REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 246 (julio - diciembre) 2019: 83-104 ISSN 0303-9986

LA TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN. DERECHO COMPARADO Y CHILENO

THE POSESSION'S TRANMISSION. COMPARATIVE AND CHILEAN LAW

DANIEL PEÑAILILLO ARÉVALO*

RESUMEN

El objetivo del autor en este estudio es presentar un panorama general de la transmisión de la posesión, su concepto y rasgos fundamentales, cotejarlo críticamente con la recepción que ha tenido en textos legales recientes, especialmente en códigos civiles latinoamericanos, y desprender algunas conclusiones que puedan servir para entender sus particularidades, y confrontado ante la situación de los herederos y su posesión de la herencia. Considera al respecto tanto un examen comparado y del Derecho chileno.

Palabras Clave: Derecho de bienes; Posesión; Transmisión de la Posesión; Naturaleza de la Posesión; Bienes hereditarios; Herederos.

ABSTRACT

The author's objective in this paper is to present an overview of the Transfer of Possession, its concept and basic features, critically cross-check it with the reception it has in recent legal texts, especially in Latin American

* Abogado, Doctor en derecho, Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Concepción. Correo electrónico dpenaili@udec.cl.

Articulo recibido para evaluación el 24 de abril de 2019 y aprobado para su publicación el 3 de septiembre de 2019.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Civil Codes, and draw some conclusions that may serve to understand its peculiarities, and confronted with the situation of the heirs and their possession of the inheritance. In this regard, it considers both a comparative law and chilean law examination.

Keywords: Property Law; Possesion; Transfer of possesion; Possesion's legal nature; Hereditary assets; Heirs.

I. INTRODUCCIÓN. DIFERENCIAS CONCEPTUALES

Para la mejor apreciación de doctrina y textos extranjeros que serán aquí recogidos, en primer lugar conviene advertir de unas diferencias entre conceptuales y semánticas (por lo demás frecuentes en estas indagaciones).

Por una parte, entre nosotros está bien establecido que en el género "traspaso" están incluidos los términos "transferencia" y "transmisión;" el primero es traspaso por acto entre vivos y el segundo lo es por causa de muerte; en otras latitudes el término "transmisión" es empleado como género: equivale a traspaso sea por acto entre vivos o por causa de muerte. De ahí que en muchos ordenamientos (como en el Derecho español) el tema sea nominado "la transmisión hereditaria de la posesión," expresión que -entre nosotros- lleva una redundancia; en otras ocasiones el resultado puede llegar a ser más grave, conduciendo a equívocos. Por otra, debido a textos interpretados, ha sido desenvuelta la "posesión en concepto de dueño," que conduce a usucapión, y en concepto distinto (el antónimo no siempre queda definido), que en nuestro medio es rehusada (al menos hasta ahora), en cuanto no hay más que posesión o mera tenencia.[1]

II. LOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES

En la generalidad de los ordenamientos de nuestro sistema jurídico europeo continental y latinoamericano la transmisión de la posesión ha sido una situación jurídica ampliamente discutida, con antecedentes históricos

[1] Para más antecedentes v. MORALES MORENO, Antonio, *Posesión y Usucapión*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales, Madrid, 1972, en diversos pasajes de la obra, pero especialmente pp. 73 y ss.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

y variedad normativa. En los planteamientos y soluciones quedan, por una parte imbricados conceptos de derechos reales y sucesorios y, por otra, aquí confluyen las concepciones que se tengan o adopten sobre los capítulos fundamentales de la posesión.

Tal como es sabido, en la posesión cuatro son los problemas fundamentales, todos ellos por cierto conectados: su estructura (es eminentemente objetiva o subjetiva), su naturaleza (es un hecho o un derecho); su relación con el dominio (de autonomía o dependencia); y el fundamento de su protección (porqué es protegida la posesión).[2] Como inciden (con diferente intensidad) en el problema de la transmisión de la posesión pero no constituyen el objetivo de este estudio, aquí sólo serán recordados, con la común advertencia de que influyen en él.

En la estructura es donde radica la disputa fundamental y en donde está centrada la controversia entre SAVIGNY y IHERING. Si el elemento predominante es el ánimo de propietario o lo es la tenencia o gobierno de la cosa; si es eminentemente subjetiva u objetiva.

Por otra parte, es cierto que las posiciones están radicadas en la estructura, pero se vinculan indisolublemente –como se aprecia en diversos pasajes de los textos de Ihering– con la prueba (sobre todo del controvertido elemento subjetivo) y la justificación de la protección posesoria.

En las decisiones legislativas la generalidad de las codificaciones europeas del siglo XX parece no adoptar una de las tesis absolutamente. Pero, aunque se trate sólo de predominio, se observa cierto favor por la tesis objetiva. Así, parecen imponer la concepción objetiva los códigos: alemán (en sus arts. 854 y 855; esos textos no hacen referencia alguna a un elemento subjetivo, considerando poseedor a toda persona que ejerce un poder de hecho, independiente y personal sobre la cosa; y reputa como mero tenedor sólo a aquel que es un simple instrumento para el ejercicio del poder de hecho del poseedor); suizo (art. 919); discutiblemente también el italiano (arts. 1140 y 1141).[3] En cambio, parece adoptar la subjetiva el

[2] Un panorama más extendido puede verse en CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Edit. Reus, Madrid, 1992 (14 ed. revisado por García Cantero), T. 2, Vol. I, p. 657 y ss., con descripción histórica y extensa bibliografía; también HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La Posesión*, Civitas, Madrid, 1980. Entre nosotros, un resumen (aunque muy escueto) sobre estos temas puede verse en SALAS, Mariano, *Síntesis de las Teorías sobre la Posesión*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1950.

[3] Debe considerarse sí que un ilustre jurista ha proclamado que el código italiano adhiere a la concepción subjetiva (MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, Trad. de Sentis Melendo, T. III, p. 212).

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

código portugués (por el art. 1253, aunque no definitivamente, considerando el art. 1251).

La tendencia objetiva está manifestada también en los códigos latinoamericanos del siglo XX. Así, los códigos mexicano (art. 790 y 793), peruano (art. 896 y sugerida en la exposición de motivos) y paraguayo (arts. 1909, 1925 y 1926).[4] Aunque no definitivamente, el código boliviano considera en cierta medida el elemento intencional (art. 87). El código de Québec parece también inclinado a la objetiva (lo que es desprendido particularmente del art. 921). Ya en el siglo XXI, el código brasileño no es categórico; adopta una u otra concepción según la materia específica que regula (los arts. 1197, 1204 adhieren a la tesis objetiva, pero otros preceptos la desdeñan).[5] El código argentino nuevo también parece inclinado a la objetiva (art. 1909), sobre todo cuando es confrontado con el concepto que proporciona de mera tenencia (en el art. 1910) que es reducida a la detentación reconociendo a otro como poseedor (y cuando es confrontado al art. 2351 del código antiguo, que consideraba en términos algo más visibles a la intención).

