

LA PRESCRIPCIÓN¹

Sumario:

- 1.- Definición.
- 2.- Crítica de la reglamentación conjunta de la prescripción adquisitiva y extintiva y justificación de la prescripción.
- 3.- Reglas comunes a toda prescripción.
 - a) Necesidad de alegar la prescripción: artículo 2493.
 - b) La prescripción puede renunciarse: artículo 2494.
 - c) Las reglas relativas a la prescripción son iguales para todas las personas: artículo 2497.
- 4.- La prescripción adquisitiva.
 - 4.1. Definición.
 - 4.2. Características de la prescripción adquisitiva.
 - 4.3. Requisitos de la prescripción adquisitiva.
 - a) Cosa susceptible de prescripción.
 - b) Posesión.
 - c) Transcurso de un plazo.
 - 4.4. Clases de prescripción adquisitiva.
 - a) Prescripción ordinaria.
 - b) Prescripción extraordinaria.
 - 4.5. Prescripción de derechos reales que no son el dominio.
 - 4.6. Efectos de la prescripción.

1.- Definición.

El artículo 2492 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”*.

De la definición legal, se desprende que la prescripción puede ser **adquisitiva** (llamada también, por los romanos, *usucapión*) y **extintiva** (llamada también *liberatoria*). La primera produce la adquisición de la propiedad y se incluye entre los modos de adquirir el dominio. La segunda produce la extinción de las acciones y derechos ajenos y se incluye por ende entre los modos de extinguir las obligaciones (en estricto rigor, sólo se extinguen por la prescripción las acciones y no los derechos, porque siempre cabe la posibilidad de

¹ Fecha de última modificación: 12 de enero de 2017.

ejercer los últimos y retener lo dado o pagado por el deudor, quien habrá cumplido una obligación natural).

2.- Crítica de la reglamentación conjunta de la prescripción adquisitiva y extintiva y justificación de la prescripción.

El legislador se ha ocupado conjuntamente de ambas prescripciones, en los artículos 2492 a 2524. Algunos autores critican este tratamiento conjunto, señalando que habría sido más lógico tratar la prescripción adquisitiva entre los modos de adquirir el dominio (de los seis modos de adquirir el dominio, tres, la ocupación, la accesión y la tradición, están regulados en el Libro II, en artículos sucesivos –606 al 699-, la sucesión por causa de muerte está normada en el Libro III, artículos 951 a 1385, la prescripción adquisitiva está tratada en el Libro IV, en los artículos 2498 a 2513, y la ley, como modo de adquirir el dominio, no tiene una regulación sistemática), y la extintiva, entre los modos de extinguir las obligaciones (éstos se encuentran reglamentados en los artículos 1567 y siguientes, salvo la transacción, la condición resolutoria y la prescripción extintiva).

Sin embargo, la ubicación de la prescripción en el Código Civil tiene sus justificaciones:

- a) Desde ya, hay reglas comunes que se aplican a las dos clases de prescripción.
- b) En ambas, hay un elemento común: el transcurso del tiempo.²

En todo caso, la tendencia en los códigos modernos es tratarlas separadamente.

En cuanto a su ubicación al final del Código Civil, ello obedece a dos razones:

- a) Una razón histórica, pues tal ocurre en el Código Civil francés, modelo del nuestro.
- b) Al carácter consolidador de los derechos que exhibe la prescripción, institución que de esta forma, viene a concluir toda la obra codificadora.

Este último aspecto justifica precisamente la importancia práctica de la institución de la prescripción. Ella apunta a la certidumbre de los derechos, a resolver de manera definitiva las relaciones jurídicas. Para beneficio de toda la sociedad, la prescripción precede a consolidar situaciones luego de cierto plazo, que no podrían quedar indefinidamente inciertas, pues si tal ocurriera, habría un evidente perjuicio para la convivencia de las personas. Adicionalmente, la difícil prueba del dominio de los bienes muebles se ve facilitada mediante la prescripción adquisitiva.

3.- Reglas comunes a toda prescripción.

Establece el Código Civil algunas reglas de carácter general, aplicables tanto a la prescripción adquisitiva como la extintiva. Son ellas:

- a) Necesidad de alegar la prescripción: artículo 2493.

² Vodanovic H., Antonio, *Tratado de los derechos reales. Bienes. Explicaciones basadas en las versiones de clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U. Redactadas, ampliadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H.*, Tomo 2º, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, 1993, p. 10.

Tratándose de un beneficio que podría ser renunciado, se justifica que se exija su alegación. Por otra parte, es necesario que se hagan constar los antecedentes o elementos que configuren la pretensión de que ha operado la prescripción. Con la alegación, se exponen precisamente esos antecedentes.

Se entiende también que dado el tenor del artículo 2513 (“La sentencia judicial que declara una prescripción...”), dicha alegación debe plantearse en un juicio, seguido contra legítimo contradictor, que sería el dueño (si se alega la prescripción adquisitiva) o el acreedor (si se alega la prescripción extintiva).

Hay casos excepcionales, sin embargo, en los cuales el juez puede declarar la prescripción extintiva de oficio:

- la prescripción de la acción penal;
- la prescripción de la pena; y
- la prescripción del carácter ejecutivo de un título (artículo 442 del Código de Procedimiento Civil).

En cuanto a la forma procesal de alegarla, cabe formular un distingo, según se trate de la prescripción extintiva o adquisitiva:

- Prescripción extintiva: puede alegarse tanto como acción cuanto como excepción perentoria. El artículo 310 del Código de Procedimiento Civil incluye precisamente la prescripción entre las excepciones de esta índole.
- Prescripción adquisitiva: se ha sostenido por la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema que la prescripción adquisitiva sólo procede alegarla **como acción**, puesto que es necesario obtener una declaración positiva del tribunal, en orden a que, habiéndose cumplido con las exigencias legales, la cosa es del dominio del prescribiente, de modo que una pura excepción sería insuficiente. Como el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la “excepción de prescripción”, y dispone que ella puede oponerse en cualquier estado del juicio, se estima que el precepto es sólo aplicable a la prescripción extintiva. De esta manera, tratándose de la prescripción adquisitiva, si el prescribiente es demandante, en su demanda accionará de prescripción, mientras que si es demandado, al contestar deberá alegarla como acción, vale decir, mediante demanda reconvenzional.

Otros piensan que si se demanda al prescribiente, es posible oponer la prescripción adquisitiva como excepción, puesto que el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil no distingue entre prescripción adquisitiva y extintiva.

La prudencia entonces, aconseja al demandado que alega la prescripción adquisitiva, deducir demanda reconvenzional y simultáneamente, incluir entre las excepciones la perentoria de prescripción, para el caso de no acogerse la contra-demanda.

