

DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESIÓN, USO Y GOCE

Rodrigo Barcia Lehmann

Profesor Derecho Civil e investigador
Universidad Finis Terrae

UNA CONCEPCIÓN ERRADA DE MERA TENENCIA Y POSESIÓN, CONFORME A LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA, RECURRENTE EN ALGUNOS FALLOS DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

A continuación se analizan tres fallos en los que la Excelentísima Corte Suprema aborda los conceptos de mera tenencia y posesión conforme a la teoría de la posesión inscrita. Las dos primeras sentencias están dentro de una tendencia jurisprudencial, reiterada en el tiempo por la Corte Suprema, conforme a la cual de haber problemas de mera tenencia entre vecinos necesariamente procede la acción reivindicatoria en desmedro de la acción de demarcación y cerramiento. En estos juicios la Corte, de manera errónea a mi entender, entiende que se está litigando sobre la posesión, cuando lo que está en disputa, entre los vecinos, es la mera tenencia. Ello es así respecto de la posesión inscrita, al no plantearse problemas relacionados con los títulos, sino con la ocupación del terreno vecino producto de un cercamiento unilateral.

La crítica precedente no se extiende al último de los fallos de la Corte, en que se hace una aplicación extensiva de la acción reivindicatoria, esta vez conforme al artículo 915 del CC ch (que se refiere al denominado 'injusto detentador'). Me-

dante este fallo, la Corte Suprema sigue una línea jurisprudencial, ya asentada en el tiempo, por la cual se desecha la interpretación clásica de dicha norma sostenida por Luis Claro y Fernando Rozas.

Los fallos precedentes se hacen cargo de forma indirecta de una crítica que ya había sido detectada por la dogmática civil más moderna. Andrés Bello al elaborar el sistema de posesión inscrita, sobre inmueble, no habría dimensionado los efectos que la generalización que este sistema produciría sobre la acción reivindicatoria y la posesión. Al convertir la posesión de un fenómeno fáctico, integrado por el *animu* y el *corpus*, a un fenómeno ideal, constituido por la inscripción conservatoria, se desdibujaría la acción reivindicatoria. La acción reivindicatoria perdería el protagonismo, bajo la cual fue concebida en nuestro *Código Civil*, o sea, como la gran acción real protectora de los atributos del dominio. Y dicho protagonismo se traspasaría a una acción marginal dentro del *Código Civil*, como lo es la acción de simple precario del artículo 2195.2° de dicho cuerpo legal¹. Esta solución es la que en los últimos años se ha puesto en tela de juicio y ha llevado

¹ ATRIA (2005), pp. 70-76 y (2011), pp. 229-236; LATHROP (2011), pp. 3-24 y LARROCAU y ROSTIÓ (2013), pp. 37-105.

a preferir la acción reivindicatoria a la acción de simple precario y a la acción de demarcación y cerramiento.

Sin embargo, respecto de esta última acción, los fallos que se analizan de la Excelentísima Corte Suprema son criticables por cuanto desdibujan la acción de demarcación y cerramiento, que como ha señalado nuestra doctrina, al igual que la acción reivindicatoria, se desprende del dominio. Pero la crítica concreta a las sentencias que se analizan –que por lo demás siguen una consolidada línea jurisprudencial– tienden a hacer sinónimo mera tenencia y posesión, a través de una figura inédita en nuestro Derecho que nuestra jurisprudencia a denominado ‘posesión material’. Lo grave esta tesis –que se critica en el presente trabajo– es que dicha asimilación se aplica aun respecto de la posesión inscrita.

I. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA,
DE 27 DE ENERO DE DOS MIL CATORCE:
ACCIÓN REIVINDICATORIA
Y DE DEMARCACIÓN

El primer fallo, que les traigo a colación, resuelve un recurso de casación en el fondo determinando los límites entre la acción reivindicatoria y de demarcación y cerramiento, siguiendo criterios que se alejan de la teoría de la posesión inscrita².

² Rol Ingreso Corte N° 9.300-2012. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los ministros Nibaldo Segura P., Juan Araya E., Guillermo Silva G., Rosa Maggi D. y abogado integrante Jorge Baraona G. No firma el ministro Juan. Araya, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones.

1. *Antecedentes del recurso de casación en el fondo*

En el juicio de reivindicación rol N° 22.633-2010 del Primer Juzgado de Letras en lo Civil de Linares, caratulado “Gaete Mondaca, Juan Carlos con Fuentes Benavides, Pedro Ángel y otra”, la sentencia de primera instancia, de veinticinco de noviembre de dos mil once, desechó una demanda de reivindicación. Apelada por la demandante, la Corte de Apelaciones de Talca, en fallo de diecinueve de octubre de dos mil doce, confirmó la sentencia recurrida. La demandante contra esta sentencia recurre de casación en el fondo. A dicho efecto aduce que el libelo fue desechado sin hacer una valoración adecuada de la prueba. El fallo de la Corte anula de oficio el fallo recurrido, conforme a la casación de forma, y dicta la respectiva sentencia de reemplazo. A continuación se analiza dicha sentencia.

2. *La cuestión discutida*

Al revisar el recurso de casación en el fondo la Corte Suprema anula el fallo, dando lugar a una casación de oficio en la forma, valorándose de nuevo la prueba rendida en autos. La Corte pondera de forma adecuada los planos, la prueba pericial rendida, etc., que no habría sido debidamente ponderada en la sentencia recurrida. En los primeros considerandos del fallo de reemplazo la Corte Suprema resuelve:

“1°.- Que, mediante el ejercicio de una acción de dominio, don Juan Carlos Gaete Mondaca demandó la restitución de un

retazo de su propiedad, que tiene una forma triangular y una superficie de 88 metros cuadrados, de cuya posesión los demandados le han privado al modificar los cercos divisorios en el deslinde sur del inmueble, que corresponde al límite norte del predio vecino. En su defensa, los demandados opusieron una excepción de prescripción adquisitiva y afirmaron poseer jurídica y materialmente lo que sus títulos siempre le han concedido, advirtiendo que si se determina la existencia de inscripciones paralelas, debe prevalecer la posesión que fue primeramente inscrita y que corresponde a la de su parte; 2°.- Que en sustento de sus alegaciones, las partes produjeron prueba documental, testimonial, confesional, pericial y la inspección personal del tribunal; 3°.- Que la prueba documental permite concluir, en lo que interesa, el dominio del actor sobre el predio inscrito a fojas 2.181 vuelta N° 2.867 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Linares correspondiente al año 2003, de una superficie aproximada de 1.286,89 metros cuadrados, el que colinda al Sur con el predio de los demandantes en 88,0 metros y 10,60 metros separado por cerco y que la propiedad de los demandados sobre el inmueble inscrito a fojas 10 vuelta N° 17 del Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Linares corres-

pondiente al año 2002, el que se compone de tres lotes, siendo el Lote B, de una superficie de 4,58 hectáreas, el que colinda al Norte con el bien raíz del actor, cerco mediante”.

*3. Aspectos relevantes del fallo
de casación de la
Excelentísima Corte Suprema*

En realidad la falta de la valoración de la prueba –que fue fundamental en la prevalencia de las pretensiones del actor– no es lo más destacable del fallo, sino la determinación sobre qué acción es la que corresponde a lo debatido por las partes. La sentencia de reemplazo, que se dicta inmediatamente después de acogido el recurso de nulidad sustantivo, determina los hechos de la causa³

³ De este modo el considerando 8° del fallo resuelve que: “...las probanzas aportadas en juicio permiten únicamente establecer que:

a.- Las partes son propietarias de predios colindantes;

b.- El deslinde común se ubica al sur del predio del actor y al norte del de los demandados y se compone de tres trazos, con una desviación hacia el norte, lo que no guarda correspondencia con los títulos y planos del inmueble del demandante –que alude sólo a dos trazos– ni a los antecedentes de la propiedad de los demandados, que describe su linderero norte sólo como “separado por cerco”;

c.- Los inmuebles presentan una superficie superior a la cabida indicada en sus títulos: el del demandante, que según sus títulos tiene una superficie aproximada de 1.286,89 metros cuadrados, es mayor en 16,31 metros cuadrados y el de los demandados, que debiera tener una cabida de 4,58 hectáreas según sus títulos, es superior en 2.700 metros cuadrados;

d.- Parte de la superficie del predio del actor, según sus títulos y planos y con la actual posición de los cercos, se encuentra al interior de la propiedad de los demandados. Tal retazo es de forma triangular, de una superficie de

y los criterios para diferenciar entre la acción reivindicatoria y la acción de demarcación y cerramiento. La sentencia razona en el sentido de que al estar las partes disputando el trazado y ubicación del cerco medianero, como también el dominio y posesión de una superficie de terreno, se debe determinar si procede la acción de demarcación y cerramiento, por una parte, o la acción reivindicatoria, por la otra. A dicho efecto analiza el objeto de las acciones destinadas a solucionar el problema. Para ello señala expresamente los siguientes criterios:

- a) La acción de demarcación y cerramiento solo tiene un efecto declarativo de derechos pre-existentes y no constituye un nuevo título a favor de los litigantes (considerando 10° del fallo de reemplazo).
- b) La acción reivindicatoria tendría un objeto diferente que la acción precedente.