El Código Civil chileno la define en los términos del artículo 700: "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" (inc. 1º). Con este concepto, y considerando el conjunto de reglas posesorias, en la doctrina nacional predomina la conclusión de que entre nosotros es adoptada una concepción más bien subjetiva (la planteada por Savigny).[6] En este mismo sentido debe

[4] En la doctrina paraguaya ha sido sostenido categóricamente que el código ha optado por la concepción objetiva (v. PANGRAZIO, Miguel Ángel, *Código Civil Comentado*, Edit. Intercontinental, Asunción, 1990, p. 1116 y ss.).

[5] En este sentido, DE PINHO VELOSO, Waldir: *Comentários aos Direitos Reais no Código Civil*, Edit. Thomson. São Paulo, 2007, p. 36 y ss.

[6] Así, por ej., ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, T. I, p. 359 y ss.; CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1979 (ed. facsimilar), T. III, p. 449 y ss., con objeciones a la doctrina subjetiva (por ej., la dificultad que implica en ella determinar la intención del que corta árboles, cierra, planta, edifica, actividades que podría ejecutar como dueño o como usufructuario o arrendatario), y luego de un relato de antecedentes históricos, descripción de las doctrinas y comentario de la actitud adoptada al respecto por algunos códigos extranjeros (secciones en las cuales, no obstante su próxima constatación de que el código chileno opta por la subjetiva, se va apreciando en él un atractivo por la noción objetiva).
Pero hay algunas discrepancias. Así, ha sido sostenido que en cuanto al *corpus*, y sobre todo teniendo presente cómo se prueba la posesión en el art. 925, los textos ensamblan mejor con la noción de este elemento según lo comprende Ihering (VERDUGO, Julio, *Del título en la posesión*, Impr. San Francisco

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

agregarse el art. 714, que distingue claramente a la posesión de la mera tenencia.

Adoptada aquella noción subjetiva, conviene insistir en que el ánimo de dueño consiste en la voluntad de tener la cosa para sí, de comportarse como dueño, de ejercer los atributos del dominio; de que se quiera hacer con la cosa lo mismo que hace un propietario; no es la conciencia o convicción de serlo, lo cual constituye la buena fe; ambos son poseedores, de buena o de mala fe, porque ambos actúan como dueño, sólo que el de buena fe cree ser dueño y el de mala sabe que no lo es.[7]

Otro dilema consiste en definir si la posesión es un hecho o un derecho.

Ha sido postulado que es un hecho; está basada en circunstancias materiales (que conforman el *corpus*); por serle conferida protección y derivarse de ella otras consecuencias jurídicas no queda convertida en un derecho; por lo demás, la protección es conferida exista o no el derecho del cual es apariencia.

Con el concepto de derecho como interés jurídicamente protegido ha sido sostenido que es un derecho, considerando que siempre la ley la ha protegido; más aún, ha llegado a concluirse que es un derecho real, porque en ella hay una relación inmediata y directa del sujeto con la cosa; sí es reconocido que en la base de la posesión hay un sustrato de hecho, que es necesario que persista para que se conforme el derecho de la posesión; el poseedor tiene derecho sólo mientras posee, mientras se mantiene su relación con la cosa. Suele añadirse que se trata de un derecho a seguir poseyendo, de carácter provisional (en cuanto puede decaer ante el derecho definitivo, de un verdadero titular).

Pero la discrepancia permanece,[8] aunque en la actualidad parece

- Padre Las Casas, Concepción, 1944, p. 14). También ha sido propuesto que los textos son ajenos a aquella secular controversia; no habría influido en la estructuración ideada por el redactor del código (así, PESCIO, Victorio, *Manual de Derecho Civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1958, 2ª Ed., T. IV, p. 153 y ss.).

[7] El señor Bello siguió a Pothier. Por otra parte, los redactores del código de 1804 (que no conocieron los trabajos de Savigny, publicados en Alemania en 1803), siguieron a sus guías habituales, Domat y Pothier, para los que la posesión suponía la voluntad de conducirse como propietario (*animus domini)* separando claramente la posesión de la detentación (v. al respecto MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François, *Leçons de Droit Civil*, Edit. Montchrestien. Paris, 1994, 8ª. édit. por Chabas, T. II., Biens. Nº 1426, p. 197).

[8] Y el debate ha tenido cuantiosa convocatoria. Por el objetivo de este estudio no será mayormente descrito, pero al menos debe agregarse que, calificada de derecho, la discusión ha sido prolongada hacia la precisión de derecho real o personal. Y ha sido desarrollada también una posición que ha sido calificada de "mixta," iniciada con SAVIGNY a partir de la 6ª edic. de su *Tratado de la Posesión*… (con

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

disminuir, con la conformidad de que es una situación de hecho de la que surgen consecuencias jurídicas y a la que el Derecho protege. Así, el debate suele adoptar una faceta semántica, en cuanto los postulados sobre la calificación parecen estar construidos con un distinto significado de lo que es posesión.

Luego de examinados los fundamentos de las varias posiciones también queda la percepción de que en la decisión influyen otros conceptos relacionados, sobre todo el de derecho subjetivo.

III. TRANSMISIÓN, NATURALEZA Y RELACIÓN CON EL DOMINIO

El específico tema de la transmisión de la posesión con frecuencia es convocado a la discusión por su estrecha vinculación con la naturaleza y estructura de ella y añade complicación al debate, como se verá pronto; además, debe ser relacionado con el de los denominados "títulos para poseer" y, dentro de ellos, con el de la sucesión por causa de muerte como título. Desde luego, tal como se dirá, en términos iniciales, la transmisión de la posesión es una consecuencia de la concepción que de ella sea adoptada. En extrema síntesis, si se la tiene por un hecho, no se transmite; si por un derecho, es admisible su transmisión. Pero en algunos códigos civiles hay textos que imponen una solución expresa al respecto (que es transmite, o que no se transmite) o, al menos, que inducen a una; entonces, ante una

trad. española de 1845), que postula en la posesión un doble carácter, o síntesis de hecho y derecho; originariamente es un hecho, pero el hecho produce consecuencias jurídicas, las que engendran derecho en el poseedor; además, ese carácter de derecho surge porque en algunas situaciones debe admitirse el derecho aun faltando el hecho que debía servirle de base, y otras en que debe rechazarse el derecho a pesar de la existencia de ese hecho; en tales situaciones entra en la esfera del Derecho no sólo en razón de sus efectos, sino por su propia naturaleza y como causa determinante del derecho. Ha sido bien acogida y muchos autores la siguen con variados matices; por ej., MESSINEO, GARCÍA VALDECASAS, DÍEZ-PICAZO; v. también ALBALADEJO, Manuel: "Concepto, Estructura y Clases de Posesión", *Revista de Derecho Privado (Madrid)*, 1962, Nº 46, p. 588 y ss.

Separándose, JORDANO BAREA considera esos planteamientos poco explicativos y, como otra proposición, se encauza por la apariencia; la concibe fundamentalmente como apariencia de titularidad, no sólo de la propiedad, sino de cualquier derecho, como imagen externa y provisional de los derechos reales; en otras expresiones en la misma vía, una apariencia socialmente significativa (JORDANO BAREA, Juan, "Una Relección sobre la Posesión", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, T. 39, p. 1035 y ss., especialmente p. 1048 y ss., que ofrece una didáctica síntesis del debate). Argumentaciones, autores y datos de obras pueden verse también en CASTÁN TOBEÑAS, cit. (n. 2), p. 579 y ss. V. también HERNÁNDEZ GIL, cit. (n. 2), p. 46 y ss.; un breve resumen en DE REINA, Gabriel, "El Derecho Real de Posesión. Nociones Generales", en: De Reina, G. (coord.), *Derechos Reales*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 273 y ss.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

indefinición del respectivo código sobre la naturaleza de la posesión, esos textos son usados como argumentos en la controversia que se desata.