En cuanto a quienes pueden alegar la prescripción, debemos incluir al poseedor (si se trata de la prescripción adquisitiva) o al deudor (si se trata de la prescripción extintiva) y a los causahabientes a título singular o universal de ambos (cesionarios, legatarios o herederos). La doctrina se ha preguntado si puede o no alegar la prescripción adquisitiva un acreedor del poseedor, como una especie de acción oblicua o subrogatoria. La respuesta sería negativa, al no existir una disposición que así lo autorice (recordemos que se requiere norma legal para que opere la acción oblicua o subrogatoria).

b) La prescripción puede renunciarse: artículo 2494.

b.1) Momento desde el cual puede renunciarse.

Como en la aplicación de la institución hay un interés general comprometido, se impide por la ley renunciar anticipadamente a la prescripción. Mientras la prescripción no se cumple, no estamos en presencia de un derecho que mire al interés individual de una persona, sino que frente a una institución establecida en el interés de toda la comunidad.

Pero desde el momento en que la prescripción se ha cumplido, la situación cambia por completo: de un derecho establecido en el interés general, se transforma en un derecho de interés particular, que puede renunciarse (artículo 12).

b.2) Formas que puede asumir la renuncia.

La renuncia puede ser expresa o tácita. Será expresa, cuando se declare explícitamente la voluntad de no ampararse en la prescripción reconociendo un poseedor el dominio ajeno o un deudor la obligación. Será tácita, cuando el que puede alegarla realiza un hecho o acto que implica reconocer el derecho del dueño o del acreedor.

A pesar de que la renuncia de la prescripción no es una enajenación (se dice que es un acto “abdicativo” y no de enajenación, ya que ésta importa hacer salir del patrimonio un derecho, y si no se prescribe, mal puede haber un derecho al que renunciar), la ley, considerando que tal renuncia importa rechazar una ventaja patrimonial evidente, señala que no puede renunciar a la prescripción sino el que puede enajenar (artículo 2495).

La ley exige pues el poder de disposición del derecho de que se trate (o sea, del derecho al que se renunció adquirir). La ley no exige sin embargo capacidad de ejercicio (aunque lo normal sea que la capacidad de disposición contenga a la capacidad de ejercicio, o sea, que la última sea uno de los elementos de la primera), pues de lo contrario, habría que llegar a la conclusión, por ejemplo, de que el hijo menor adulto, relativamente incapaz, que conforme a la ley puede enajenar los bienes muebles de su peculio profesional o industrial (artículo 250 N° 1 y artículo 254), no podría renunciar a la prescripción adquisitiva de esos mismos bienes en razón de carecer de la plena capacidad de ejercicio, lo que constituye una conclusión errónea. En efecto, si tal fuera la conclusión, le estaría permitido lo más –enajenar un mueble de ese peculio-, pero no lo menos –renunciar a la usucapión de esa misma cosa, lo que constituye un absurdo jurídico.

La doctrina se ha planteado la siguiente interrogante acerca de la renuncia a la prescripción: ¿puede un representante legal renunciar a la prescripción adquisitiva o extintiva que ha corrido a favor de su representado? Se ha planteado una respuesta respecto de la prescripción adquisitiva:

- respecto de los inmuebles, se necesitaría autorización judicial (considerando que la ley así lo exige para enajenar bienes raíces, aún aquellos pertenecientes al peculio profesional del menor);
- respecto de los muebles, no existiría ninguna traba (como tampoco existe para enajenarlos).³

También en relación a la renuncia de la prescripción extintiva, el artículo 2496 dispone que ella es inoponible al fiador, quien podrá oponer al acreedor la prescripción que el

³ Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 16.

deudor principal no alegó. No podría ser de otra forma, puesto que la renuncia de un derecho tiene efectos relativos, sólo empuja a quien la hace.

c) Las reglas relativas a la prescripción son iguales para todas las personas: artículo 2497.

Esta disposición vino a poner término a una situación de desigualdad que existía, en cuanto las iglesias como el Fisco, se encontraban en situación privilegiada respecto de los plazos de prescripción.

El actual tenor del artículo 2497, constituye una manifestación del principio de la igualdad ante la ley, uno de los principios fundantes del CC.

Lo anterior, sin perjuicio de la suspensión de la prescripción, que puede favorecer a determinadas personas (artículo 2509).

4.- La prescripción adquisitiva.

4.1. Definición.

Se desprende del artículo 2492 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 (fundamentalmente, que se trate de una posesión útil y que no haya operado interrupción o suspensión).

Dos son los supuestos o condiciones esenciales de la prescripción adquisitiva: permanencia de la posesión por el plazo necesario e inacción del propietario. Es decir, por una parte una conducta activa del poseedor, y por otro lado una conducta pasiva, una abstención del dueño. Si falla cualquiera de estos supuestos, opera, según veremos, la interrupción de la prescripción, perdiendo el poseedor todo el tiempo transcurrido.

4.2. Características de la prescripción adquisitiva.

- a) Es un modo de adquirir originario.
- b) Sólo sirve para adquirir el dominio y los demás derechos reales, a excepción de las servidumbres discontinuas e inaparentes. No sirve, en consecuencia, para adquirir los derechos personales (sin perjuicio de aquellos que sustentan la doctrina que postula que también es posible adquirir por este modo créditos).
- c) Por regla general, es un modo de adquirir a título singular. Excepcionalmente, la prescripción puede ser a título universal, cuando se adquiere el derecho de herencia.
- d) Es un modo de adquirir a título gratuito, según la doctrina imperante. Nosotros creemos que la prescripción puede ser un modo a título gratuito o a título oneroso, según la naturaleza del título posesorio (nos remitimos a lo expuesto en el estudio de la introducción relativa a los Modos de Adquirir y a las ideas que sobre el particular reiteramos al tratar de la sociedad conyugal).
- e) Es un modo de adquirir por acto entre vivos.
- f) Es un modo de adquirir que tiene naturaleza mixta: supone un hecho (la posesión por un cierto tiempo) y un acto jurídico unilateral (alegar la prescripción).

4.3. Requisitos de la prescripción adquisitiva.

a) Cosa susceptible de prescripción.

La regla general es que las cosas sean susceptibles de prescripción. Sólo por excepción hay cosas imprescriptibles. En efecto, no se pueden adquirir por prescripción:

- Los derechos personales: pues el artículo 2498 no los señala;
- Los derechos de la personalidad: es decir, el conjunto de derechos inherentes al individuo (recordemos que tienen un carácter extrapatrimonial, lo que explica que respecto a ellos, no pueda operar prescripción; por ejemplo: derecho a la honra, a la imagen, a la privacidad, etc.);
- Los derechos reales expresamente exceptuados por el legislador: vale decir, las servidumbres discontinuas de cualquier clase y las servidumbres continuas inaparentes (arts. 882 y 917).
- Las cosas que están fuera del comercio humano: son estas las cosas comunes a todos los hombres y los bienes nacionales de uso público (en cambio, sí pueden adquirirse por prescripción los bienes fiscales).
- Las cosas indeterminadas: porque el fundamento de la prescripción es la posesión, y ésta necesariamente debe recaer sobre una cosa determinada (como se enfatiza en el artículo 700, al definir la posesión).
- Las cosas propias: porque una cosa sólo puede adquirirse por un modo.

