editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Rozas Vial, Fernando (1998) “*Los bienes*”, primera edición, editorial jurídica, Santiago de Chile.
- Vial Del Río, Víctor (2014), “*la tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio*”, tercera edición, editorial UC, Santiago Chile.
- Vial Del Río, Víctor (1999), “*la tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio*”, primera edición, editorial UC, Santiago Chile.
- Orrego Acuña Juan ( 2017) , “Teoría de los bienes y los derechos reales”, disponible en: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-los-bienes-y-de-los-derechos-reales/>
- Alcalde, Jaime (2016): “*De los Bienes y de su dominio, posesión, uso y goce*”, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-80722016000100009](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722016000100009)
- Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio (2015) “*Tratado de los Derechos Reales, Bienes*”. Tomo I, Séptima Edición, Editorial Jurídica, Chile.
- Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio (2009) “*Tratado de los Derechos Reales, Bienes*”. Tomo II, Primera Edición, Editorial Jurídica, Chile.
- Bercía Lehmann, Rodrigo (2013) “*Fundamentos de Derechos Reales en el Derecho Chileno*”, Primera Edición, Editorial Legal Publishing, Chile.
- Tavolari, Raúl (2010) “*Jurisprudencias Esenciales, Derecho Civil*” Tomo III, Edición Bicentenario, Editorial Jurídica Chile

- Fredes, Jorge (1945) *“Estudio Crítico de la Jurisprudencia de los artículos 2498 a 2513 del Código Civil”*, Primera Edición, Editorial Universitaria S.A.
- Ribalta Puig, Luis (1956) "La Prescripción Adquisitiva Extraordinaria", Primera Edición, Editorial Universitaria S.A.
- Posada Adolfo, (1926), "la posesión de Adolfo von Ihering", Segunda Edición, Editorial Reus, Madrid.
- Fabres, José Clemente (1902), instituciones del derecho civil chileno, Segunda Edición corregida, Imprenta y Librería Ercilla, Santiago de Chile.
- Bello, Andrés, (1888), "Obras Completas de Don Andrés Bello", proyecto de lei, código civil, impreso por Pedro G Ramírez, disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0064762.pdf>
- Claro Solar, Luis, (1932), "Explicaciones del código civil chileno y comparado", segunda edición, séptimo tomo, imprenta cervantes, Santiago Chile.
- Hidalgo Muñoz, Carlos, (2014), "las acciones posesorias", Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, en repositorio UDEC, disponible en: [http://repositorio.udec.cl/bitstream/handle/11594/1705/Tesis\\_las\\_Acciones\\_Posesorias.Image.Marked.pdf?sequence=1](http://repositorio.udec.cl/bitstream/handle/11594/1705/Tesis_las_Acciones_Posesorias.Image.Marked.pdf?sequence=1)