Aquí sólo conviene advertir que –como suele ocurrir en muchas situaciones equivalentes– en los ordenamientos en cuyos cuerpos legales está establecida la regla de que la posesión se transmite, ella se presta para un juego argumentativo: o es que esa regla empuja a la conclusión de que la posesión es un derecho (está contribuyendo a esa conclusión, enriqueciendo el arsenal argumentativo) o es que constituye una manifestación o derivación de que es un derecho, como proposición ya previamente adoptada.

Sobre la naturaleza como hecho o derecho los códigos del siglo XX no adoptan posición, al menos clara y directamente; pero es notable la constatación respecto a la transmisión: muchos disponen o al menos dan a entender que la posesión se transmite a los herederos, lo que ciertamente armoniza mejor con una calificación de ser un derecho.

Entre nosotros predomina ampliamente la conclusión de que, al menos en el código, está concebida como un hecho. No la define ni califica como derecho; no hay disposiciones que conduzcan (al menos directamente) a esa conclusión; el art. 700, más coherente con una concepción fáctica, apunta inmediatamente a la tenencia con ánimo. Pero también deben ser explorados otros textos (como los arts. 919 y 2500 inc. 2º), que pudieren estimarse inductores a la transmisibilidad, lo que llevaría, a su vez, a una supuesta calificación de derecho, aunque pueden ser explicados en otra dirección (lo que será visto más adelante).

Su estrecha vinculación con el dominio también impone formular algunas observaciones sobre esta relación, en el objetivo de la transmisión posesoria.

El dominio otorga al propietario un conjunto de facultades sobre la cosa, y para que pueda hacerlas efectivas necesitará tener la cosa a su disposición, bajo su dependencia o señorío. De este modo, el dominio trae como consecuencia necesaria el "derecho a poseer" (*ius possidendi),* que viene a ser el ejercicio mismo del dominio (o, puede decirse, una manifestación de la titularidad del derecho).[9] Pero, por otra parte, es también frecuente que un sujeto tenga una cosa con el ánimo de señor sin que sea su verdadero dueño; aquí aparece la posesión como concepto autónomo, independiente de la propiedad, configurándose como una situación de hecho,

[9] El art. 850 del Código Civil peruano de 1936 disponía expresamente que el propietario tiene "el derecho a poseer."

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

a la que la ley le atribuye un conjunto de ventajas, beneficios o poderes (frutos, habilitación y protección para seguir poseyendo, acceso al dominio mediante la prescripción) (que conforman el llamado *ius possessionis)*. En la primera situación se está ante un poseedor con derecho a poseer; y en la segunda, ante un poseedor simplemente, o sin derecho a poseer (por cierto, este último se encontrará generalmente en vías de ganar el dominio mediante la prescripción). Esta última situación implica además admitir la existencia de dueños que no tienen la posesión. Y así se llega al frecuente juego de situaciones de un poseedor no dueño y un dueño no poseedor. No obstante, lo normal es que ambos, *ius possidendi* y *ius possessionis,* vayan unidos; es decir, generalmente el propietario tiene la posesión; el que tiene derecho a poseer, posee. Y de ahí lo justificado de la presunción de que el poseedor se reputa dueño (art. 700 inc. 2º) (aquí surge una relación con la regla de que "en materia de bienes muebles la posesión equivale a título," que no puede ser examinada aquí).[10]

Finalmente, el otro capítulo básico implica la interrogante: porqué es protegida la posesión. La pregunta surge sobre todo si es calificada de hecho en cuanto no es fácilmente explicable que un hecho genere una protección para seguir en él. El problema es aquí sólo aludido porque en cuanto a la transmisión de la posesión no es tanto el fundamento de la protección lo que incide en la transmisión sino la herramienta protectora propiamente (el interdicto).

[10] De modo que quien alegue que el dueño es otro, debe probarlo (*RDJ*, T. XCVIII, secc. 2ª, p. 88). Es ampliamente repetida la expresión –que el fallo citado reitera– por la cual, siendo el art. 700 inc. 2º una presunción simplemente legal, "constituye una alteración del peso de la prueba." Estimamos que al respecto debe introducirse una distinción: la presunción simplemente legal constituye una fijación legal del peso de la prueba, en el sentido que es la ley quien, prescindiendo de lo que técnicamente pueda corresponder, determina, fija, el *onus probandi* en cierta situación; ahora bien, examinada la situación en relación con la realidad y aplicados en ese contexto los principios del *onus probandi* (en especial el criterio que se decida adoptar de entre los varios que se han propuesto para resolver la interrogante de quién debe probar), se obtendrá la conclusión; si la presunción legal contraría la conclusión doctrinaria, ahí sí que la presunción importa efectiva alteración del peso de la prueba, pero si coinciden, no hay alteración sino una confirmación legal de la atribución del peso. Esto último es lo que acontece con la regla del 700 (prescindiendo de ella, estimamos que se llega a la misma conclusión de que el poseedor debe reputarse dueño mientras otro no pruebe lo contrario; y es así aplicando cualquiera de los criterios que se han propuesto en la doctrina para resolver la interrogante del peso de la prueba; por ej., así se deduce aplicando el criterio denominado de la "normalidad", ya que lo normal, lo habitual, lo más frecuente –tal es el sentido del término, al menos en esta materia– es que los poseedores efectivamente son dueños de las cosas que poseen).

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

IV. TRANSMISIÓN DE LA POSESIÓN Y LAS COSAS HEREDITARIAS

De lo que aquí se trata es de determinar qué acontece con la posesión al morir el poseedor. Y las alternativas son: o que queda extinguida o que es transmitida a su heredero. Si queda extinguida, eso será sin perjuicio de que el heredero pueda comenzar a poseer aquella cosa que poseía el causante y que por su muerte quedó extinguida.

Puede verse que se trata, pues, de la *posesión de cosas hereditarias*. Distinta es la posesión de esa universalidad llamada "herencia" (sobre la cual será formulada una observación al final).

Sin mayor examen (y demostrándose ya la incidencia de las interrogantes fundamentales anunciadas), la respuesta puramente racional y básica es que este problema es de segundo grado, dependiente de aquel dilema de si la posesión es un hecho o un derecho. Tal como ya se dijo al reseñar ese problema, concebida como un hecho, no hay transmisión posible; concebida como un derecho, es concebible su transmisión.

Pero tras estas premisas, por profundas explicaciones históricas en la transmisión hereditaria de la posesión han quedado configuradas dos alternativas que, a su vez, están vinculados a dos métodos de adquisición de la herencia: los llamados romano y germánico, que aquí serán resumidamente expuestos.