Se ha discutido en la doctrina si es posible adquirir una cosa de la cual se es comunero. O en otras palabras, si la comunidad puede expirar porque un comunero adquiere por prescripción el dominio exclusivo. Para algunos autores, un comunero no puede adquirir por prescripción la cuota de otro comunero, aunque haya gozado de la misma como único dueño. Dan las siguientes razones:

- La imprescriptibilidad de la acción de partición establecida en el artículo 1317.
- La exclusividad de la posesión que supone la prescripción, exclusividad que no existiría en la posesión de los comuneros, porque cada uno de ellos posee la totalidad de la cosa común y ninguno tiene posesión exclusiva sobre una porción de la cosa o sobre una cuota determinada de ella.
- La naturaleza incorpórea de la parte cuotativa en la cosa indivisa, pues los derechos en ésta no constituyen una cosa corporal, susceptible de posesión material.

Otros autores, en cambio, aceptan que un comunero pueda prescribir la cuota de otro comunero, argumentando:

- Es innegable que la acción de partición tiene carácter imprescriptible, pero sólo mientras se mantienen los fundamentos de la comunidad, mientras ésta subsiste. Si se extingue la comunidad, igual suerte corre la acción de partición, y es indudable que si un comunero posee con ánimo de dueño exclusivo durante el

plazo requerido por la ley sin que los demás copartícipes hagan valer la acción de partición, la comunidad desaparece.

- La coposesión de la cosa por todos los comuneros se desvanece desde el momento mismo en que uno de ellos se desvincula de la comunidad no reconociendo el derecho de los otros y pasa a gozar de la cosa a título privativo y no de simple comunero.
- Intellectualmente, la cuota de cada comunero aparece delimitada y sobre ella tiene dominio y posesión exclusiva, advirtiéndose además que el Código Civil admite en forma expresa la posesión de las cosas incorporales (artículo 715).
- Si se puede ganar por prescripción la totalidad del dominio de una cosa, no hay razón para denegar la adquisición por prescripción del dominio de una cosa que sólo es ajena en cierto porcentaje.

La jurisprudencia se ha pronunciado mayoritariamente por la primera doctrina, pero tiende a aceptar que un comunero pueda prescribir en contra de otro, cuando no invoca su título de tal, sino que alega posesión exclusiva, desvinculada de la comunidad. En tal caso, sin embargo, creemos que sólo podría tratarse de la prescripción adquisitiva extraordinaria, por ausencia de buena fe inicial.

b) Posesión.

Nos atenemos a lo expuesto sobre esta materia con anterioridad, al tratar del capítulo referido a la posesión. El Código Civil indica, sin embargo, ciertas reglas posesorias al tratar de la prescripción, a las que también hemos aludido. Sólo resta mencionar la que señala el artículo 2499, respecto de los llamados *actos de mera facultad* y *actos de mera tolerancia*.

Se llaman *actos de mera facultad* los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro. El no ejecutar un acto al cual faculta el derecho de que se es titular, nada puede envolver a favor de un extraño. El inciso 2º del artículo 2499 proporciona un ejemplo sobre el particular: el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique. En otras palabras, **un no hacer** del dueño, no entraña que se reconozca un derecho para un tercero.

Los *actos de mera tolerancia* no están definidos por la ley, pero puede decirse, desde el punto de vista del que los tolera, que son aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitirlos o no, y a cuya ejecución no se opone por benevolencia y considerando que no atenta contra su derecho. Desde el punto de vista del tercero, son actos de mera tolerancia los que él realiza sin la intención de ejercitar un derecho propio, sino basándose en la condescendencia del titular del derecho ejercitado. Por ejemplo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de éste tránsito o pasto. En otras palabras, **un dejar hacer** por parte del dueño, no implica que nazca con ello un derecho para un tercero.

c) Transcurso de un plazo.

c.1) La agregación de posesiones.

c.1.2) Concepto.

Es preciso que la posesión se prolongue durante el tiempo que señala la ley. Este requisito posibilita al verdadero propietario para reclamar la cosa que está en poder de otro. Si se mantiene en inactividad, la ley consolida la posesión en dominio.

Se puede aplicar aquí la accesión o agregación de posesiones: en efecto, la ley no exige que *toda* la posesión continuada de la cosa sea personal, sino que permite agregar o juntar a la posesión del actual titular la de sus antecesores.

La accesión de posesiones se aplica para computar el tiempo en la prescripción adquisitiva y en las acciones posesorias en las que se requiere probar la posesión de un año completo para poder deducirlas. Así se desprende de los artículos 2500, inciso 1º, y 920.

c.1.3) Requisitos de la agregación de posesiones.

Deben cumplirse los siguientes requisitos para que opere la accesión de posesiones:

- Que exista un vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor: en otras palabras, una “causa legal” por la cual una posesión deriva de la otra.
- Que las posesiones que se suman sean contiguas y no interrumpidas.
- Que las posesiones que se junten sean útiles para prescribir.

c.1.4) Reglas que gobiernan la accesión de posesiones.

Son las siguientes:

- Es facultativa: así se desprende de las expresiones “quiera” y “podrá”, utilizadas en los artículos 717, 718 y 2500. Cabe señalar que el sucesor a cualquier título puede usar la accesión de posesiones, sea sucesor a título universal o a título singular (artículo 717); del mismo modo, es indiferente que se trate de un poseedor a título oneroso o a título gratuito. La ley (artículos 717 y 2500) no hace ninguna distinción en cuanto a la naturaleza de los títulos de los poseedores.
- Tiene lugar respecto de antecesores inmediatos y mediatos, pero la serie de posesiones debe ser ininterrumpida (artículo 717 inciso 2º).
- La posesión de los antecesores accede con sus “calidades” y “vicios” a la del sucesor que agrega aquella (artículo 717). La “calidad” de la posesión, apunta a si ésta es regular o irregular. Los “vicios”, son la violencia y la clandestinidad de la posesión. De ahí que nuestra jurisprudencia ha dicho reiteradamente que la posesión irregular del antecesor, si se agrega a la del actual poseedor regular, hace irregular la posesión de éste último. A su vez, si se agrega una posesión viciosa, la posesión actual también lo será. En este caso, reiterando lo que dijimos en el estudio de la posesión, la violencia inicial que caracterizó a la posesión viciosa, afectará también a la posesión actual, aunque ésta no haya sido una posesión

violenta. De esta manera, hay un caso en que la posesión puede ser violenta, aunque al adquirirse, no haya existido tal violencia: cuando el actual poseedor agrega a su tiempo de posesión, el de un poseedor violento.