El fallo de reemplazo para determinar este objeto hace una cita muy extensa, de casi tres páginas a Luis Claro. Este texto ha sido sistemáticamente interpretado de forma equivocada por la Corte Suprema (considerando 11° del fallo de reemplazo)⁴. El autor precedente, de acuerdo con la cita de la Corte, haría la siguiente distinción respecto de las acciones de demarcación

62,70 metros y deslinda al Norte y al Poniente en 88,56 metros y 1,64 metros, respectivamente, con la propiedad del actor y, al sur, en 89,50 metros con la propiedad de los demandados”.

⁴ En igual sentido se pueden consultar, por citar sólo algunos ejemplos, los considerandos cuarto, de la sentencia de reemplazo del fallo de treinta y uno de enero del dos mil trece, (rol N° 1.409-2012) y decimocuarto de la sentencia de trece de agosto de dos mil trece (rol N° 6.826), ambas de la Corte Suprema.

y cerramiento, por una parte, y reivindicatoria, por la otra:

- i) La acción de demarcación y cerramiento procede, aún si se solicita la restitución de un terreno, producto naturalmente de la determinación del deslinde conforme a lo establecido por los respectivos títulos inscritos. Así se desprende de la cita precedente de Luis Claro en la parte que señala:

“cuando los hechos acreditados en la instancia, o la comparación de los títulos producidos en ella por las partes, prueban que el demandado posee una superficie más grande que la que expresa su título, por ejemplo, deberá restituir el exceso sin dejar por eso de ser una simple demarcación”.

Nótese que acá la palabra posesión no está utilizada en su acepción jurídica, por cuanto el autor se está refiriendo a la mera tenencia. Este es especialmente relevante cuando la posesión, en el sistema registral, está determinada por el título inscrito. De este modo, en este supuesto se produce una diferencia entre lo expresado en la inscripción, o los planos, y la tenencia del predio. En esta hipótesis, el dueño no ha perdido ni el dominio ni la posesión, sino la mera tenencia, es decir, el vecino ocuparía parte de su predio.

En definitiva, el vecino sería un mero tenedor, por cuanto

ocuparía parte del predio vecino por su ignorancia o mera tolerancia. Los supuestos del caso que analiza la Corte Suprema caen de forma natural dentro de esta hipótesis.

- ii) La acción reivindicatoria, conforme a lo señalado por Luis Claro, procede en contra del vecino que posea parte del predio, en la medida

“...que este exceso de contenido que forma el objeto determinado de su demanda y que el demandado sostiene haber adquirido por prescripción u otro título, le pertenece”.

En otras palabras, el demandado debe estar adquiriendo un retazo de su vecino a través de la prescripción adquisitiva. Y ello es del todo razonable por cuanto dicho modo de adquirir exige la posesión de la cosa. Y agrega el famoso civilista chileno:

“por consiguiente, si las partes están en desacuerdo sobre la cabida de sus predios o si una de ellas sostiene haber adquirido la propiedad del suplemento de cabida que presenta su predio, se trata entonces de una verdadera acción reivindicatoria, aunque se haya disfrazado con una petición de demarcación, pues es el derecho de propiedad sobre una parcela determinada el que se encontraría comprometido en el proceso”.

De ello se desprende que existen los siguientes dos supuestos, en los que procede la acción reivindicatoria y se debe desecharse la acción de demarcación y cerramiento:

- i) *si las partes están en desacuerdo sobre la cabida de sus predios, y*
 ii) *si una de ellas sostiene haber adquirido la propiedad del suplemento de cabida que presenta su predio;*

pero ambos supuestos exigen que un

“derecho de propiedad sobre una parcela determinada el que se encontraría comprometido en el proceso”

y esta es la parte de la que se olvida la Corte, por cuanto la acción reivindicatoria siempre exige que lo que se demande es la posesión. Por tanto, cuando Luis Claro se refiere a un simple desacuerdo en la cabida, se está refiriendo tanto a la posesión no inscrita como a la inscrita, pero de haber posesión inscrita el *desacuerdo sobre la cabida de sus predios* debe obedecer a un conflicto entre títulos inscritos. Así es posible diferenciar el supuesto señalado en la letra (a), del supuesto de la letra b), ii), (i) que estamos analizando.

El yerro de la Corte se evidencia en el considerando 12 cuando señala:

“entonces, será procedente el ejercicio de una acción reivindicatoria si la controversia entre

las partes se refiere al dominio o posesión de un retazo del predio contiguo que estaría siendo ocupado materialmente por la contraria, así como también si se cuestiona la determinación misma de los límites de las propiedades. En estas condiciones, la acción deducida está dirigida a privar al demandado de una porción de terreno de que esté en posesión, a título de señor y dueño”,

y agrega en el considerando siguiente:

“es posible también afirmar que si lo solicitado es la restitución en forma indeterminada de terrenos que están dentro de los linderos del predio que se pretende demarcar, la acción propia es la de demarcación. Si, en cambio, lo requerido es la posesión de terrenos determinados que otro tiene en su poder y que están dentro de los linderos del que los pide, se trata de una acción reivindicatoria”.

La primera afirmación de la Corte es exacta en cuanto a que la *controversia entre las partes se refiere al dominio o posesión de un retazo del predio contiguo*, pero no es relevante que este ocupado materialmente o no por el vecino. Ello se debe a que la ocupación material de un retazo del predio vecino, sin título habilitante, da lugar a una mera tenencia, por parte del vecino, pero jamás a la posesión. El ánimo de señor y dueño solo será relevante en los casos en que no estemos frente a una posesión

inscrita⁵; pero en los casos de posesión inscrita, la mera tenencia del vecino no se transforma en posesión porque el mero tenedor mute su ánimo a señor y dueño, sino mediante la competente inscripción (art. 730.2° del CC ch).

Luis Claro acierta cuando señala:

“aunque el demandado posee una superficie más grande de la que expresa su título, el demandante tiene que probar que este exceso de contenido que forma el objeto determinado de su demanda y que el demandado sostiene haber adquirido por prescripción u otro título, le pertenece”.

Ello es de esta forma por cuanto lo que debe acreditar el actor es el dominio, no le basta la posesión, que reconoce tener el demandado, y a este respecto naturalmente este sostendrá haber adquirido por prescripción adquisitiva. Así, conforme al referido autor, la reivindicatoria exigiría dos supuestos:

- a) que el demandante debe probar el exceso de contenido y
- b) que lo que el demandado sostiene haber adquirido por pres-

⁵ No debemos olvidar el tenor del art. 730.1° del CC ch –que se aplica solo respecto de la posesión sobre inmueble no inscrito–. En consideración a esta norma la mera tenencia es indeleble; pero en caso que el mero tenedor usurpe la posesión, dándose por señor y dueño, y la enajene dará lugar a la posesión en la persona del adquirente. Así, el mero tenedor jamás se transforma en poseedor, sino que da lugar a la posesión en el adquirente. Ello es muy lógico por cuanto respecto del adquirente solo cabe presumir su buena fe, dada la simulación del mero tenedor y la ausencia de un sistema registral que le permita verificar la posesión.

cripción u otro título, le pertenece (al actor).

A este respecto cabe señalar que en la letra (a) Luis Claro no puede sino estarse refiriendo a la posesión, por cuanto se exige el sostener que se ha adquirido el dominio. Y, agrega:

“por consiguiente, si las partes están en desacuerdo sobre la cabida de sus predios o si una de ellas sostiene haber adquirido la propiedad del suplemento de cabida que presenta su predio, se trata entonces de una verdadera acción reivindicatoria, aunque se haya disfrazado con una petición de demarcación, pues es el derecho de propiedad sobre una parcela determinada el que se encontraría comprometido en el proceso”.