En el romano, fallecido el causante surge el llamamiento, de modo que la herencia es adquirida mediante la aceptación del llamado, el cual, entonces, es heredero sólo desde su aceptación (sin perjuicio de normas que dispongan luego la retroactividad de la aceptación). En el germánico, fallecido el causante la herencia es adquirida de pleno Derecho (*ipso iure*) por el que, de inmediato, es heredero.

Pues bien, en cuanto a la suerte de la posesión (de las cosas hereditarias) al morir el poseedor, paralelamente se fueron configurando dos regímenes distintos. En el romano la posesión no es transmitida; para que el heredero, luego de aceptar, posea, es necesaria su aprehensión de las cosas (con ánimo de señor). En el germánico se transmite por el ministerio de la ley, pasando al heredero sin necesidad de una actuación concreta suya.

Siendo la posesión en la concepción romana una situación de hecho, no es susceptible de una transmisión, ideal o corporal; son transmitidos los derechos; como la posesión es relación de hecho, esa transmisión no es

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

posible y para adquirirla es necesaria la efectiva dominación fáctica.[11-12]

En el Derecho germánico, en cambio, la regulación sucesoria está basada en la comunidad que en vida del causante existe entre él y sus herederos vinculados al hogar; por eso es que la herencia pasa al heredero automáticamente al morir el causante; y así como el heredero adquiere los derechos sin necesidad de aceptación, también queda poseedor de los bienes sin necesidad de aprehensión material. Pero debe ser precisado que la *gewere* de los bienes hereditarios que es así adquirida es la *gewere* ideal o incorporal (con lo cual su transmisión ya no resulta tan inconcebible) por lo que es comprensible que, en sus orígenes, en la práctica se procediera a una toma formal de posesión, sobre todo para el heredero ausente, el que transformaba así su *gewere* ideal en *gewere* corporal, impidiendo de este modo que surgiera una *gewere* jurídica a favor de otros titulares.[13]

Con estas últimas aclaraciones puede apreciarse que las diferencias entre ambos regímenes no son tan profundas. Y hay dos efectos, la protección interdictal y la posibilidad de usucapir que, tanto en la evolución histórica como en los cuerpos legales actuales, han sido tratados en el respectivo régimen o como consecuencias lógicas o, por el contrario, como excepciones.

Estos (muy resumidos y en alguna medida simplificados) antecedentes[14] permiten comprender mejor las actitudes de los comentaristas de los diversos ordenamientos modernos y los contenidos normativos desde el inicio de las codificaciones.

Por otra parte puede constatarse que, rehusando que el hecho posesorio pueda transmitirse, para mitigar el impacto de textos que sin

[11] Es habitual al efecto citar un fragmento de JAVOLENO: "Cuando somos instituidos herederos, pasan a nosotros todos los derechos hereditarios una vez adida la herencia, pero no adquirimos la posesión si no la tomamos naturalmente." D. 41, 2, 23 pr.

[12] Conviene añadir que, cuando a la muerte del *pater* los herederos *sui* tenían la posesión sin necesidad de aprehensión material, no había excepción porque, en vida del *pater*, los herederos *sui* eran coposeedores del patrimonio familiar, de modo que al morir no tenían necesidad de tomar la posesión de los bienes pues ya los poseían (v. al respecto ROCA SASTRE, Ramón, "La Adquisición Hereditaria de la Posesión", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. T. XXV, Madrid, 1953 (n° extraord.), p. 337 y ss.). Por otra parte, si bien el hecho posesorio no puede transmitirse, sin la aprehensión material el heredero sucedía al causante en la usucapión que el causante había iniciado, aunque no tuviere aún la protección de los interdictos (así, ESPÍN CÁNOVAS, Diego, "La Sucesión en la Posesión y la Unión de Posesiones en la Usucapión", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, p. 539 y ss.).

[13] V. al respecto PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Trad. de Melon Infante, Edit. Bosch, Barcelona, 1957, p. 375.

[14] Que extendidos pueden verse, por ej., en CRISTÓBAL-MONTES, Ángel, "La Transmisión Hereditaria de la Posesión en el Derecho Comparado", en Cristóbal-Montes, Á. (ed.), *Estudios de Derecho Civil*, Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1970, p. 127 y ss.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ambages disponen la transmisión de la posesión del causante al heredero y que no pueden ser frontalmente desobedecidos, muchos autores advierten que no pueden referirse a la posesión misma, ya que la ley es impotente para trasladar una situación de hecho; aluden –suelen decir– más bien a las ventajas (jurídicas) derivadas de esa situación (el *ius possessionis*), que el poseedor las adquiere sin formalidades o exigencias previas; incluso sin la aprehensión material.[15]

Estas últimas precisiones evocan lo que suele ser advertido al tratar la naturaleza de la posesión: que el debate puede presentar un frente semántico, en cuanto los postulados parecen estar construidos con un distinto significado de lo que es posesión.

En cambio, en el extremo en que es sostenido que la posesión es un derecho, se predica simplemente que se transmite del causante al heredero.[16]

V. EL DERECHO COMPARADO

En cuanto a los textos legales, como una manifestación de aquellas relaciones advertidas al comienzo, en algunos códigos civiles se contienen preceptos que imponen una solución expresa al respecto (que se transmite, o que no se transmite) o, al menos, que inducen a una; entonces, ante una indefinición del respectivo código sobre la naturaleza de la posesión, esos textos de la transmisión son usados como argumentos en la controversia que se desata sobre la naturaleza (como hecho o derecho).

Es notable que ya desde el siglo XIX muchos códigos civiles vienen imponiendo la transmisión de la posesión, aunque es frecuente que sus

[15] V. por ej., con distintos matices, Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, Trad. y notas de Pérez González y Alguer, Edit. Bosch. Barcelona, 1971, 3ª. ed. (al cuidado de Puig Brutau), T. III, vol. 1º (por M. Wolff), p. 77 y ss.; Castán Tobeñas, cit. (n. 2), p. 674 y ss., con cita de otros; Medina de Lemus, Manuel, *Derecho Civil de Bienes. Derechos Reales e Inmobiliario Registral*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003, T. I, p. 181 (que se refiere al derecho a "seguir teniendo"); Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, T. III, p. 614 (enfatizando más una transmisión posesoria) (los autores españoles y algunos fallos del Tribunal Supremo español reconocen el origen del art. 440 del Código Civil español en el art. 724 del Código Civil francés; aunque ese origen –germánico– ha sido objetado en el estudio del Prof. Roca Sastre: Roca Sastre, cit. (n. 12), p. 337 y ss.).

[16] Junto a los otros autores citados y que se irán citando, v. Messineo, cit. (n. 3), T. III, pp. 207 y 220, con el art. 1146 del código italiano; De la Esperanza Martínez-Radío, Antonio, "El Problema de la Sucesión en la Posesión", *Revista de Derecho Español y Americano*, 1960, Nº 23 (jul-sept), pp. 219 y ss.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

términos son interpretados, con elementos históricos y lógicos (hasta obtener a veces resultados alejados del tenor, como se irá viendo).