- El sucesor o actual poseedor no puede escoger sólo a los antecesores que le convengan: no puede elegir, por ejemplo, al antepenúltimo, y saltarse al penúltimo.

c.2) La interrupción de la prescripción.

c.2.1) Concepto.

Siguiendo a Planiol, se entiende por tal “todo hecho que, destruyendo una de las dos condiciones esenciales de la prescripción adquisitiva (permanencia de la posesión e inacción del propietario), hace inútil todo el tiempo transcurrido”.

Es la pérdida del tiempo corrido para ganar por prescripción, en virtud de un hecho al que la ley le atribuye ese mérito, acaecido antes de que el lapso para prescribir se cumpla.

c.2.2) Clases de interrupción.

El Código Civil distingue entre interrupción natural y civil (arts. 2502 y siguientes).

1º Interrupción natural.

Se entiende por tal todo hecho material, sea del hombre o de la naturaleza, que hace perder la posesión de la cosa (artículo 2502). Puede ser entonces de dos clases:

- Interrupción natural por un hecho de la naturaleza: “Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, se ha hecho imposible el ejercicio de actos posesorios” (artículo 2502 número 1). El Código Civil señala como ejemplo, una heredad permanentemente inundada. Agrega el precepto que la interrupción natural de esta clase no produce otro efecto que el de descontarse su duración. Mientras dure la imposibilidad de ejercer actos posesorios, no se computará dicho plazo para los efectos de la prescripción. Pero una vez que cese dicha imposibilidad, recomenzará el cómputo (si la heredad inundada deja de estarlo antes de 5 años, retirándose definitivamente las aguas, vuelve a sus antiguos dueños, pero si la inundación permanente dura más de 5 años, una vez que cese no sólo hace perder la posesión del terreno, sino que también el dominio de éste, el cual no vuelve a sus antiguos propietarios, sino que conforme a las reglas de la accesión, accede a los propietarios riberaños, artículo 653). No se produce entonces, con la interrupción natural por un hecho de la naturaleza, el efecto propio de toda interrupción, cual es el hacer inútil todo el tiempo transcurrido. Sólo se produce en verdad el efecto propio de la suspensión de la prescripción. Cabe preguntarse en esta materia lo siguiente: ¿Se aplica la interrupción natural de la prescripción por obra de la naturaleza a los inmuebles inscritos? Algunos opinan negativamente,

porque la inscripción representaría el corpus y el ánimos constitutivos de la posesión, y ésta jamás se perdería mientras subsista la inscripción. Otros, como Somarriva, creen que el número 1 del artículo 2502 también se aplica a los inmuebles inscritos, porque no hace distinción alguna entre bienes raíces inscritos y no inscritos, y porque su tenor literal deja en claro que hay interrupción natural por obra de la naturaleza cuando se hace imposible el ejercicio de actos posesorios, vale decir, de actos de posesión material, y esto ocurre por imperativo de causas físicas, siendo indiferente que el inmueble esté inscrito o no. Una vez más la solución de esta controversia la decide la posición que se adopte respecto a aceptar o no que la inscripción es símbolo de la posesión, o si ésta exige, además, del corpus y del ánimos.

- Interrupción natural por un hecho del hombre: “Cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona” (artículo 2502 número 2). En el mismo sentido, dice el Código, “se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya, menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan” (artículo 726). Se trata del apoderamiento de los bienes muebles y de los bienes inmuebles no inscritos. En cambio, sabemos que el simple apoderamiento de un inmueble inscrito no hace perder la posesión existente ni confiere posesión a quien se apodera del predio. Tratándose de la interrupción natural por un hecho del hombre, sí se produce el efecto propio de la interrupción: perder todo el tiempo de la posesión anterior. Sin embargo, la ley deja una salida al antiguo poseedor: si recobra legalmente la posesión interponiendo la acción posesoria que corresponda, se entenderá que nunca hubo interrupción. Por el contrario, si recupera la cosa por vías de hecho, la interrupción habrá producido todos sus efectos, con el agravante que la nueva posesión podría ser violenta y por ende inútil para prescribir.

2º Interrupción civil.

- Concepto.

La actividad del que se pretende dueño de la cosa, el cese de su inactividad, trae consigo la interrupción civil. De conformidad al artículo 2503, interrupción civil es todo **recurso judicial** intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor. La expresión “recurso judicial” debemos entenderla referida a la interposición de cualquiera acción –reivindicatoria fundamentalmente-, mediante la cual el dueño pretende recuperar la posesión e impedir así que un tercero, poseedor del bien, adquiera el dominio por prescripción.

- Requisitos de la interrupción civil:

+ No basta con una gestión privada o extrajudicial: es preciso que se “intente” un recurso judicial, es decir, debe deducirse una acción ante los tribunales de justicia;

+ El reclamo del que se pretende dueño, debe notificarse al actual poseedor;

+ Conforme a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, es necesario que la demanda se notifique antes de que haya transcurrido el plazo de prescripción. Por esta corriente,

“se aduce que este principio resulta de la norma según la cual no puede alegar la interrupción de la prescripción ni aun el que ha intentado el recurso judicial ‘si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal’ (C. Civil, art. 2503, N° 1)⁴”. Pero otros estiman que la sola presentación de la demanda sería eficaz para interrumpir la prescripción. En tal sentido, se pronuncia un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de 29 de octubre de 1963, citado por Antonio Vodanovic.⁵ Pero otros fallos, se inscriben en la primera tesis, en virtud de la cual es imprescindible notificar la demanda antes de que se haya cumplido el plazo de prescripción (sentencia de 20 de diciembre de 1950 de la Corte de Apelaciones de Santiago; fallos de 7 de noviembre de 1958 y 26 de noviembre de 1991 de la Corte Suprema).⁶ Sin embargo, un fallo de la Corte Suprema de 31 de mayo de 2016, autos Rol N° 6.900-15, concluye que la correcta doctrina en esta materia es que la mera presentación de la demanda interrumpe la prescripción, siendo la notificación de la misma una condición para alegarla, debiendo circunscribir su efecto al ámbito procesal, pero no como un elemento constitutivo de la interrupción de la prescripción.⁷ Sobre el particular, la jurisprudencia ha concluido que interrumpe la prescripción la demanda intentada ante tribunal incompetente. Se señala que la ley no distingue entre la demanda deducida ante tribunal competente y la presentada ante tribunal incompetente. Tampoco se incluye este caso entre aquellos mencionados en el artículo 2503, que impiden alegar la interrupción a pesar de haberse intentado (notificado) el recurso judicial, y como estos casos son excepcionales, deben interpretarse restrictivamente. Además, se agrega que lo decisivo para la ley es que aquél que se pretende dueño manifieste su voluntad de reclamar su derecho, y esa manifestación se produce hágase ante tribunal competente o incompetente. Con todo, también es posible sostener que la demanda interpuesta ante tribunal incompetente no interrumpiría la prescripción, habida cuenta que estaríamos ante una notificación ilegal de la demanda.