Así, en la cita precedente que se indica:

“si las partes están en desacuerdo sobre la cabida de sus predios (...) se trata entonces de una verdadera acción reivindicatoria, aunque se haya disfrazado con una petición de demarcación, *pues es el derecho de propiedad sobre una parcela determinada el que se encontraría comprometido en el proceso*”;

no se está señalando que la acción reivindicatoria se extienda a los problemas de mera tenencia⁶, sino a

⁶ Luis Claro señala que la acción reivindicatoria se puede entablar solo contra el poseedor y excepcionalmente contra el mero tendedor para que declare a nombre de quién posee, o, sino lo hiciere, siguiese el juicio en su contra. De este modo se habrían seguido las enseñanzas de Robert Pothier. CLARO SOLAR (1935), N° 1747, pp. 406-407.

supuestos en que se ve afectado el dominio a través de la posesión. Luis Claro señala que la disputa de la mera tenencia, da lugar a la acción reivindicatoria, solo en la medida que ello sea consecuencia de una disputa de posesión y un eventual dominio. Y lo anterior, conforme a la teoría de la posesión inscrita, solo puede darse si hay problema con los títulos inscritos, como se desprende fundamentalmente de los artículos 724, 728.2° y 729 del CC ch. A estos efectos solo cabe recordar lo que establece el artículo 728.2° del CC ch:

“mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente”.

Por consiguiente, no hay forma alguna en que un vecino, realizando de forma unilateral un cerramiento, afecte la posesión al invadir parte del predio de su vecino. La única forma de afectar la posesión, y ponerse en vías de adquirir por prescripción adquisitiva, es que el retazo invadido esté amparado por la respectiva inscripción, es decir, que haya una diferencia entre los títulos inscritos. A esto es lo que Luis Claro se refiere a diferencias con la cabida, por cuanto la cabida está establecida en el respectivo título inscrito.

A favor de la sentencia precedente se puede señalar que Arturo Alessandri y Fernando Somarriva señalaban:

“existiendo deslindes, la acción de demarcación no tiene cabi-

da y debe ser desechada por falta de objeto”⁷.

Sin embargo, en obras posteriores, en que los referidos autores participan de forma colectiva con Antonio Vodanovic, indican que la acción de demarcación y cerramiento, de haber cerramiento unilateral por parte de un vecino y, aún solicitándose la restitución de parte de un terreno, procede sobre la reivindicatoria⁸.

⁷ A lo que el referido autor agregaba: “no puede perseguirse por la acción de demarcación una alteración de los límites ya existentes; en estos casos, hay que entablar primero la reivindicatoria para reclamar los terrenos a que se pretende tener derecho más allá de los límites existentes, y una vez reconocido este derecho, entablar la acción de demarcación para que se marquen los nuevos límites”. ALESSANDRI y SOMARRIVA (1941), p. 636.

⁸ Así se señala por Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic: “la Corte Suprema explica al respecto que no se desnaturaliza la acción de demarcación incorporando en ella cuestiones de dominio, pues recuperar terrenos (como consecuencia de la fijación justa y legal de los límites que separan a los predios colindantes) es uno de sus fines, siempre que no se los individualice y que su objeto principal sea la fijación de la línea divisoria, con las restituciones consiguientes, pero inciertas en su cantidad y destino (*hay nota al pie*). Del mismo modo, ha declarado que el actor, si no hace valer su derecho de dominio sobre una determinada porción de terreno, no deja de ejercitar la acción de demarcación por invocar, como antecedente de hecho, la circunstancia de que el demandado, al trazar por sí y ante sí la línea de separación, habría dejado comprendida una extensión de terreno que sobrepasa a la superficie que le correspondía de acuerdo con los títulos de dominio” (*hay nota al pie*). ALESSANDRI RODRIGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA, VODANOVIC HAKLICKA (2009), N° 1.077, p. 196. En igual sentido Daniel Peñailillo señala que la acción de demarcación procede en los casos de cerramiento unilateral. Y respecto de la distinción entre ambas acciones, más bien ordena

En resumidas cuentas, la crítica al razonamiento de la Corte consiste en que la acción reivindicatoria, en nuestro sistema jurídico, no protege la mera tenencia, y si un vecino ocupa parte de un predio colindante, simplemente mediante el cerramiento unilateral de su predio, no procede la acción reivindicatoria, sino la acción de demarcación y cerramiento, o la acción de simple precario.

4. Conclusiones parciales

La Corte resuelve en el considerando 8°, letra d, de la sentencia de reemplazo que

“las probanzas aportadas en juicio permiten únicamente establecer que: (...) d.- *Parte de la superficie del predio del actor, según sus títulos y planos y con la actual posición de los cercos, se encuentra al interior de la propiedad de los demandados. Tal retazo es de forma triangular, de una superficie de 62,70 metros y deslinda al Norte y al Poniente en 88,56 metros y 1,64 metros, respectivamente, con la propiedad del actor y, al sur, en 89,50 metros con la propiedad de los demandados*”.

Así, de lo señalado en el fallo, se desprende que el actor logró acreditar que el demandado ocupaba una franja de terreno, que, conforme a sus títulos inscritos, le pertenecían. Del análisis de la Corte no se aprecia que haya habido conflicto entre inscripciones o que se debe preferir a un título inscrito

los criterios variables en el tiempo, como hemos podido ver, conforme a los cuales se discrimina respecto de ellas. PEÑAILILLO ARÉVALO (2006), N° 253.2, b.1, pp. 493-497.

sobre otro, único supuesto que puede llevar a que el vecino adquiera la posesión del retazo del vecino, conforme a la teoría de la posesión inscrita, por prescripción adquisitiva, conforme al artículo 2505 del *CC* ch. No nos olvidemos que la acción reivindicatoria tiene por objetivo no solo recuperar la posesión sino, consecuentemente, que el demandado no adquiera el dominio por prescripción adquisitiva.

El yerro de esta línea jurisprudencial, representada por este fallo, es que considera que en un caso en que un vecino ocupa un predio colindante, procede la acción reivindicatoria. Y ello no es de esta forma por cuanto en un caso como el analizado –en que los títulos inscritos de la demandante arrojan que el vecino, producto de un cerramiento unilateral, ocupa una franja de terreno del actor–, el demandante no ha perdido la posesión, supuesto indispensable para dar lugar a la acción reivindicatoria, sino que ha perdido la mera tenencia. Y lo grave de esta línea jurisprudencial es que obliga a demandar de reivindicatoria con el agravante que de este modo se reconoce que el demandado es poseedor y, por ende, está en vías de adquirir por prescripción. Amén de que el desechar la acción de demarcación, después de unos años de litigio, agrava aún más la situación del dueño cuyos derechos se han visto vulnerados.

II. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, DE 22 DE MAYO DE DOS MIL CATORCE: REIVINDICATORIA Y SIMPLE PRECARIO

En virtud de este segundo fallo se puede apreciar, de forma aún más clara, la

asimilación que la Corte Suprema ha hecho de la mera tenencia a lo que se ha denominado posesión material y sus repercusiones en materia de reivindicación⁹. Este no es un fallo aislado, como ya se ha podido constatar en otros trabajos de esta misma índole, respecto del estudio de las sentencias de nuestro más alto tribunal¹⁰. Esta línea jurisprudencial, ya generalizada, ha desechado la teoría de la posesión inscrita para darle una importancia creciente al *corpus* en materia de posesión, haciendo sinónimos mera tenencia, posesión material y posesión.

1. *Antecedentes del recurso de casación en el fondo*

En autos rol N° 2673-2012, seguido ante el 1° Juzgado Civil de Temuco, caratulado Heinz Ibarra Max Arnoldo con Plaza Revenco María Isabel, la parte demandada recurre de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de la misma ciudad. La sentencia recurrida revocó el fallo de primer grado, resolviendo acoger la acción reivindicatoria y ordenó la restitución del inmueble. Contra este fallo recurre la demandada de casación en el fondo, la que es desechada por la Corte Suprema.

2. *La cuestión discutida*

La sentencia de primera instancia desechó la demanda de reivindicación, aplicando la teoría de la posesión

⁹ Rol Ingreso Corte N° 7.769-2014. Pronunciada por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los ministros Rosa Maggi D., Juan Fuentes B., Andrea Muñoz S. y abogados integrantes Jorge Baraona G. y Raúl Lecaros Z.