Primero fue impuesta en algunos decimonónicos. En el francés.[17] En el italiano antiguo (de 1865).[18]

El código español dispone: "La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida a los herederos sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia" (art. 440). Conviene agregar que la doctrina española dominante estima (porque los textos legales son algo confusos) que el código establece el sistema de adquisición de la herencia mediante la aceptación.[19] Como puede percibirse, en estas circunstancias el sistema no queda muy armónico. Como que aquella doctrina dominante no puede sino concluir que esta transmisión *ipso iure* (incorporal) de la posesión que impone la citada regla tiene lugar cuando la herencia es aceptada (antes no hay heredero) (sin perjuicio de la retroactividad).[20] También el código argentino (que hoy llamamos antiguo); el art. 3418 dispone que "El heredero sucede no sólo en la propiedad sino también en la posesión del difunto". "… se le transfiere con todas sus ventajas y sus vicios" (podría decirse: más claro imposible); y, derivando una consecuencia, agrega que el heredero puede ejercer las acciones posesorias

[17] En el art. 724; v. una clara explicación histórica y la evolución doctrinaria de la "*saisine*," con su vinculación a la idea de continuación del causante en los herederos y su origen germánico (aunque no indiscutidos), en Ripert, Georges; Boulanger, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, Trad. de Delia García, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1987, T. X, Vol. 2, pp. 11 y ss.

[18] El art. 693 disponía: "La posesión continúa de Derecho en la persona del sucesor a título universal. El sucesor a título particular puede reunir a su posesión la de su autor, para invocar sus efectos y disfrutar de ellos." Esa norma contrasta con nuestro art. 717 y en el contraste resalta la claridad de los dos textos en su decisión opuesta: "sea que se suceda a título universal o singular la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir…" Pero, como se dirá en el cuerpo, también tenemos nuestro artículo 2500, que se le asemeja.

[19] Con la disidencia de una exigua minoría conducida por García Valdecasas, Guillermo, "La Adquisición de la Herencia en Derecho Español", *Revista de Derecho Privado (Madrid)*, 1944, p. 89 y ss., que postula que el código está adscrito al régimen germánico de adquisición *ipso iure*. Con esa regla un fallo del Tribunal Supremo español (de 12 de diciembre de 1966) resolvió que la posesión a la que se refiere el citado art. 440 (que consagra la llamada posesión "civilísima," denominación habitual en el Derecho italiano, se tiene entendido que desde Baldo) alcanza no sólo a los bienes que el causante poseía directa e inmediatamente, sino también a los que poseía de modo indirecto o por mediación de terceros (el fallo es citado por Díez-Picazo, Luis, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Edit. Tecnos, Madrid, 1979, T. II, p. 243).

[20] Una opinión discrepante ha sostenido que, no obstante su tenor, el art. 440 no consagra la transmisión hereditaria como la *saisine* francesa, sino solamente, siguiendo el principio romano, a efectos de la usucapión e incluso de la protección posesoria "se entiende transmitida" desde la muerte; si el llamado acepta y obtiene la posesión material, esa posesión se reputa adquirida desde la delación por el efecto retroactivo de la aceptación (Así, Roca Sastre, cit. (n. 12), p. 337 y ss.).

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que tenía el difunto aun antes de haber tomado de hecho posesión de los objetos hereditarios.[21]

Y la tendencia ha continuado en los siglos XX y XXI, sin perjuicio de los matices introducidos por la doctrina que comenta los respectivos preceptos; pero los textos suelen ser bastante claros.

Esta decisión ha de encontrar explicación en que han decidido que la posesión es un derecho. Así, declaran, o al menos dan a entender, que la posesión se transmite. El primero que debe ser destacado es el código alemán; el art. 857 dispone que "la posesión pasa a los herederos;" por cierto, la regla es coherente con el art. 1922 que establece la adquisición *ipso iure* de la herencia por parte del heredero. Pero sobre la base de lo que es el hecho posesorio la doctrina precisa (y en cierto modo debilita) el alcance de esta transmisión, declarando que la ley es impotente para transmitir un señorío efectivo; más bien es reconducido a las ventajas.[22] En el código italiano, por una parte el art. 459 consagra el sistema de la adquisición de la herencia mediante la aceptación; por otra, el art. 460 sin necesidad de aprehensión material le permite ejercitar las acciones posesorias, la custodia y la administración temporal de los bienes (salvo que haya sido nombrado curador de la herencia); y el art. 1146 dispone que "la posesión continúa en el heredero con el efecto de la apertura de la sucesión." Con esos textos la doctrina italiana ha discutido ampliamente si ha quedado consagrada o no la transmisión *ipso iure* y con qué alcance; parece prevalecer que mientras no acepte el llamado tiene una posición equivalente a un curador (incluso, la

[21] En nota del redactor a este precepto, luego de ser citados exégetas franceses se reconoce que se aparta del Derecho romano, lo que es confirmado y precisado en otra nota (esta vez al art. 3410) y es añadida la crítica de Savigny a esa postura, quien objeta a los códigos (entonces) modernos por acogerla separándose de lo que es la auténtica posesión, que requiere aprehensión.
Ante esa regla ha sido estimado (en el Derecho argentino) que en la sucesión a título singular hay dos posesiones separadas que pueden ser agregadas, pero en la a título universal es una posesión, que continúa en el sucesor, porque éste es la continuación de aquel (y la calidad se determina al iniciarse, en el causante, salvo para los frutos porque la buena o mala fe queda determinada al momento de la percepción…); así por ej. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales*, Edit. Zavalía, Buenos Aires, 2006, T. I, p. 164). El precepto es muy semejante a lo dispuesto en el citado art. 693 del Código italiano antiguo; y a nuestro 2500 inc. 2°. Y –adelantando lo que luego diremos a propósito del Derecho chileno- puede verse que algo útil para intentar explicar la transmisión de la posesión es el carácter de "continuador," que es atribuido al heredero, con lo que el alcance de esta ficción incide en la final conclusión.

[22] V. en este sentido ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, cit. (n. 15), T. III, Vol. 1º (por M. Wolff), p. 77 y ss.; igualmente WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz; EICKMANN, Dieter, *Derechos Reales*, Trad. de Cañizares, Miquel, Rodríguez y Rodríguez-Rosado, Edit. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2008, Vol. I, p. 203 y ss.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Corte de Casación, inclinada a negar la transmisión *ipso iure*, ha dudado de si producida la aceptación de la herencia se transmite o aun así el heredero necesita aprehensión material para poseer).[23] El código portugués dispone rotundamente la transmisión; el art. 1255 ordena: "Por muerte del poseedor, la posesión continúa en sus sucesores desde el momento de la muerte, independientemente de la aprehensión material de la cosa". El código holandés la califica de hecho (art. 3-107), pero luego (en el art. 3-116) dispone que el sucesor a título universal sucede a su autor en la posesión de sus bienes con sus cualidades y vicios.