- Casos en los cuales ni aún la notificación de la demanda, interrumpe la prescripción.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 2503, se entenderá que el recurso judicial no ha tenido la eficacia de interrumpir la prescripción, en los siguientes casos:

- + Notificación ilegal de la demanda;
- + Desistimiento de la demanda o declaración de abandono del procedimiento;

⁴ Vodanovic H., Antonio, ob. cit., p. 37.

⁵ Expresa la sentencia: “La interrupción civil de la prescripción se cuenta desde la presentación de la demanda o recurso judicial. Aunque ella, sin su notificación, carece de significación procesal, una vez realizado este trámite, sus efectos se retrotraen a la fecha de aquella presentación. La presentación de la demanda, vale decir el acto por el cual una persona reclama o persigue su derecho en juicio, constituye el evento público y ostensible que pone de manifiesto el propósito del titular del derecho de instar por su resguardo, haciéndolo llegar a conocimiento de la justicia. Los efectos de la interrupción no pueden quedar expuestos a las artes y maniobras de la parte contraria. Esta, una vez presentada la demanda interruptora, podría dilatar o dificultar la práctica de la notificación más allá del plazo de vencimiento de la prescripción, evitando de este modo su interrupción por el recurso que, precisamente, tendía a impedir el progreso del curso prescriptivo”: citada por Antonio Vodanovic H., en su obra citada, pp. 36 y 37.

⁶ Citados por Antonio Vodanovic H., en su obra citada, p. 37.

⁷ Cfr. sentencia en “Criterios jurisprudenciales. Teoría de los Bienes y de los Derechos Reales”.

+ Sentencia absolutoria a favor del demandado.

c.2.3) Efectos de la interrupción.

La regla general, es que la interrupción hace perder todo el tiempo anterior que se lleva de posesión. Si el prescribiente continúa en posesión de la cosa, empezará a prescribir de nuevo, como si se tratara de la primera ocasión en que lo hace. Esta regla general tiene su excepción en el caso de la interrupción natural contemplado en el número uno del artículo 2502. En este caso, la interrupción no hace perder el tiempo anterior, sino que se descuenta el plazo durante el cual no han podido ejercerse actos posesorios (artículo 2504, inciso 4º). Este caso excepcional presenta semejanzas con la **suspensión** de la prescripción (artículo 2509), pero se diferencia de ella en dos puntos:

1º La interrupción obra tanto en la prescripción ordinaria como extraordinaria; la suspensión sólo opera en la primera;

2º La interrupción puede alegarla todo el que tenga interés en ella, mientras que la suspensión sólo puede alegarla aquél en cuyo favor el legislador la ha establecido.

Por su parte, en el caso del número dos del artículo 2502, se produce el efecto propio de la interrupción, con una excepción: si el poseedor, por medio de acciones posesorias, recupera la posesión perdida, no se entiende haber interrupción para el desposeído (artículo 2502, inciso final). Este precepto guarda armonía con el artículo 731. Ambas disposiciones amparan al poseedor que recupera su posesión por *medios lícitos*. Por el contrario, si la posesión se recupera por *vías de hecho*, se produce la interrupción, y el que nuevamente empieza a poseer, comienza una nueva posesión, con un nuevo plazo para prescribir, por ende. Sin embargo, como expresamos, si las vías de hecho se traducen en el empleo de la violencia, la nueva posesión será violenta y en consecuencia inútil para adquirir por prescripción.

c.2.4) Personas que pueden invocar la interrupción de la prescripción.

Debemos distinguir según se trate de la interrupción natural o de la civil.

- Interrupción natural: puede alegarla cualquiera persona que tenga interés en ello;
- Interrupción civil: sólo puede alegarla aquél que entabló la acción, porque los actos judiciales son de efectos relativos. Excepcionalmente, la interrupción que favorece a un comunero, se extiende a los demás (artículo 2504).

c.2.5) Ámbito de aplicación de la interrupción de la prescripción.

La interrupción opera tanto en la prescripción ordinaria como en la extraordinaria. Se apoya tal aseveración, en los siguientes fundamentos:

- La interrupción de la prescripción está tratada en los artículos 2501 a 2504, mientras que sólo en el artículo 2506 se divide la prescripción en ordinaria y extraordinaria. Por ende, si el legislador se ocupa de la interrupción **antes** de clasificar la prescripción, demuestra con ello que pretende aplicarla a las dos clases de prescripción.

- Tratándose de la suspensión (artículo 2509), el legislador se refiere expresamente a la prescripción ordinaria; en cambio, respecto a la interrupción, no hace distinción alguna.
- El artículo 2510, refiriéndose a la prescripción extraordinaria, también requiere que la posesión sea ininterrumpida.

4.4. Clases de prescripción adquisitiva.

Conforme al artículo 2506, se distingue entre prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria.

a) Prescripción ordinaria.

a.1) Requisitos.

Además de los requisitos generales a toda prescripción adquisitiva (cosa susceptible de adquirirse por prescripción y posesión no interrumpida), la prescripción ordinaria necesita de dos requisitos propios:

a.1.1) Posesión regular.

a.1.2) Transcurso del plazo legal: dos años para los muebles y cinco años para los inmuebles (artículo 2507). En cuanto al cómputo del plazo, debemos aplicar las reglas generales (artículos 48 y 50). Es por tanto un plazo de días continuos (no se suspende en días feriados ni festivos) y de días completos.

a.2) Suspensión de la prescripción.

a.2.1) Concepto y ámbito de aplicación.

Se entiende por suspensión la paralización del transcurso del plazo de la prescripción, durante el tiempo que dure la causa suspensiva.

Conforme a lo anterior, extinguida que sea la causal de suspensión, se reanuda el cómputo del plazo de la prescripción o comienza dicho cómputo, en algunos casos. La suspensión, a diferencia de la interrupción, no suprime o borra el plazo de prescripción que ya había transcurrido, sino que simplemente lo “congela”, abre un paréntesis en el cómputo.