¹⁰ BARCIA LEHMANN (2013), pp. 369-376.

inscrita por la cual se considera que el demandado era mero tenedor y no poseedor¹¹. Apelada la sentencia por la demandante, la sentencia de segunda instancia acoge dicho recurso, resolviendo en su considerando sexto:

“que, como acertadamente expresan Alessandri, Somarriva y Vodanovic, existen dos respuestas frente a esa pregunta [se refiere a si procede la acción reivindicatoria respecto del mero tenedor]. Según parte de la

¹¹ El fallo de primera instancia aplica adecuadamente la teoría de la posesión inscrita, al desechar la demanda, por cuanto no se habría acreditado la pérdida de la posesión, la que solo se pierde conforme a una nueva inscripción. Así, se resuelve: “10° que no debe confundirse la posesión con la mera tenencia, cuestión que en este caso parece haberle ocurrido al demandante, ya que tal como lo señaló la demandada al evacuar su dúplica, la posesión definida en el artículo 700 del Código Civil es la tenencia material de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, mientras que la mera tenencia, definida en el artículo 714 del mismo código, es la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino que en lugar y a nombre del dueño, distinción que en la práctica cobra suma relevancia, ya que en la posesión puede observarse tanto un elemento objetivo o *corpus* (*hay nota el pie*), como uno subjetivo o *animus*, mientras que en la tenencia únicamente puede observarse el elemento objetivo, dado por la naturaleza de la cosa, careciendo del ánimo al reconocer dominio ajeno, tal cual es reconocido reiteradamente por la parte demandada. 11°) Que la posesión de los bienes inmuebles, como ocurre con la propiedad ubicada en Pasaje Paris N° 0586, no puede adquirirse sin una nueva inscripción, tal como lo dispone el artículo 724 del Código Civil (*hay nota al pie*). Siendo la inscripción, un requisito de adquisición, perdida y su conservación, perteneciendo mientras subsista la inscripción, como se desprende del artículo 728 del citado código” (lo destacado entre paréntesis y en cursiva es mío).

doctrina y la jurisprudencia, la acción reivindicatoria no puede ser deducida por quien tiene inscrito un inmueble a su nombre. Otros autores y sentencias, estas últimas citadas en nota al pie, estiman que dicha acción resulta procedente en dicho caso. En este sentido, textualmente expresan los citados autores: ‘Los que parten de la base que la posesión de un inmueble inscrito se conserva mientras no se cancele la inscripción, concluyen que si un tercero se apodera materialmente del predio, este último no adquiere la posesión ni pone fin a la existente y, por lo mismo, el dueño del inmueble no puede entablar acción reivindicatoria contra el usurpador: aquél no cumple con el requisito de estar desposeído de la cosa’. Y agregan: ‘Los que dicen que la inscripción exigida para adquirir la posesión de los derechos reales sujetos al régimen de la posesión inscrita no basta, por sí sola, para dar dicha posesión si no va acompañada de la tenencia con ánimo de señor, o dueño, concluyen que el dueño del inmueble inscrito, pero sin tenencia real de éste, podrían entablar la acción reivindicatoria contra el que lo poseyera, pues el dueño no tendría la posesión por faltarle uno de sus elementos: la tenencia’ (Arturo ALESSANDRI R., Manuel SOMARRIVA U. y Antonio VODANOVIC H., *Tratado de los derechos reales*. Bienes, Santiago, Jurídica

de Chile, febrero de 2001, tomo II. Reimpresión de la 6ª ed., pp. 273-274)” (lo destacado entre corchetes es mío).

El fallo precedente es recurrido por la demandada, solicitando su nulidad de fondo ante la Corte Suprema. La recurrente funda su recurso de casación en la infracción de los artículos 160, 161, 341, 342, 346, 348, 426, 427 del *Código de Procedimiento Civil*; 580, 582, 700, 714, 724, 728, 729, 890, 895, 915, 2195 inciso 2º del *Código Civil*; 1698 en relación con los artículos 1700, 1702, 1703, 1706 y 1712, todos del *Código Civil*. Ello se debería a que del análisis de la sentencia de segunda instancia, en ninguna parte, se hace mención alguna respecto de las pruebas producidas por su parte. Dicha prueba da cuenta de que fue cónyuge del actor y que el inmueble cuya reivindicación se persigue en autos, constituyó la residencia familiar. En el recurso se alega que la recurrente nunca fue poseedora del bien raíz, sino que respecto de este operó la obligación familiar del cónyuge de proporcionar a su familia habitación y techo. Así, el propio demandante consintió que por mera tolerancia su representada se quedara en él.

En resumidas cuentas, el recurso de casación en el fondo se sustenta en que la demandada de reivindicación era mero tenedor, y no poseedora.

3. Aspectos relevantes del fallo de casación de la Excelentísima Corte Suprema

El fallo confirmatorio de la Corte Suprema, a pesar de lo alegado por la

demandada, resuelve en dos de sus considerandos lo siguiente:

“3º.- Que la sentencia cuestionada que revocó el fallo de primer grado acogiendo, en definitiva, la demanda de reivindicación, reflexiona al efecto que la prueba rendida en autos permite tener por acreditado que la demandada ‘ocupa el inmueble, que se encarga del pago de los servicios y la mantención de la casa, que ha cambiado la chapa de acceso a la propiedad sin que el demandante tenga copia de ella, que este último no puede ingresar al inmueble y que la demandada no ha querido restituir la vivienda en las oportunidades en que se lo ha solicitado el actor, todo lo cual constituyen indicios múltiples, graves, precisos y concordantes en orden a acreditar que la demandada detenta la calidad de poseedora del bien que se reivindica y que el dueño se encuentra desposeído del mismo’, concluyendo que ‘se cumplen todos los requisitos establecidos en el artículo 889 del Código Civil’ que hacen procedente la acción reivindicatoria interpuesta; 4º.- Que de conformidad con lo reseñado en el motivo que precede, se observa que los sentenciadores al acoger la demanda de reivindicación, han efectuado una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata. Al efecto, cabe recordar,

*que la acción reivindicatoria puede ser interpuesta por quien detenta la posesión inscrita pero sin la tenencia real de éste, lo que claramente ocurre en la especie, pues el actor acreditó la posesión inscrita del inmueble, es decir, ser el dueño, quien no está en posesión del mismo por ser la demandada quien se encuentra en el inmueble al haber cambiado la chapa de acceso de la propiedad impidiendo al demandante poder ingresar a dicho lugar, revelando así su calidad de poseedora, tal como fue razonado por los jueces del mérito*¹².

4. Comentarios al fallo

El fallo señala dos aseveraciones que son controversiales: la primera se refieren a la titularidad de la acción reivindicatoria y la segunda a los conceptos de mera tenencia y posesión dentro de la teoría de la posesión inscrita. Las aseveraciones son del siguiente tenor:

a) La primera es que la acción reivindicatoria

“puede ser interpuesta por quien detenta la posesión inscrita pero sin la tenencia real de éste, lo que claramente ocurre en la especie, pues el actor acreditó la posesión inscrita del inmueble, es decir, ser el dueño”.

Esta afirmación no es del todo exacta. La acción reivindicatoria, a diferencia de las acciones posesorias, correspon-

den al dueño, y jamás al poseedor por cuanto el dueño debe haber perdido la posesión. Por ello se ha entendido que el estándar de prueba, que exige la acción reivindicatoria, es mayor que el de los interdictos posesorios. Arturo Alessandri y Manuel Sommariva, por una parte, y Daniel Peñailillo, por la otra por citar solo a tres de los mejores civilistas chilenos, expresan esta idea, de forma muy clara. Arturo Alessandri y Manuel Sommariva señalan:

“el que reivindica una cosa, diciéndose dueño de ella, debe acreditar su dominio, porque al entablar la acción reivindicatoria, reconoce en su contrincente la calidad de poseedor y el artículo 700 establece la presunción de que el poseedor se reputa dueño, mientras otra persona no justifique serlo”¹³.

Y, el gran civilista penquista, agrega que en la acción reivindicatoria el actor

“...debe probar su dominio, pues al reivindicar –por la propia definición de la acción que entabla– reconoce en el demandado la calidad de poseedor, con lo que le está concediendo la presunción de dominio (del art. 700) que, entonces, el reivindicante queda obligado a destruir” [hay nota al pie] (lo destacado entre paréntesis y cursiva es mío)¹⁴.

¹² Fallo pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los ministros Rosa Maggi D., Juan Fuentes B., Andrea Muñoz S. y abogados integrantes Jorge Baraona G. y Raúl Leccaros Z.

¹³ ALESSANDRI y SOMARRIVA (1941), p. 636.

¹⁴ Lo señalado entre paréntesis y en cursiva es mío. En la nota al pie se señala que el reivindicador romano ya aconsejaba, primero averiguar si se puede recobrar la cosa mediante un interdicto posesorio, “que sólo requiere haber

Y esto es muy relevante por cuanto el poseedor puede adquirir el dominio por prescripción adquisitiva (ello naturalmente tiene importancia en caso que el demandante pierda el juicio por aspectos formales).

En nuestro Derecho, el poseedor solo de manera excepcional puede entablar la acción reivindicatoria, en la medida que concurren los supuestos del artículo 894 del CC ch, es decir, como acción publiciana. Ahora bien, la forma de acreditar el dominio, que la acción reivindicatoria exige, conforme a la teoría de la posesión inscrita, es probar que concurren los supuestos de la prescripción adquisitiva. Así, una serie ininterrumpida de inscripciones, ojalá por el lapso de diez años, permite acreditar el dominio, y la mera detentación de la posesión inscrita, por un lapso menor al de prescripción no es suficiente, por cuanto no opera la presunción del artículo 700.2° del CC ch¹⁵.

b) La Corte Suprema resuelve que la acción reivindicatoria procede contra el mero tenedor, aún el bien inmueble, perteneciente a la demandante, se encuentra amparado por una inscripción conservatoria. Así, el máximo tribunal resuelve:

poseído”. PEÑAILILLO ARÉVALO (2006), N° 265.B), p. 526.