Y son varios los códigos latinoamericanos de estos dos últimos siglos que –siguiendo a los europeos- también disponen la transmisión de la posesión del causante a los herederos. Así los códigos: boliviano (art. 92);[24] paraguayo (art. 1913);[25] brasileño (arts. 1206 y 1207).[26] El código peruano regula la posesión en el Título I de la Sección Tercera que trata de los "derechos reales principales," lo que induce a desprender que tal vez considera la posesión como un derecho real.[27]

Sobre todo si es calificada como un hecho, pero aunque sea considerada un derecho, digan lo que digan los textos, que la posesión se transmita no puede ser entendido como se entiende la transmisión de una cosa. Si se dispone que la posesión se transmite, esa orden no puede significar mucho más que esto: que el tiempo durante el cual poseía el causante aprovecha al sucesor y éste puede desde luego defender la cosa. Pero téngase presente que,

[23] V. al respecto Messineo, cit. (n. 3), T. VII, p. 39 y ss., con cita de otros. Pero recuérdese lo dicho al tratar la naturaleza jurídica de la posesión en orden a que antes, en el T. III, p. 206 y ss. de la obra, el autor concluye que es un derecho subjetivo y añade que se transmite a otro. En el T. VII se muestra algo adverso a esa cualidad, observando que antes de la aceptación el llamado tiene la "posibilidad de ejercer las acciones posesorias relativas a los bienes hereditarios y en tutela de ellos;" ese poder es adquirido sin necesidad de aprehender los bienes y sin que el llamado manifieste al respecto ninguna voluntad, pero "ese poder difiere de la posesión, según la conocemos, o sea, como relación que implica necesariamente una relación de hecho (*corpus*) con la cosa poseída, y que exige un acto de aprehensión para su adquisición" (T. VII, p. 39).

[24] "I. El sucesor a título universal continúa la posesión de su causante desde que se abre la sucesión, a menos que renuncie a la herencia. II. El sucesor a título particular puede agregar a su propia posesión la de su causante o causantes" (art. 92).

[25] "La posesión se transmite con los mismos caracteres a los sucesores universales del poseedor" (art. 1913).

[26] "La posesión se transmite a los herederos o legatarios del poseedor con los mismos caracteres" (art. 1206); y "El sucesor universal continúa de derecho la posesión de su antecesor; y al sucesor singular es facultado para unir a su posesión la de su antecesor, para los efectos legales" (art. 1207).

[27] Como, por lo demás, ha sido sostenido; v. por ej. varios autores en Castán Tobeñas, cit. (n. 2), T. 2, Vol. I (en 12° ed. de 1982), pp. 61, y 578 y ss.; también De Reina, cit. (n. 8), p. 273 y ss.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sin acudir a la transmisión, el beneficio de la prescripción puede lograrse con la que nosotros llamamos agregación –facultativa– de posesiones; incluso, si se pretende emplearla para los frutos que la cosa produjo mientras era poseída por el causante, tampoco hace falta acudir a la transmisión, porque si las normas respectivas se los daban al poseedor causante, simplemente son cosas del causante que, por tanto, son transmitidas en dominio al heredero. Queda entonces como posible de transmitir sólo un "derecho a poseer" o "a seguir poseyendo," que sería el contenido que tendría la expresión "transmisión de la posesión;" con ese "derecho a poseer" la norma puede conferirle la tutela posesoria. Y todo puede ser incluido en lo que algunos textos llaman "posesión legal" que suelen atribuir al heredero desde la muerte del causante, para ese interregno entre la muerte del poseedor y la aceptación del heredero (en los ordenamientos en que es necesaria la aceptación) y tiene la posibilidad de hacerse efectivamente con los bienes. Pero si el heredero no entra él a poseer, simplemente no tiene la auténtica posesión.

En suma, la denominada "transmisión de la posesión," extendidamente consignada en los textos debido a los indicados elementos históricos y lógicos, debe ser entendida más bien con referencia un "derecho a poseer", al *ius possidendi,* y aun a algunas ventajas –jurídicas– de la posesión, del *ius possessionis).*

VI. LA CUESTIÓN ANTE EL DERECHO CHILENO

En cuanto al Derecho chileno, entre nuestros textos deben ser mencionados al menos los arts. 688, 704, 717, 718, 722, 1264 y siguientes., 2500, 2512. Además, en las conclusiones influyen (como fue advertido al comienzo) conceptos posesorios y hereditarios, algunos generalmente aceptados y otros asimismo discutidos o de significado difuso.

Conviene también tener presente algunas puntualizaciones de carácter más general:

a.- El código implanta un derecho de herencia como derecho real (distinto del dominio), que constituye una originalidad (y de utilidad discutible), generalizadamente ausente en el Derecho extranjero; se tiene entendido que su vida es efímera (nace con la muerte del causante y termina con la partición de los bienes que la integran, o antes si hay sólo un heredero).

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

b.- La sucesión por causa de muerte es un modo de adquirir el dominio de cosas.

c.- Predominantemente la posesión es concebida como un hecho (y así lo estimamos también).

Teniendo en cuenta la relación del problema con el sistema de adquisición de la herencia, como es sabido el código chileno está plegado al romano, que requiere la aceptación del llamado (y con efecto retroactivo al momento en que haya sido deferida, conforme al art. 1239).

Como ya se dijo, concebida como un hecho, entre nosotros se tiene entendido que la posesión no se transmite; que no pasa del causante a su heredero. Los términos del art. 717 son categóricos (y amplios, aplicables a la transferencia y a la transmisión).[28] Así lo estimamos también.

Pero no puede dejar de ser mencionado lo dispuesto en los arts. 2500 inc. 2º y 919, que inducen a la transmisibilidad, aunque pueden ser comprendidos en otra dirección.

En cuanto al art. 2500 inc. 2º si bien induce a la transmisión, hay explicaciones para neutralizar ese resultado. Desde luego, tal como se dijo al tratar la naturaleza de la posesión (como hecho o derecho), digan los textos lo que quieran, si es concebida como hecho, una transmisión no es concebible; no es posible aquí transmitir como es transmitida una cosa; lo que puede transmitirse es un "derecho a seguir poseyendo," que es distinto; pero mientras el heredero no entre a aprehender los bienes como señor, él no tiene posesión. Luego, puede estimarse que la regla se explica para evitar lo que se ha llamado "un vacío" posesorio, entre la muerte del causante y la aceptación del heredero; pero al menos entre nosotros esa dificultad está solucionada con la retroactividad de la aceptación; así, para ese efecto, en rigor, la regla

[28] V. en este sentido por ej.: CLARO SOLAR, cit. (n. 6), T. VII (III), pp. 459 y ss. (para la calificación de que es un hecho) y 515 y ss. para la intransmisibilidad, con la base de que es un hecho y los textos, sobre todo el citado art. 717; agrega antecedentes históricos y la diferencia que se proponía en el Proyecto de 1853 entre heredero y legatario, que finalmente no fue mantenida. V. también en el mismo sentido GUTIÉRREZ, José Ramón, "¿Es Transmisible o Transferible la Posesión según Nuestro Código Civil?" *RDJ.*, 1913, T. X, 1ª Parte, p. 17 y ss.; en conjunto concluye que, al menos en nuestro sistema posesorio la posesión no es transferida ni transmitida; junto a los preceptos añade antecedentes contenidos en los Proyectos. Y considera errores las reglas de los arts. 696 que se refiere a la "transferencia" de la posesión, y del art. 2500 inc. 2º, que supone una "transmisión"; incluso llega a proponer la supresión de este último texto; ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, cit. (n. 6), T. I, p. 358; VERDUGO, cit. (n. 6), p. 12. Por otra parte, el principal autor que el redactor consideró en esta materia, Pothier, la concebía como un hecho.
La jurisprudencia ha resuelto otro tanto (v. por ej. *Fallos del Mes*, Nº 473, p. 197, que derivó en la improcedencia del recurso de protección).