Cabe tener presente que la suspensión no sólo puede operar en el decurso de un plazo, sino que también puede presentarse desde el momento mismo en que se inicia la posesión, como acontece cuando una persona adquiere un bien de un incapaz, caso en el cual la prescripción sólo comenzará a correr una vez que dicho incapaz obtenga la plena capacidad (“al incapaz, no le corre plazo de prescripción”, como reza el aforismo jurídico). Sin embargo, lo anterior tiene un límite: 10 años. En efecto, la suspensión opera sólo en la prescripción ordinaria, como lo deja en claro el art. 2509. Por tal razón, si hubiere transcurrido un plazo de 10 o más años de posesión, no es posible impugnar la prescripción que ha servido de modo de adquirir al poseedor. Así, si el representante legal

del demente no reacciona y demanda la nulidad del contrato de compraventa celebrado por el demente, el que le compró al incapaz habrá consolidado su dominio después de 10 años de posesión ininterrumpida, no violenta ni clandestina. Dicho de otro modo: transcurridos 10 años, no sólo se extingue la causal de suspensión, sino que además el incapaz, aunque se mantenga en tal condición, carece ya de acción. Por ello, no es correcto afirmar que después de diez años de operar una causal suspensiva, ésta cese simplemente, pues si así fuere, comenzaría o se reanudaría el cómputo del plazo, según los casos, sin considerar todo el tiempo en que estuvo vigente la suspensión. Así, en el caso de un crédito cuyo titular es un menor de edad, afirmar simplemente que después de diez años de suspensión ésta cesa, sería equivalente a sostener que el plazo de prescripción de la acción comienza a computarse el primer día siguiente al cumplimiento de los expresados diez años, con lo cual, finalmente, la acción respectiva se extinguiría después de transcurrir en total quince años. No es así, sin embargo: después de diez años de suspensión, la acción para cobrar el crédito se ha extinguido por la prescripción, no porque haya cesado simplemente la suspensión, sino porque después de tal plazo, la ley considera que debe consolidarse la relación jurídica que hasta ese momento era incierta, en cuanto a si se cobraría o no el crédito. A fin de cuentas, se puede afirmar que el plazo de clausura de diez años, es del todo independiente de la institución de la suspensión, y se superpone a ésta, ignorándola.

a.2.2) Fundamento y causales de suspensión.

Tradicionalmente, se ha señalado que el fundamento o razón de ser de la suspensión de la prescripción es la injusticia que supondría dejar correr tal prescripción en contra de personas que se encuentran imposibilitadas de defender por sí mismas sus derechos, sea porque se trata de incapaces, sea porque no están en condiciones de apreciar con claridad qué actos jurídicos se han realizado en su perjuicio, como ocurre con la mujer casada en sociedad conyugal, respecto a los contratos celebrados por su marido, administrador de los bienes sociales y de los bienes propios de aquella. Pero otros rechazan tal fundamento, señalando que más bien es *el interés social* el que justifica la suspensión de la prescripción.⁸

⁸ El fundamento de la suspensión en el principio en orden al cual al impedido no le corre plazo en su perjuicio, ha sido cuestionado desde antiguo. Expresa Guillermo Correa Fuenzalida que la prescripción, adquisitiva o extintiva, es una institución que responde a una necesidad o interés social. En lo tocante a la prescripción extintiva, afirma que sin ella *“se mantendría a los deudores en constante inquietud. La pérdida del documento de la libración les sería una constante amenaza de tener que cancelar de nuevo sus deudas. Y esto, que puede ocurrir en la persona de un mismo deudor, será mucho más posible y común en el caso de su muerte. Los herederos, en la ignorancia de una cancelación no aparejada de un testimonio de su existencia, harían una vez más un pago ya hecho”*. La legitimidad de la prescripción, reside en su evidente interés social. Ahora bien, agrega, la suspensión, al igual que la prescripción, se ha establecido en razón de intereses sociales: *“Desde que la prescripción ha sido creada en interés de la sociedad, es a ese interés únicamente al que responde la suspensión, realizándose por medio de ella en forma más amplia ese fin que se persigue. El adagio contra non valentem agere non currit praescriptio, no es aplicable al caso de suspensión, desde que la ley no ha tenido en cuenta la posibilidad o imposibilidad de ejercitar los derechos para conceder este favor a ciertas personas”*. Afirma que las causales de suspensión están fundadas en razones de interés social y no en

De cualquier manera, se trata de un beneficio jurídico excepcional, que sólo existe en favor de las personas que la ley determina.

El art. 2509 enumera las causales de suspensión de la prescripción. Señala el precepto que se suspende la prescripción ordinaria, en favor de las personas siguientes:

1º Los menores, los dementes, los sordos o sordomudos cuando no puedan darse a entender claramente y en general todos los que estén bajo potestad paterna o bajo tutela o curaduría.

Cabe señalar que gozan del beneficio los menores, estén o no emancipados (por regla general, los menores están bajo patria potestad, pero puede ocurrir que el menor se emancipe, por ejemplo si se casa, pero ello no implica que deje de ser incapaz). De igual forma, los dementes y los sordos o sordomudos que no puedan darse a entender claramente estarán favorecidos con la suspensión, estén o no bajo interdicción.

2º La mujer casada en sociedad conyugal, mientras dure ésta.

La suspensión opera respecto de los bienes sociales y también de los bienes propios de la mujer que administra el marido. Esto significa que mientras esté vigente la sociedad conyugal, no corre prescripción alguna en favor de un tercero que haya entrado en posesión de un bien social o en favor del propio marido, sea que éste pretenda alegar dominio exclusivo -ante la mujer- de un bien social, sea en lo relativo a los actos jurídicos ejecutados por el marido sin cumplir con la formalidad habilitante de haber obtenido previamente la autorización de la mujer (por ejemplo, compraventa de un inmueble que pertenecía a la sociedad conyugal, y que el marido enajena sin contar con la autorización de la mujer, art. 1749). Por tal razón, en el último caso, el plazo que la ley confiere a la mujer o a sus herederos, para deducir la acción destinada a declarar nula la compraventa, sólo comenzará a partir de la disolución de la sociedad conyugal, o a partir del momento en que cese la incapacidad de la mujer o sus herederos, aunque no podrá extenderse más allá de 10 años, contados desde la celebración del contrato, pues no se puede invocar la suspensión ante la prescripción extraordinaria (art. 1757).