¹⁵ Sin perjuicio de ello, este yerro del fallo es solo en cuanto a su literalidad por cuanto en la especie el demandante había acreditado tener título inscrito, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Temuco del año 1991 (vistos, de foja 98, y considerando N° 1, fojas 102 del fallo de primera instancia), por lo que el plazo de prescripción adquisitiva estaba acreditado), es decir, era poseedor inscrito por un lapso superior a los diez años.

“...el actor acreditó la posesión inscrita del inmueble, es decir, ser el dueño, *quien no está en posesión del mismo por ser la demandada quien se encuentra en el inmueble al haber cambiado la chapa de acceso de la propiedad impidiendo al demandante poder ingresar a dicho lugar, revelando así su calidad de poseedora, tal como fue razonado por los jueces del mérito*”.

El considerando sexto de la sentencia de segunda instancia, ya transcrito, sigue el mismo criterio, citando esta vez a Arturo ALESSANDRI, MANUEL SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC. El texto de estos autores se refiere a la discusión que se genera en torno a la pérdida de la posesión –como una de las condiciones para entablar la acción reivindicatoria–, en torno a los inmuebles inscritos. De este modo, los referidos autores distinguen respecto de la reivindicación de un inmueble inscrito los siguientes supuestos:

“a) Los que parte de la base que la posesión de un inmueble inscrito se conserva mientras no se cancele la inscripción”,

para los cuales no procedería la acción reivindicatoria respecto del mero tenedor; y

“b) los que dicen que la inscripción exigida para adquirir la posesión de los derechos reales sujetos al régimen de la posesión inscrita no basta, por sí sola, para dar dicha posesión si no va acompañada de la tenencia con ánimo de señor o dueño, concluyen que

el dueño del inmueble inscrito, pero sin tenencia material de éste, podría entablar la acción reivindicatoria contra el que lo poseyera, pues el dueño no tendría la posesión por faltarle uno de sus elementos: la tenencia. Hay fallos en el sentido de que el dueño y poseedor inscrito de un bien raíz está legitimado para ejercitar la acción reivindicatoria en contra de quien detenta su posesión material”

(hay nota al pie que se refiere a una sentencia de la Corte Suprema de 21 de septiembre de 1955, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LIII, sec. 1ª, p. 296 y 7 de mayo de 1961, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LVIII, sec. 1ª, p. 23)¹⁶. Cabe hacer notar que Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, en una edición anterior (citando un fallo de la Corte Suprema de 8 de enero de 1927, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXVI, sec. 2ª, p. 1), manifestaban su adscripción a la posición contraria¹⁷. En ninguno de

¹⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA, VODANOVIC HAKLICKA (2009), N° 1.210, p. 274. Sin perjuicio de lo anterior, en otra parte de su trabajo parecieran señalar la posición contraria. Estos autores entienden que, como en la acción reivindicatoria se debe acreditar el dominio, sería improcedente la acción reivindicatoria contra el mero tenedor que se ha constituido en injusto detentador. Así, la demandante le bastará ejercer la respectiva acción personal, como si el acreedor prendario retiene indebidamente la cosa una vez pagado el crédito al cual accede su garantía *op. cit.*, N° 1.222, p. 289.

¹⁷ Así, los referidos autores señalaba: “en consecuencia, si se le ha despojado materialmente del bien, no se le ha desposeído, desde el momento que la inscripción es la posesión. Este argumento tiene fuerza; porque si mientras dura la inscripción hay posesión, tenemos que admitir

los textos antes citados hay referencia a la doctrina que se inclina por una y otra posición. Sin embargo, la referencia a dicha discusión doctrinal es conocida, por cuanto es la que se refiere a sí se invoca un título traslativo de dominio, respeto de la propiedad inmueble inscrita, se puede dar lugar a la posesión irregular sin necesidad de inscripción. El artículo 724 del CCch es el que se suele analizar respecto a este problema, sin perjuicio de ser atingentes todos aquellos por los cuales la inscripción es requisito (art. 724 del CCch), garantía (arts. 728.2º, 730.2º y 2505 del CCch) y prueba (arts. 924 y 925 del CCch) de la posesión del dominio y demás derechos reales sobre cosa corporal inmueble. Lo cierto es que los autores que sostienen que puede darse lugar a la posesión irregular respecto de los inmuebles no inscritos, desisten de señalar lo mismo respecto de los inmuebles inscritos, como sucede con Lorenzo de la Maza. La discusión doctrinaria a este respecto se debe a que la posesión irregular es la que le falta uno o más requisitos de la posesión regular, conforme al artículo 708 del CCch, por lo que se señala que si se invoca un título traslativo, entonces no sería necesaria la tradición, es decir, la inscripción, por cuanto este sería uno de los requisitos de la posesión regular. Pero la mayoría de la doctrina ha estimado que esta interpretación atenta contra los artículos 2505 y 728.2º del CCch¹⁸. Las normas

que si al individuo se le arrebatara materialmente la posesión, como a[un] subsiste la inscripción, continúa la posesión” (hay nota al pie). ALESSANDRI Y SOMARRIVA (1941), N° 1.138, p. 640.

¹⁸ Las referidas normas son del siguiente tenor: “art. 728.2º Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a

precedentes impiden que se pierda la posesión de un inmueble inscrito, mediante el apoderamiento material, y que opere la prescripción adquisitiva, tanto ordinaria como extraordinaria, contra título inscrito¹⁹, respectivamente. Así, para buena parte de la doctrina civil, el artículo 2505 del *CCch* se aplica tanto respecto de la posesión regular como irregular. Entre los autores que, de acuerdo con Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, se adscriben a esta posición están José Fabres, Carlos Aguirre, Luis Claro, Alfredo Barros Errázuriz²⁰.

5. Conclusiones parciales

Nuestro máximo tribunal de justicia ha estado sentando una dogmática jurisprudencial que, respecto de la determinación si procede recurrir de acción reivindicatoria o de demarcación y cerramiento, hace sinónimo mera tenencia con posesión. Las sentencias analizadas no solo entienden que el actor, en la acción reivindicatoria, a pesar de contar con un título inscrito en caso de haber perdido el *corpus*, pierde la posesión, sino que otorgan la calidad de poseedor al mero tenedor. Esta calificación obligada

del razonamiento de la Corte, y reconocida por sus fallos, tiene un efecto devastador sobre la prescripción adquisitiva, por cuanto si el mero tenedor es poseedor es obligatorio concluir que puede adquirir el dominio por prescripción adquisitiva. Esta posición también afecta la acción de saneamiento de la pequeña propiedad raíz, que sería inoficiosa si se desconoce la teoría de la posesión inscrita. Ello se debe a que, conforme al régimen general, el mero tenedor o el poseedor material en la nueva nomenclatura de la Corte Suprema, podría adquirir por prescripción conforme a las reglas de Derecho Común. Además, esta posición debería tener influencia sobre la acción de simple precario. Si se considera como poseedor al vecino, que solo tiene el *corpus* respecto de un retazo de terreno, lo mismo debe ocurrir con los terceros, por lo que la acción reivindicatoria desplazaría a la acción de simple precario bajo cualquier respecto.

III. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, VEINTICINCO DE JUNIO DE DOS MIL CATORCE: ACCIÓN REIVINDICATORIA CONTRA EL INJUSTO DETENTADOR

1. Antecedentes *del recurso de casación en el fondo*

La Corte Suprema confirmó un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta en autos ordinarios, rol N° 2100-2012, seguido ante el 3° Juzgado de Letras de Calama, caratulado Veas Cortés Olga con Araya Álvarez Oscar. El demandado recurrió de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de

la posesión existente” y “art. 2505 Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo”.

¹⁹ La prescripción adquisitiva extraordinaria respecto del mero tenedor es algo que no se acepta en nuestra doctrina, ni jurisprudencia a pesar de lo establecido en el oscuro art. 2510, regla 3ª del *CC ch*.

²⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA, VODANOVIC HAKLICKA (2009), N° 848, p. 63.

Apelaciones de Antofagasta, de 25 de marzo del 2013, que confirmó el libelo de primera instancia. Los fallos de primera y segunda instancia habían acogido una demanda de reivindicación y ordenado la restitución del inmueble, con costas. La sentencia de la Corte Suprema desestimó el recurso de casación²¹.