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

no se justifica, pero, con ser superflua, podría tener esa explicación. Para neutralizar ese precepto debe ser convocado también el citado art. 717, con sus terminantes expresiones. En fin, no se justifica mucho sobresalto porque la regla no dispone exactamente la transmisión; lo que declara es que la posesión del causante sobre cierta cosa "continúa" en el heredero (o en la herencia yacente y luego en el heredero); es decir, el heredero posee acto seguido, en inmediata continuidad, sin solución de continuidad, pero –puede entenderse- en virtud de su propia conducta (enseñoreándose en la cosa). Más aún, es aceptable entender que con la regla se parte del supuesto de que el heredero posee, es decir, se impone una verdadera presunción de que ahora él posee, a menos que se demuestre que no.

En esta comprensión, la colisión con el art. 717 sería más bien aparente.

Y en cuanto al art. 919, el texto se refiere a la protección posesoria, cuya admisión no supone, al menos no necesariamente, calificar a la posesión ni de derecho ni derivar que la posesión se transmite. Más bien de lo que se trata es de que, como el heredero es el continuador del causante, las acciones que éste tenía y las que en su contra se tenían, pueden ser ejercidas ahora por y contra el heredero, supuesto que éste ha entrado también en posesión. Y puede incluso avanzarse hasta concluir que, en cuanto a la posesión iniciada por el heredero, mientras no se demuestre diferencia, es de la misma calidad que la del causante y, en consecuencia, también tiene y está sometido a las mismas acciones protectoras. Esto es solamente algo semejante a transmitir; a cada uno según su hecho; sólo que el heredero es continuador del causante.[29]

CONCLUSIÓN

Nos parece que estando en la base de la posesión una relación de hecho, no es posible admitir una auténtica transmisión de la posesión; la muerte del poseedor irremediablemente pone término a su señorío y, quien quiera que ahora posea, trátase de una nueva posesión, del que ahora comienza a

[29] Otras explicaciones para desvirtuar la convergencia de estos preceptos hacia la idea de transmisión de la posesión pueden verse en AUBRY, C.; RAU, C., *Cours de Droit Civil Français*, Impr. et Libr. G. de Jurisprudence, Marchal et Billard, Paris, 1869, T. II, p. 98 y 99; ESPÍN CÁNOVAS, cit. (n. 12), p. 598 y ss.; SOMARRIVA, Manuel, *Indivisión y Partición*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1956, T. I, p. 227.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

poseer, aunque sea el heredero de aquél. Y es lamentable que termine en un momento vulnerable, cuando, por cesar el señorío, más es necesaria la protección posesoria. Tal vez es esa necesidad de protección lo que suele inducir a los textos a incurrir en una "transmisión" o, como se ha dicho, en una cualidad heredable de la posesión;[30] pero si es esa la explicación, en lugar de adoptar la decisión (excesiva) de disponer por norma la transmisión puede procederse, como se ha procedido, por norma, a conferirse al heredero los interdictos.

Queda algo más. Puede decirse que "en principio" la transmisibilidad o intransmisibilidad de la posesión queda sometida a la definición de su naturaleza como hecho o derecho. Es así ("en principio") porque, aun concebida como un hecho, todavía queda un pilar que podría sustentar la transmisibilidad: la circunstancia de que al heredero se le tiene por el "continuador" del causante.[31] La valoración de este argumento nos deja instalados en esta otra interrogante: el alcance de esta "continuación." Ciertamente la expresión "el heredero es el continuador del causante" es una ficción; aun así, se trata de definir su alcance y, específicamente, si llega hasta el punto de que el hecho posesorio pueda continuar en el heredero.

Estimamos que no (los principios y reglas sobre ficciones habitualmente no deben ser comprendidos extensivamente). Y como compartimos la postura mayoritaria en Chile de que la posesión es en esencia un hecho, concluimos que entre nosotros la posesión del causante en sus bienes no se transmite a sus herederos. En cada bien, la posesión del causante terminó con su vida y quien entre en posesión ahora será un nuevo poseedor, sin perjuicio de la agregación, conforme al art. 717 (y para la pregunta: con qué título comienza a poseer, debemos trasladarnos a otro tema, que excede este estudio: la sucesión por causa de muerte como título para poseer).

En fin, ante los términos categóricos del inc. 1º del art. 717 para negar –como se dijo- la transmisión sólo resta precisar que las voces "suceda" y "sucesor" incluyen tanto a la sucesión por causa de muerte como a la por acto entre vivos (transmisión y transferencia; genéricamente a todo "traspaso"); y, como lo expresa, en la primera tanto al heredero (asignatario a título universal) como al legatario (asignatario a título singular).

[30] En este sentido, Westermann, Westermann, Gursky, y Eickmann, cit. (n. 22), T. I, p. 203.

[31] En efecto, si extendemos al máximo las posibilidades de la expresión, podría llegarse a concluir que para lograr el resultado ni siquiera es necesario acudir a una transmisión; como es el continuador, aunque la posesión sea un hecho, el sujeto no ha cambiado; estaba poseyendo un sujeto que sigue poseyendo después de su "muerte" porque ahora está encarnado en el que llamamos heredero.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

También pudiere acudirse a los textos sobre la *posesión de la herencia* para intentar por ahí llegar a la transmisión de la posesión de los bienes. Pero –como se verá- tampoco parece posible.

Respecto a la posesión de la herencia, entre nosotros hay dos preceptos, los arts. y 688 y 722, por los cuales, al fallecer el causante, el heredero adquiere la posesión de la herencia por el solo ministerio de la ley; es posesión de la herencia y es posesión legal (estrictamente aquí no puede haber posesión real, la definida en el 700, porque se trata de una abstracción; la herencia carece de materialidad y, más aún, es una universalidad). Pero si se entiende que la prescripción de la herencia a la que se refiere el art. 1269 es prescripción adquisitiva, como es lo que prevalece entre nosotros, eso supone que hay posesión real (no la pura legal ni la llamada "efectiva"). De ahí que la jurisprudencia haya tenido que resolver (cuando ha sido necesario para la prescripción adquisitiva de la herencia considerando que para usucapir es indispensable poseer) que se posee una herencia poseyendo los bienes hereditarios, o, al menos, los principales, en calidad de heredero. Pero es sugerente que en el título de la acción de petición de herencia, con cuyas reglas se concluye que es prescripción adquisitiva (la cual como se dijo supone posesión), el código se cuida de emplear el término "posesión;" las cinco ocasiones en que, en ese título, pudo haberlo empleado, absteniéndose, optó por referirse a su "ocupación."

Podría estimarse que como dispone que el heredero "adquiere" está excluyendo la transmisión; pero no es que excluya la transmisión; lo que ocurre es que tratándose de la herencia no puede ser planteada la disyuntiva entre adquisición propia o transmisión, porque el causante no podía estar poseyendo su "herencia;" al morir, si de herencia se trata, sólo es adquirida por vez primera por el heredero.