3º La herencia yacente.

la imposibilidad de hacer valer los derechos de parte de aquellas personas en cuyo favor se ha establecido. Aludiendo al N° 1 del artículo 2509, expresa: *“¿Será la imposibilidad de estas personas de ejercitar sus derechos lo que ha inducido a la ley a excepcionarlas? Pensamos que esta consideración no es aceptable, porque, como dice Ricci, para sostener la afirmativa, sería preciso que la ley prohibiera el ejercicio de los derechos correspondientes a los menores y a los incapacitados por enfermedad de la mente o de alguno de sus sentidos. Pero, esto no es así, porque a aquellos que son incapaces de cuidar sus propios intereses, la ley les da un tutor que tiene la custodia de sus personas y la administración de sus bienes. Si, pues, el derecho correspondiente al menor o al incapacitado, agrega, puede hacerse valer tanto en juicio como fuera de él, ¿cómo puede decirse que el menor y el incapacitado se encuentran en la imposibilidad de ejercitar sus derechos, y que por esto no puede correr contra ellos la prescripción? La Corte de Casación francesa ha declarado en varias ocasiones que no hay razón para admitir la suspensión por causa de incapacidad. Por muy dignos de atención que ellos sean, no hay razón para que sus acciones tengan una mayor duración, dice, en perjuicio de la sociedad entera, desde que la ley les ha dado administradores contra los cuales pueden querrellarse en caso de negligencia. El verdadero motivo de esta disposición es el interés social que encierra la protección de los derechos de estas personas, aunque en muchos casos pugnen con el fundamento mismo de la prescripción”*: Correa Fuenzalida, Guillermo, *“Algunas ideas sobre prescripción extintiva”*, en *“Revista de Derecho y Jurisprudencia”*, Edición Bicentenario, *“Doctrinas esenciales. Derecho Civil. Obligaciones”*, tomo II, Raúl Tavolari Oliveros, Director, Santiago de Chile, Thomson Reuters Puntotext, 2009, pp. 482-539.

Esta es una de las disposiciones que ha llevado a algunos a calificar la herencia yacente como persona jurídica, atendido a que el inciso 2º del art. 2509 dice que “Se suspende la prescripción ordinaria en favor de las PERSONAS siguientes...”, incluyendo entre tales “*personas*” a la herencia yacente. Sin embargo, debemos descartar tal posibilidad. En verdad, quien posee es el heredero cuya identidad ignoramos o que conociéndolo, aún no manifiesta su voluntad en orden a aceptar o repudiar la herencia. A pesar de lo anterior, reiteramos que quien posee es tal heredero (artículo 722, posesión legal de la herencia), a través del curador que se le designa a la herencia yacente. Cabe tener presente que de conformidad al art. 1240, es posible pedir que se declare yacente la herencia, transcurridos apenas 15 días desde la apertura de la sucesión (es decir, desde el fallecimiento del causante, por regla general, art. 955).

El art. 2509, tras advertir que no se suspende la prescripción en favor de la mujer separada judicialmente de su marido, ni de la sujeta al régimen de separación total de bienes o al régimen de participación en los gananciales, respecto de aquellos que administra (lo que implica entonces que si un tercero entra en posesión de esos bienes, comenzará de inmediato el plazo de prescripción en su favor, a diferencia de lo que acontece si la mujer está casada en sociedad conyugal), concluye señalando que **la prescripción se suspende siempre entre cónyuges**. Esto significa que cualquiera que sea el régimen de bienes existente entre los cónyuges, ni uno ni otro podrá adquirir el dominio de bienes que pertenezcan al otro de los cónyuges por prescripción. Se fundamenta tal disposición, en las siguientes razones:

1º Si la prescripción corriera entre los cónyuges, sería causa de conflictos, amenazándose el clima de armonía que debe prevalecer en toda relación conyugal.

2º En el caso de la sociedad conyugal, el marido tiene el usufructo legal de los bienes de la mujer, y por tanto es un mero tenedor de dichos bienes, lo que excluye toda prescripción.

3º El legislador prohíbe las donaciones irrevocables (artículo 1147) y la compraventa (artículo 1796) entre cónyuges; de permitirse que hubiere prescripción entre cónyuges, podría encubrirse una donación o compraventa. Bastaría simplemente con la inacción del marido o de la mujer para que el otro de los cónyuges adquiriera por prescripción el bien subrepticamente donado o vendido.

Se ha discutido si la suspensión de la prescripción entre cónyuges se aplica tanto en la prescripción ordinaria como en la prescripción extraordinaria.

Algunos sostienen que sólo tiene lugar en la prescripción ordinaria, conforme al principio general ya enunciado, en base a las siguientes razones:

1º El precepto está ubicado al tratar el CC. de la prescripción ordinaria.

2º El art. 2511 reitera que la prescripción extraordinaria no se suspende a favor de las personas enumeradas en el art. 2509, debiendo entenderse por “enumeradas” no sólo las personas a las que se alude en los números 1, 2 y 3 de este artículo (en el entendido que al aludir a la herencia yacente, se quiso referir la ley a los herederos), sino también a todas las mencionadas en la disposición, como acontece con los cónyuges.

3º La suspensión es un beneficio excepcional, que debe interpretarse restrictivamente, y que por ende no cabe extenderlo a otras situaciones no señaladas explícitamente por la ley.

4º Cuando se dice en el inciso final del art. 2509 que la prescripción se suspende SIEMPRE entre cónyuges, el legislador no quiere decir que la suspensión opera tanto en la prescripción ordinaria como en la extraordinaria, sino que está destacando que a diferencia de lo establecido en el inciso anterior, ENTRE CONYUGES la prescripción siempre se suspende, cualquiera sea el régimen de bienes del matrimonio. En cambio, FRENTE A TERCEROS, la prescripción establecida en favor de la mujer no se suspende, en lo concerniente a los bienes que ésta administra como separada de bienes.

Otros sostienen que la suspensión de la prescripción entre cónyuges rige tanto en la prescripción ordinaria como en la extraordinaria, argumentando:

1º Donde existe la misma razón, ha de aplicarse la misma disposición: las razones que ha tenido el legislador para suspender la prescripción ordinaria, se presentan también en la prescripción extraordinaria.

2º Cuando el art. 2509 concluye que se suspende “siempre” entre cónyuges la prescripción, se entiende la expresión precisamente referida a que se suspende, sea ordinaria o extraordinaria la prescripción.

3º Cuando el art. 2511 dispone que la prescripción extraordinaria no se suspende a favor de las personas “enumeradas” en el art. 2509, se entiende la expresión literalmente, referida sólo a las personas mencionadas en los números 1 y 2 y a los herederos comprendidos en el número 3. Por lo tanto, los cónyuges no quedan comprendidos en la referencia del artículo 2511, pues no están “enumerados” en el artículo 2509.

Personalmente, creemos que la primera doctrina parece ser la más acertada, atendiendo a la seguridad jurídica, aunque no podemos desconocer que, como dice un autor, permanece como muy fuerte la razón de fondo de la suspensión, por las características del matrimonio, que valen para todo tipo de prescripción.

En todo caso, cabe señalar que por su carácter excepcional, el precepto que indica las personas a cuyo favor se suspende la prescripción, es taxativo. En los demás casos, correrá el plazo de prescripción a favor del actual poseedor.

También deben considerarse otros casos, distintos de los mencionados en el artículo 2509, en los cuales la ley contempla algunas hipótesis de suspensión de la prescripción. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 2489, último inciso, respecto de los créditos valistas subordinados.

b) Prescripción extraordinaria.

b.1) Requisitos.