2. La cuestión discutida

En el juicio de primera instancia se discutieron dos cuestiones. La primera de ellas es la legitimidad activa del actor para reivindicar por cuanto éste tenía derechos hereditarios sobre el bien reivindicado. Así, el considerando noveno de la sentencia de primera instancia, resuelve:

“...en el acta de fojas 115, consta la comparecencia del demandado don Óscar Marcelo Araya Álvarez, quien citado legalmente a absolver posiciones, lo hizo señalando que es efectivo que la actora es dueña de acciones y derechos en el dominio del inmueble ubicado en calle Ejército (ex Cuba) N° 3829, población Independencia de Calama y que actualmente, es él quien ocupa el inmueble pese a no tener sobre el mismo dominio o mejores derechos que los que invoca la actora, con la que en principio había acordado una compraventa pero no se pudo

concretar porque no contaba con todos los documentos necesarios”.

Tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia desecharon esta defensa de la demandada, acogiendo el argumento de la actora consistente en que en

“su calidad de miembro de la comunidad hereditaria dueña del inmueble existe un mandato tácito entre los comuneros, siendo la acción intentada manifestación de sus facultades conservatorias de la masa hereditaria”.

La segunda cuestión debatida es en realidad la que nos interesa. El fallo de primera instancia determina el ámbito de aplicación del artículo 915 del CC ch. El tribunal de primera instancia desechó todos los argumentos a favor de la tesis que indicaba que por su ubicación, el artículo 915 del CC ch no legitimaba al actor para entablar la acción reivindicatoria. A este respecto, la sentencia de primera instancia resuelve, en sus considerandos finales:

“DÉCIMO QUINTO: Que, así las cosas, no se encuentra acreditado que el demandado ocupe el inmueble con ánimo de señor y dueño sino como mero tenedor, reconociendo el dominio ajeno, en este caso, de la comunidad formada por la actora y sus hermanos y por ello no concurre el segundo requisito exigido por el artículo 889 del Código

²¹ Rol ingreso Corte N° 9992-2014. Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los ministros Nivaldo Segura P., Patricio Valdés A., Guillermo Silva G., Rosa María Maggi D. y Juan Fuentes B.

Civil para la procedencia de la acción reivindicatoria pero, no puede olvidarse que la actora invoca en su demanda el artículo 915 del Código Civil y que el demandado reconoce tener la calidad de mero tenedor del bien raíz, por lo tanto, debe dilucidarse si en este caso se dan los presupuestos de la acción de dominio que excepcionalmente se contempla en esta norma, porque lo que se quiere es asegurar una protección amplia al derecho de dominio permitiendo a su titular recuperar la cosa de quien la tenga materialmente en su poder. En este orden de ideas, es necesario precisar que la acción reivindicatoria no asigna la calidad exclusiva de sujeto pasivo de ella al actual y verdadero poseedor sino que autoriza también su ejercicio respecto de otras personas que manifiestamente no lo son y por eso se hace aplicable en este caso en plenitud la norma del artículo 915 ya citado. DÉCIMO SEXTO: Que, el artículo 915 del Código Civil supone los siguientes requisitos: a) la calidad de mero tenedor del demandado y b) el carácter indebido de la retención y así, puede reivindicarse el bien excepcionalmente. Ambos requisitos se cumplen en este caso porque el propio demandado los reconoce desde el momento en que contesta la demanda: es mero tenedor y no tiene causa legal que lo justifique, y por eso se dará lugar

a la demanda conforme se dirá más adelante”.

El fallo de primera instancia fue apelado por la demandada, sosteniendo, conforme al considerando segundo de la sentencia de alzada, que:

“la sentencia yerra en el análisis normativo del artículo 915 del Código Civil, toda vez que se aplica a las prestaciones mutuas, existiendo una acción específica contra el mero tenedor, esto es, la de precario del inciso 2° del artículo 2.195 del Código Civil”.

Ante ello, la sentencia de segunda instancia confirmó el fallo de primera instancia sin agregar mayores fundamentos²².

²² En realidad la sentencia de segunda instancia adelanta, en su considerando séptimo, que lo esencial será determinar si el mero tenedor es un injusto detentador, pero luego se refiere a la defensa de la demandada en relación a la falta de legitimidad activa del actor, desechando la demanda, sin fundar en profundidad a este respecto. Así, la sentencia de segunda instancia establece lo siguiente: “SÉPTIMO: Que en este caso ha quedado establecido que el demandado detenta materialmente el inmueble cuya restitución solicita el demandante, no obstante lo cual admite no ser su propietario. Por tanto, para la procedencia de la acción reivindicatoria del referido artículo 915, deberá establecerse si el que tiene la cosa lo hace de manera indebida o bien porque está amparado en un título que lo habilita para ello. OCTAVO: Que según se señaló precedentemente, el demandado ha indicado que ocupa el inmueble, en virtud de una autorización para usar de él y construir, otorgada por Víctor Veas Cortés, hijo del causante Víctor Manuel Veas Chirino, en agosto de 1981, alegación que no probó incumpléndose a su respecto con lo dispuesto en el artículo 1.698 del Código Civil, por lo que debe concluirse que se trata de un injusto detentador. NOVENO: Que la

La sentencia de la Corte Suprema, que desechó el recurso de casación en el fondo, resolvió, en su considerando sexto:

“que (...) cabe concluir que los sentenciadores, al acoger la demanda de reivindicación interpuesta por la demandante, han efectuado una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata, toda vez que la presente acción reivindicatoria se fundó en el artículo 915 del Código civil entre otras normas, disposición que permite deducir la acción de marras en contra del mero tenedor que retiene indebidamente la cosa raíz, lo que se acreditó en estos autos por lo que se dan los presupuestos fácticos y jurídicos para dar lugar a la pretensión de la demandante, tal como lo razonaron los jueces del fondo”.

circunstancia de que la actora no sea dueña de la totalidad de los derechos sobre el inmueble que se reivindica no es óbice para acoger la acción reivindicatoria dirigida contra quien no ha probado tener derecho de ninguna clase sobre el predio en cuestión; en tal caso la única decisión justa es entregar la posesión material y legal a quien ha justificado el dominio sobre una parte del inmueble sin perjuicio de los derechos que correspondan a los comuneros no demandantes. En consecuencia no procede desechar la acción respecto del bien raíz común en razón de no haberse deducido por todos los comuneros. Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y lo prevenido en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se *confirma* la sentencia apelada de fecha veintinueve de mayo del año dos mil trece, escrita a fojas 118 y siguientes, que acogió la demanda en juicio ordinario de restitución de inmueble...”.

3. Aspectos relevantes del fallo de casación de la Excelentísima Corte Suprema

a. Algunas consideraciones previas al fallo

Antes de analizar el fallo en cuestión es conveniente indicar que la posición que restringe el ámbito de aplicación del art. 915 del CCch a las prestaciones mutuas y que entiende que no procede otorgar la acción reivindicatoria al ‘injusto detentador’ ha sido desechada hace algún tiempo por los tribunales. A favor de esta posición restrictiva, en torno a la aplicación de la norma precedente, estaban autores de la relevancia de Luis Claro y Fernando Rozas, entre otros. A este respecto Luis Claro señalaba que el injusto detentador, al que se refiere el art. 915, es un tenedor que tiene la obligación de restituir por estar unido por un vínculo jurídico, de cualquier clase, con la contraparte (la más común será un contrato de mera tenencia). Así, para autores, como Luis Claro, al acreedor le está vedada la acción reivindicatoria por cuanto debe ejercer la acción personal, que nace del vínculo que le une a contraparte o de la obligación de restituir²³. A su vez, Fernando Rozas señalaba:

“...nosotros pensamos que el art. 915 sólo establece que cuando se recupera la cosa del mero tenedor, se aplican las reglas de la reivindicación relativas a las prestaciones mutuas (frutos, expensas, deterioros, etc.)”²⁴.

²³ CLARO SOLAR (1935), N° 1804, pp. 458-459; ROZAS VIAL (2004), N° 423, p. 375.

²⁴ ROZAS VIAL (2004), p. 375.

Para estos autores el art. 915 solo favorecería al actor en el sentido de aplicar las reglas de las prestaciones mutuas a la restitución²⁵. A ello se agregaba que el artículo 915, por no estar ubicado en el párrafo 3, denominado “Contra quién se puede reivindicar”, que comprende los artículos 895 a 903 del *CC ch*, del título XII, libro II, no es una disposición que otorgara legitimidad activa para reivindicar. Así, el legislador al ubicar el artículo 915 al final de las normas de las prestaciones mutuas (del párrafo 4°), restringía su aplicación a estas.