Con dirección ahora hacia la transmisión de la posesión de los bienes (que es lo aquí examinado), si bien directamente los textos se están refiriendo a la herencia, podría pretenderse que poseyendo la herencia son poseídos los bienes. Desde luego, recuérdese lo ya dicho: ha sido resuelto que poseyendo los bienes o los principales en calidad de heredero es poseída la herencia; mas no a la inversa: que poseyendo la herencia son poseídos bienes específicos. Pero, aparte de ese raciocinio, debe ser destacado que, en todo caso, aquellos citados textos no han dispuesto que hay algo transmitido. Se trata de "adquisición" de la herencia, no de transmisión. Y –tal como ya se dijo- no puede haber transmisión de la herencia porque recién hay herencia cuando el causante fallece. Entonces, aunque fuere efectivo que poseyendo la herencia

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

quedan poseídos los bienes incluidos en ella, no se arriba a la conclusión de una transmisión de la posesión de bienes específicos; esa posesión comenzaría ahí, al ser adquirida la herencia, lo que excluye una transmisión de la posesión que sobre bienes específicos hubiere tenido el causante.

Aquí puede encontrarse una posibilidad de transmisión, que deja la situación al menos en estado discutible. Pudiere estimarse que esos preceptos (688 y 722) habrían incorporado al código chileno la llamada "posesión civilísima," a través de la cual puede ser concebida la transmisión de la posesión. Prescindiendo aquí de una interesante historia, se trata de una atribución automática que el ordenamiento jurídico prodiga al heredero que acepta, de la situación posesoria del causante (entre otros, a efectos de usucapir) con independencia de la posesión corporal de los bienes.[32] Esa atribución deja, pues, al heredero en la misma situación posesoria del causante respecto de los bienes que éste poseía en vida. Con esa posesión, ficticia, se estaría entendiendo (como lo entiende un amplio sector de la doctrina europea y aunque la posesión sea considerada un hecho) que al poseer la herencia el heredero posee los bienes que el causante al morir estaba poseyendo; puede notarse que se entiende que está poseyendo esos bienes en la misma posición del causante y, por tanto, es la misma posesión (en todo caso con varias restricciones); por lo mismo, se trataría de una verdadera transmisión. Sí; se tratará de una transmisión, pero para llegar a admitir esa transmisión de la posesión ha sido necesario –nada menos– que llegar a aceptar que eso es posesión; al fondo, es posesión porque la ley dispone que lo es; como –al menos en cierto sentido– la ley todo lo puede, no queda otra alternativa que aceptarlo; o mejor, soportarlo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel: "Concepto, Estructura y Clases de Posesión", *Revista de Derecho Privado (Madrid)*, 1962, Nº 46.

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel, VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, T. I.

AUBRY, Charles; RAU, Charles F., *Cours de Droit Civil Français*, Impr. et Libr. G. de Jurisprudence, Marchal et Billard, Paris, 1869, T. II.

[32] Así, MORALES MORENO, cit. (n. 1), pp. 64 y ss.

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Edit. Reus, Madrid, 1992 (14 ed. revisado por García Cantero), T. 2, Vol. I.

Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1979 (ed. facsimilar), T. III.

Cristóbal-Montes, Ángel, "La Transmisión Hereditaria de la Posesión en el Derecho Comparado", en Cristóbal-Montes, Á. (ed.), *Estudios de Derecho Civil*, Univ. Central de Venezuela, Caracas, 1970.

De Pinho Veloso, Waldir: *Comentários aos Direitos Reais no Código Civil*, Edit. Thomson. São Paulo, 2007.

De la Esperanza Martínez-Radío, Antonio, "El Problema de la Sucesión en la Posesión", *Revista de Derecho Español y Americano*, 1960, Nº 23 (jul-sept), pp. 219 y ss.

De Reina, Gabriel, "El Derecho Real de Posesión. Nociones Generales", en: De Reina, G. (coord.), *Derechos Reales*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 2008.

Díez-Picazo, Luis, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Edit. Tecnos, Madrid, 1979, T. II.

Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Edit. Civitas, Madrid, 1996, T. III.

Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor; Wolff, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, Trad. y notas de Pérez González y Alguer, Edit. Bosch. Barcelona, 1971, 3ª. ed. (al cuidado de Puig Brutau), T. III, vol. 1º (por M. Wolff).

Espín Cánovas, Diego, "La Sucesión en la Posesión y la Unión de Posesiones en la Usucapión", *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, p. 539 y ss.

García Valdecasas, Guillermo, "La Adquisición de la Herencia en Derecho Español", *Revista de Derecho Privado (Madrid)*, 1944, p. 89 y ss.

Gutiérrez, José Ramón, "¿Es Transmisible o Transferible la Posesión según Nuestro Código Civil?" *RDJ.*, 1913, T. X, 1ª Parte, pp. 17 y ss.

Hernández Gil, Antonio, *La Posesión*, Civitas, Madrid, 1980.

Jordano Barea, Juan, "Una Relección sobre la Posesión", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, T. 39, p. 1035 y ss.

Mariani de Vidal, Marina, *Derechos Reales*, Edit. Zavalía, Buenos Aires, 2006, T. I.

Mazeaud, Henri; Mazeaud, León; Mazeaud, Jean; Chabas, François, *Leçons de Droit Civil*, Edit. Montchrestien. Paris, 1994, 8ª. édit. por Chabas, T. II., Biens. Nº 1426.

Medina de Lemus, Manuel, *Derecho Civil de Bienes. Derechos Reales e Inmobiliario Registral*, Edit. Dykinson, Madrid, 2003, T. I.

Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, Trad. de Sentis Melendo, T. III.

Morales Moreno, Antonio, *Posesión y Usucapión*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Junta de Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales,

Artículo: La transmisión de la posesión. Derecho comparado y chileno
Revista: Nº246, año LXXXVII (Jul-Dic, 2019)
Autor: Daniel Peñailillo Arévalo

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Madrid, 1972.

PANGRAZIO, Miguel Ángel, *Código Civil Comentado*, Edit. Intercontinental, Asunción, 1990.

PESCIO, Victorio, *Manual de Derecho Civil*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1958, 2ª Ed., T. IV.

PLANITZ, Hans, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Trad. de Melon Infante, Edit. Bosch, Barcelona, 1957.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, Trad. de Delia García, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1987, T. X, Vol. 2.

ROCA SASTRE, Ramón, "La Adquisición Hereditaria de la Posesión", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. T. XXV, Madrid, 1953 (n° extraord.).

SALAS, Mariano, *Síntesis de las Teorías sobre la Posesión*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1950.

SOMARRIVA, Manuel, *Indivisión y Partición*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1956, T. I, p. 227.VERDUGO, Julio, *Del título en la posesión*, Impr. San Francisco - Padre Las Casas, Concepción, 1944.

WESTERMANN, Harry; WESTERMANN, Harm Peter; GURSKY, Karl-Heinz; EICKMANN, Dieter, *Derechos Reales*, Trad. de Cañizares, Miquel, Rodríguez y Rodríguez-Rosado, Edit. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2008, Vol. I.