Deben cumplirse los requisitos generales a toda prescripción (cosa susceptible de prescribirse y posesión no interrumpida) y los específicos de la extraordinaria:

b.1.1.) El que la alega debe haber sido al menos poseedor irregular de la cosa, descartándose por ende al mero tenedor, salvo en el caso excepcional al que aludiremos.

b.1.2) Exige 10 años de posesión continua: artículos 2510 y 2511.

b.1.3) Corre contra toda persona y no se suspende (art. 2511, sin perjuicio del caso dudoso de la prescripción entre cónyuges).

b.2) Acerca de si el poseedor vicioso o si el que era mero tenedor puede prescribir.

b.2.1) Situación del poseedor vicioso.

La teoría tradicional sostiene que aunque la posesión sea irregular, en ningún caso debe ser viciosa, porque ésta no es útil para prescribir, mientras subsiste el vicio de violencia o clandestinidad. Sin embargo, se ha hecho ver, en contra de la teoría tradicional, que no hay en el CC ninguna disposición que permita afirmar que el poseedor vicioso no puede prescribir. El art. 2510 sólo lo impide al poseedor vicioso que alega la prescripción cuando existe un título de mera tenencia en virtud del cual detenta la cosa (era arrendatario de la misma, por ejemplo, y después pretende alegar haberla adquirido por prescripción). De lo anterior se desprendería que si el poseedor vicioso tiene a su favor un título de posesión o simplemente carece de título, podría adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. En otros términos, la posesión viciosa sólo sería un obstáculo para prescribir, cuando existe un título de mera tenencia; la disposición restrictiva no podría extenderse más allá de sus términos.

b.2.2) Situación del mero tenedor.

Se plantea en esta materia, lo dispuesto en la regla del número tres del art. 2510. La doctrina y el texto legal (art. 716) establecen que la mera tenencia es inmutable, el solo transcurso del tiempo no la transforma en posesión, y no obstante que el precepto citado pareciere anunciar una excepción al axioma anterior, puede observarse que en realidad no hay tal excepción. En efecto, 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. Concurriendo las dos circunstancias indicadas al final del artículo 2510, la mera tenencia se convierte en posesión, no sólo por la voluntad del tenedor ni por el simple transcurso del tiempo, sino también, principalmente, por la negligencia del dueño, que no logra acreditar que el mero tenedor reconoció en los últimos diez años el dominio que pretende el primero. Para que pueda operar la hipótesis de la regla 3ª del artículo 2510, deben cumplirse entonces dos requisitos, uno negativo y otro positivo:

- El negativo: que el que se pretende dueño de la cosa, **no pueda** probar que en los últimos diez años el que recibió la cosa como mero tenedor y ahora pretende alegar la prescripción, reconoció expresa o tácitamente el dominio del primero; y
- El positivo: que el que alega la prescripción (es decir, quien inicialmente recibió la cosa como mero tenedor) **pruebe haber poseído** sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el mismo espacio de tiempo, o sea, diez años.

Así, por ejemplo, Juan prestó unos libros a Pedro en el año 1995, documentándose un contrato de comodato por dos años. Dicho contrato expiró por ende en el año 1997, y no consta haberse prorrogado por las partes. Hoy, se presenta Juan y exige a Pedro o a sus herederos la restitución de los bienes. El o los demandados perfectamente podrían

recurrir a la regla 3ª del artículo 2510, y negarse a restituir. Aunque parezca injusto el despojo del dominio que sufra el propietario, la ley vela por la seguridad jurídica, presumiendo el legislador que si han transcurrido más de quince años desde que expiró el contrato son que el dueño hubiera reclamado las cosas, es porque virtualmente ha operado una voluntad de no perseverar en el dominio y admitir que las cosas las haga suyas el prescribiente.

Cabe consignar que en la práctica (aunque no en la letra de la ley), el caso que explicamos operará respecto de cosas muebles, considerando el sistema de inscripción registral que protege la posesión de los inmuebles.

Con todo, también es cierto, como advierten algunos autores, que la regla tercera del artículo 2510 viene a debilitar el rigor del principio de que el mero tenedor no podría nunca transformarse en poseedor.

4.5. Prescripción de derechos reales que no son el dominio.

El artículo 2498 establece que se ganan por prescripción, de la misma manera que el dominio, los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados. De acuerdo al artículo 2512, la regla general es que en la prescripción de los demás derechos reales se aplican las mismas reglas y plazos del dominio. Así, la prescripción de los siguientes derechos, se regirá por las normas aplicables al dominio:

- Derecho de hipoteca⁹;
- Derecho de usufructo;
- Derecho de uso y habitación.

El mismo artículo 2512 señala las siguientes excepciones:

- El derecho de censo: rige la prescripción extraordinaria de 10 años.
- El derecho de herencia: se puede adquirir de dos formas:

1º De acuerdo al artículo 2512, por la prescripción extraordinaria de 10 años;

2º De acuerdo a los artículos 704 y 1269, por la prescripción ordinaria de 5 años, tratándose del heredero putativo a quien por decreto judicial o por resolución administrativa, se haya dado la posesión efectiva de la herencia, pues en tal caso el decreto o resolución administrativa servirá de justo título. En todo caso, no basta con éste, pues también debe cumplir con el requisito de la buena fe, como todo poseedor regular.

- El derecho de servidumbre: conforme al artículo 882, distinguimos:

1º Las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas inaparentes, sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aún el goce inmemorial bastará para constituir las;

2º Las servidumbres continuas y aparentes se adquieren por prescripción, pero ésta siempre será de 5 años, haya posesión regular o irregular.

4.6. Efectos de la prescripción.

⁹ Parte de la doctrina, según se verá al estudiar la hipoteca, rechaza la posibilidad de adquirir por prescripción este derecho real. En esta posición, Pablo Rodríguez Grez.

El efecto esencial de la prescripción es hacer adquirir el dominio al poseedor, una vez que ella se ha cumplido.

La adquisición de la propiedad se produce retroactivamente, y sólo si el poseedor consiente en la adquisición. Es decir, se reputa dueño al poseedor no sólo a partir del día en que se cumplió el plazo de la prescripción, sino también a contar del momento en que empezó a poseer. Este efecto no está expresamente enunciado por la ley, pero se deduce, por ejemplo, del artículo 1736 número uno y del artículo 1792-8 número uno.

La retroactividad de la prescripción tiene consecuencias:

- a) Los frutos producidos por la cosa desde el comienzo de la posesión, pertenecen al poseedor que ha prescrito, aún cuando haya estado de mala fe. Se explica lo anterior, porque si entendemos que se hizo dueño –retroactivamente- desde que entró en posesión, los frutos que produjo la cosa los adquirió por accesión.
- b) Los gravámenes impuestos por el prescribiente durante su posesión, quedan a firme. También se explica esto, porque si retroactivamente entendemos que era dueño desde que entró en posesión, podía en tal calidad constituir los gravámenes sobre la cosa.