La posición precedente, aunque atendible, ha sido desechada por cuanto ella restringe en demasía el ámbito de aplicación de la acción reivindicatoria, sobre todo una vez que la teoría de la posesión inscrita se constituye como el régimen general. El sistema registral instaurado por Andrés Bello, una vez que se transforma en la regla general respecto del dominio y posesión, tiene el grave inconveniente de hacer que la acción de dominio por excelente, como lo es la reivindicatoria, sea desplazada por la acción de simple precario. Ello se debe a que, conforme al sistema registral, solo al haber una disputa de títulos inscritos procedería la acción reivindicatoria, ya que la única forma de afectar la posesión, conforme

a la teoría de la posesión inscrita, es cancelando la inscripción (arts. 728 y 729 del *CC ch*). Y, naturalmente, la escueta regulación del simple precario, contenida en el escueto el 2195.2° del *CC ch*, no fue concebida para reemplazar la detallada regulación de la acción reivindicatoria. Además, la posición defendida por los insignes civilistas es inconsistente con la protección que el ordenamiento jurídico debe al dominio. El dominio debe ser protegido por una acción real, no nos olvidemos que de los derechos reales emanan acciones reales (art. 577.2° parte final del *CC ch*). La posición defendida por Luis Claro y Fernando Rozas tiene el inconveniente de hacer ilusorio el derecho de dominio. Así, de estar prescrita la acción personal del contrato, que obliga a restituir al mero tenedor, y no proceder la acción de simple precario (precisamente por haber un contrato entre las partes), nos encontraríamos con el absurdo que el ordenamiento jurídico otorgaría la calidad de dueño al poseedor inscrito, que acredite el dominio, y no lo protegería respecto de los atributos del dominio. Ello se debe a que, por una parte, no se admitiría la prescripción adquisitiva por parte del mero tenedor (el mero tenedor no puede adquirir jamás por prescripción adquisitiva)²⁶,

²⁵ El art. 1949 del *CC ch* parece inclinarse a favor de la posición tradicional al establecer que al injusto detentador se le aplican las reglas de las prestaciones mutuas. El art. 1949 del *CC* en este sentido establece: “para que el arrendatario sea constituido en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio; y si requerido no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él compete como injusto detentador”.

²⁶ Esto es efectivo en teoría por cuanto dado lo generalizada de la tesis que hace sinónimo la mera tenencia y posesión material no sería extraño que la Corte Suprema termine por entender que el mero tenedor puede adquirir el dominio, por prescripción extraordinaria, conforme al artículo 2510, regla 3ª del *CC ch*. Arturo Selman, a pesar que reconoce que la jurisprudencia sistemáticamente a negado esta posibilidad, señala que ello podría darse. De este modo, el referido autor señala que “negar esta

y se le negaría la posibilidad al dueño de recuperar el uso y goce de la cosa. En resumidas cuentas tendremos un dueño y poseedor inscrito, sin el uso ni goce de la cosa, ni una acción real, ni personal, para recuperar dichos atributos del dominio.

b. Análisis del fallo de la Corte Suprema

La sentencia en estudio tiene el mérito de no confundir las figuras de la posesión y mera tenencia, en los casos de posesión inscrita por cuanto califica al demandado como mero tenedor e injusto detentador. En este sentido se separa de los fallos antes analizados. El aspecto que nos parece relevante analizar es si es acertado el calificar al demandado como injusto detentador, y concederle la acción reivindicatoria al actor. El fallo se refiere a la relación entre los artículos 896 y 915 del *CCch*²⁷. A este respecto se puede

acción (*se refiere a la adopción de posiciones que se inclinan por una aplicación restrictiva del art. 915, como la más restrictiva de Luis Claro y Fernando Rozas, o no tan restrictiva como la de Javier Barrientos*) puede significar que el mero tenedor adquiera la cosa corporal conforme a lo dispuesto en la regla 3ª del Art. 2510 CC. Se debe recordar que la concepción general, asimila la noción poseedor a nombre ajeno con mero tenedor y el artículo citado faculta que éste, bajo ciertas circunstancias, adquiera el dominio mediante la prescripción adquisitiva extraordinaria. En consecuencia bajo este razonamiento, limitar la acción contra el injusto detentador permitiría que el mero tenedor eventualmente pueda adquirir el dominio” (lo destacado entre paréntesis y en cursiva es mío). SELMAN NAHUM (2011), p 70.

²⁷ Una sentencia anterior, de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 24 de agosto del 2005, en autos rol N° 5210-2005, refrendada por la Corte Suprema por un fallo de 13 de junio del 2007, distingue entre el ámbito de aplicación de dichas normas. El art. 915 se aplicaría respecto

señalar que el artículo 896 comprende como una forma legítima de mera tenencia, aquella por la que se reconoce a nombre de quién se posee, pero en la cual no hay relación alguna entre actor y demandado. En el caso *sub lite*, el demandado había reconocido la falta de un título legítimo para ocupar el bien, como mero tenedor, y también reconoció que su mera tenencia derivaba del dueño a raíz de una fallida compraventa entre las partes. En este sentido, el demandado sería un poseedor a nombre ajeno²⁸, al que le faltaría el ánimo de señor y dueño. El fallo, en este sentido, es bastante acertado,

del mero tenedor, que posee a nombre del dueño reivindicante. En cambio, el art. 896 se aplicaría respecto del mero tenedor que poseyendo, también a nombre ajeno, no lo hace a nombre del reivindicante, como si su mera tenencia tiene como fuente un contrato de prenda, comodato y arrendamiento con un tercero. Por ello es que el mero tenedor, en este último supuesto, tiene la carga de declarar a nombre de quién posee, para que el reivindicante pueda dirigir contra éste la acción reivindicatoria.

BARRIENTOS GRONDÓN, Javier, “De los Bienes y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce: Poseedor a Nombre Ajeno”, *Revista Chilena de Derecho Privado* N° 8, 2007, pp. 273-280.

²⁸ A este respecto seguimos a Javier Barrientos que señala que la categoría de ‘poseer a nombre de otro’ o ‘poseer a nombre ajeno’ está consagrada en el art. 719.2° del *CC ch* y específicamente comprende al que posee por representación o agencia oficiosa (arts. 720 y 721.2° del *CC ch*). Además, Javier Barrientos sugiere que, conforme al art. 915 del *CC ch*, no solo el dueño puede reivindicar, sino también el poseedor en la medida que entable la demanda de reivindicación contra de aquél que posee a su nombre. Aspecto que es más discutible. Y, el gran historiador chileno, ejemplariza esta situación como cuando un curador posee a nombre de su pupilo y al término de su curaduría no restituye el bien (arts. 415 y 417 del *CC ch*) en dicho caso el ex pupilo podría reivindicar recurriendo al artículo 915. BARRIENTOS GRONDÓN (2007), pp. 273-280.

pero recurramos a algunas sentencias anteriores de la Corte Suprema.

La tesis que se desprende del fallo que estamos analizando, no es la que ha primado, en nuestros tribunales superiores de justicia, sino la que hace sinónimo mera tenencia con la posesión material. En este yerro incurre la sentencia de segunda instancia, de la Corte de Apelaciones de Antofagasta cuando señala en su considerando noveno previamente transcrito

“...en tal caso [se refiere al juicio en estudio] la única decisión justa es entregar la *posesión material* y legal a quien ha justificado el dominio sobre una parte del inmueble sin perjuicio de los derechos que correspondan a los comuneros no demandantes”) (lo señalado entre paréntesis y en cursiva es mío).

Esta posición ya se encontraba en los fallos de la Corte Suprema de 21 de septiembre de 1955 y 7 de marzo de 1961²⁹.

La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema que ahora estamos analizando, tiene su antecedente en un fallo del mismo tribunal de 13 de junio del 2007, y que fue estudiado por Javier Barrientos. Su posición es un aporte por cuanto amplía la protección del dueño respecto del art. 915. Así, conforme a esta dicha tesis se acepta la acción reivindicatoria contra el mero tenedor para que declare a nombre de quien

posee, conforme a lo dispuesto en el art. 896 del CC ch, y también contra el mero tenedor, que es calificado como injusto detentador, precisamente por poseer a nombre ajeno, es decir, en representación o como agente oficioso del dueño (art. 915). Pero dicha posición aun sigue siendo muy restrictiva, y nos parece que también caben otras situaciones que pueden dar lugar a la aplicación del art. 915³⁰. Por tanto, al caso antes señalado por Javier Barrientos, se le sumarían otros en que el mero tenedor es calificado como injusto detentador. Dichos casos estarían principalmente dados porque el dueño no tiene ninguna acción contra el mero tenedor. Ello puede ocurrir en caso de que la acción personal, que emana del contrato de mera tenencia, esté prescrita. En dicho supuesto el propietario no puede recurrir a la acción de simple precario, por cuanto el dueño tiene un vínculo contractual con el mero tenedor. De esta forma, nos inclinamos a favor de una interpretación del art. 915 que califique como injusto detentador a aquel que tiene la cosa como mero tenedor, sin un título legítimo, y respecto del cual el dueño no tiene una acción en su contra. Esta es la única interpretación consistente con la protección de las facultades del dominio.

³⁰ En este sentido seguimos la posición de Arturo Selman para el cual “agotadas todas las opciones señaladas en el párrafo anterior y suponiendo que la acción personal tampoco fuera efectiva, sería el momento de utilizar la acción contra el injusto detentador. Sólo en esta eventualidad, resulta ‘entendible y aceptable’ [hay nota el pie] el ejercicio de esta acción” (lo destacado entre paréntesis y cursiva es mío). SELMAN NAHUM (2011), p. 74.

²⁹ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomos LII, 1955 y LVIII 1961, Santiago, sec. 1ª, p. 294 y p. 23, respectivamente. SELMAN NAHUM (2011), p. 62.

Por último, son criticables los fallos que se hacen sinónimos mera tenencia con posesión material por cuanto esta posición destruye la teoría de la posesión inscrita. Estas sentencias establecen una relación entre mera tenencia y posesión material, que es difícil de aceptar en nuestro Derecho³¹.

4. Conclusiones parciales

La sentencia analizada es un aporte por cuanto no entiende que el mero tenedor es un ‘poseedor material’, respecto del cual procedería la acción reivindicatoria, sino que sostiene que el mero tenedor, conforme a los antecedentes de autos, es un injusto detentador. En este caso el demandado estaba en la tenencia de la cosa en virtud de un fallido contrato de compraventa, es decir, el demandado estaba poseyendo a nombre ajeno. El demandado, una vez que el contrato no prosperó, debió restituir, lo que además lo constituyó como injusto detentador. La Corte Suprema, sin embargo, no explica porque este supuesto da lugar a la acción reivindicatoria, evitando analizar el ámbito de aplicación del art. 915 del CC ch. Al respecto las posiciones de Javier Barrientos y Arturo Selman, transcritas, sin lugar, a dudas serían un aporte a futuros fallos.

³¹ El fallo de la Excelentísima Corte Suprema de treinta de julio de dos mil catorce, Ingreso Corte N° 11.642-2014, que recae en autos ordinarios, rol N° C-126-2013, seguido ante el Juzgado de Letras de Paillaco, caratulado Fernández Delgado con Quiroz Silva, rechazó un recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia. En esta causa, una vez más, se concede una acción reivindicatoria simplemente contra un mero tenedor, recurriendo a la posesión material.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: DESVENTAJAS DE LA TESIS QUE ASIMILA MERA TENENCIA CON POSESIÓN

1. La acción reivindicatoria contra el Injusto detentador

Los dos primeros fallos, precedentemente analizados, son reflejo de una tendencia jurisprudencial, que hace sinónimos mera tenencia con posesión material, para luego hacer sinónimos mera tenencia y posesión, aun respecto de la posesión inscrita. Esta tendencia jurisprudencial ha servido para conceder la acción reivindicatoria a favor del dueño e, incluso, el poseedor, contra el mero tenedor. Dicha tendencia es atendible por cuanto, como se ha podido apreciar, la acción reivindicatoria ha sido fuertemente desplazada en la aplicación de la teoría de la posesión inscrita.

En contra de la tendencia precedente, la tercera sentencia analizada, en estos comentarios, extiende la acción reivindicatoria contra el denominado injusto detentador, conforme al art. 915. A este respecto se pueden señalar dos supuestos de aplicación del art. 915:

- a) El directo, a través de lo que entiende por injusto detentador, que posee a nombre del dueño/demandante (posición de Javier Barrientos) o
- b) El indirecto, que concede la acción reivindicatoria en caso que el dueño carezca de otra protección, en especial la de no proceder la acción de simple precario (posición de Arturo Selman).

Esta doctrina es consistente con la teoría de la posesión inscrita y no

conlleva a los excesos a que debería lógicamente conducir la extensión de la posesión material a la prescripción adquisitiva. En otras palabras, la tesis que hace sinónimos la mera tenencia y posesión material le quita coherencia al Derecho y, por ende, certeza.

2. Inconsistencia de la tesis que desplaza la acción de demarcación y cerramiento a favor de la acción reivindicatoria.

El primero de los fallos analizados tiene la desventaja de desplazar la acción de demarcación y cerramiento, a favor de la acción reivindicatoria, echando por tierra la teoría de la posesión inscrita. Esta posición se basa en una errada interpretación de Luis Claro, que es incompatible con lo señalado por la mayoría de la dogmática civil. Este no es un tema menor por cuanto la tesis que hace sinónimo la mera tenencia y posesión material –para dilucidar el ámbito de aplicación de ambas acciones–, explica la gran cantidad de recursos que reciben en forma semestral las Cortes por dicho concepto, por cuanto ella es una tesis que es difícil de sostener. Las acciones de demarcación y cerramiento, y la reivindicatoria tienen un sustento común: todas emanan del dominio; pero conforme a la teoría de la posesión inscrita, en casos de invasión de terrenos colindantes entre vecinos –que no tiene sustento en título inscrito por parte del que ocupa materialmente–, no se puede recurrir a la acción reivindicatoria, sino a la de simple precario. Incluso se podría analizar si procede la acción del art. 915 del CC ch. El papel que representa la acción de demarcación y cerramiento,

conforme a la teoría de la posesión inscrita, es fijar los límites conforme a los títulos inscritos. Ello, en la medida que no haya superposición de inscripciones en cuyo caso procede la acción reivindicatoria. No es relevante si en razón de la acción de demarcación, producto de un cerramiento unilateral, se debe cambiar el límite entre los predios. Ello generará una restitución de mera tenencia, pero no de la posesión, que jamás ha perdido el poseedor inscrito.

En caso que el demandante pide la restitución de una franja de terreno, pueden ocurrir tres situaciones:

- a) La disputa de la mera tenencia tiene sustento en ambas inscripciones. En este caso procede la reivindicación por cuanto el vecino estaría poseyendo y adquiriendo por prescripción adquisitiva el paño de terreno colindante.
- b) La disputa de la mera tenencia se sustenta en el demandante conforme a ambos títulos inscritos es el poseedor. En dicho supuesto procede la acción de simple precario, por cuanto el vecino no adquiere posesión alguna, por cuanto la franja de terreno está protegida por una sola inscripción. Eventualmente, podría concederse al demandante la acción reivindicatoria del art. 915, de calificarse al vecino como injusto detentador.
- c) La disputa se debe a que, conforme a los títulos inscritos de ambos predios colindantes, el límite por el cual transcurre el cerco, fijado de forma unilateral por un vecino, está mal deli-

mitado. Esto es independiente que el vecino deba restituir una franja de terreno, por cuanto ello es solo una consecuencia de la determinación legal del límite entre los predios, es decir, de su demarcación.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA, y Antonio VODANOVIC (1941). *Derecho Civil, Parte Especial*. Santiago: Editorial Nascimento, tomo II.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA, Antonio VODANOVIC HAKLICKA (2009). *Tratado de los Derechos Reales*, 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II. Reimpresión 2009.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2005). “Derechos reales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2. Comentario de la jurisprudencia del año 2004. Peñalolén y Viña del mar.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2011). “La tierra para el que la trabaja”. *Estudios de Derecho Civil VI*, Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué 2010. Santiago: AbeledoPerrot, Legal Publishing Chile.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2008). *Lecturas de derecho civil chileno. De los bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Colección de Manuales Jurídicos, N° 119, tomo IV.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (dir.) (2010). *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Thomson-Reuter Puntolex, cuatro tomos.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2011). *Personas y bienes. Tratado de jurisprudencia y doctrina*. ciudad: Editorial Thomson Reuters, tomos I y II.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013). “La acción de demarcación y cerramiento con relación a la acción reivindicatoria. Corte Suprema, casación en el fondo, 31 de enero del 2013, rol N° 1.409-2012”. *Revista Chilena de Derecho*. N° 21, Santiago. Diciembre.
- BARRIENTOS GRONDÓN, Javier, (2007). “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce: poseedor a nombre ajeno”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 8. Santiago. Julio.
- CLARO SOLAR, Luis (1935). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago: Imprenta Nascimento. Tomo noveno: De los Bienes IV.
- LARROCAU, Jorge, Ignacio ROSTIÓN (2013). “Del juicio de precario”, en Rodrigo BARCIA (coord. y ed. científico). *Fundamento de derechos reales en el derecho chileno*. Santiago: Legal Publishing y Thomson Reuters.
- LATHROP, Fabiola (2011). “Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno”. *Revista Ius et Praxis*. Año 17. N° 2. Talca.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2006). *Los Bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROZAS VIAL, Fernando (2004). *Los Bienes*. Santiago: Editorial LexisNexis.
- SELMAN NAHUM, Arturo. (2011), “Artículo 915 del Código Civil: una solución jurisprudencial a la limitación de las acciones tradicionales”. *Ius et Praxis*. Año 17. N° 1. Santiago.
- URRUTIA, Leopoldo (1928). “Vulgarización sobre la posesión ante el Código Civil chilena”. *RDJ*. tomo 31. Santiago.