

BIENES Y DERECHOS REALES

Jaime Alcalde Silva*

LAS ACCIONES POSESORIAS ORDINARIAS
Y EL CONCEPTO DE POSESIÓN EN EL *CÓDIGO CIVIL*
CORTE SUPREMA, 23 DE MARZO DE 2021, ROL N.º 18.957-2018,
WESTLAW CL/JUR/46365/2021
ORDINARY POSSESSORY INJUNCTIONS
AND THE CONCEPT OF POSSESSION IN THE *CIVIL CODE*

RESUMEN

La Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo y dio lugar a una querrela de restitución a favor de la dueña de un inmueble, que solicitaba se le restituyese el uso de un pasaje aledaño a su propiedad y que pertenecía en común a todos los vecinos que colindaban con él. Sobre dicho pasaje existía una servidumbre de tránsito que gravaba el bien común y estaba establecida en beneficio de los vecinos copropietarios. La Corte consideró que la querrela de restitución busca recuperar la tenencia material de un bien raíz inscrito de la que ha sido despojado el demandante. Con votación dividida, se rechazó la indemnización de perjuicios solicitada por la querellante, por no estar probados los daños reclamados.

Palabras clave: acciones posesorias; posesión; querrela de restitución.

ABSTRACT

The Supreme Court accepted an appeal on the merits and gave rise to a restitutory injunction through which the owner of real state asked that the use of a passage adjacent to her property be restored and it belonged in common to all the neighbors. On this passage there was a transit easement that benefited the

* Profesor asociado de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo O'Higgins 340, 8320000, Santiago, Chile. Correo electrónico: jcalcald@uc.cl

good in common and was established in the neighboring co-owners. The Court considered that the restitutory injunction is aimed at recovering the material possession of a registered real estate of which the plaintiff has been deprived. With a divided vote, the compensation for damages requested by the plaintiff was rejected, because the damages claimed were not proven.

Keywords: Possessory Injunctions; Possession; Restitutory Injunction.

I. LA CUESTIÓN DISCUTIDA

Con fecha 19 de agosto de 2016 y ante el 12º Juzgado Civil de Santiago, la dueña de un inmueble interpuso una querrela de restitución en contra de sus vecinos, acusando que había sido despojada de la posesión del pasaje común con el que deslindaba su propiedad en uno de sus extremos, el cual venía descrito en la inscripción conservatoria como un “espacio de libre circulación que le pertenece”. Dicho despojo provenía de que los querrelados habían instalado un portón eléctrico en el ingreso del pasaje sin entregarle llaves para acceder a través de él, sea de forma peatonal, o por medio de un vehículo motorizado, lo que comportaba una prohibición al ejercicio pleno de su posesión sobre dicho inmueble común. El pasaje en referencia era de una superficie de 5,70 m de ancho por 25,20 m de largo, y contaba con un cierre perimetral compuesto de una puerta peatonal y un portón de acceso de vehículos, ambos con sus respectivas cerraduras. Agregaba la demandante que ahí se encontraban los medidores de gas natural y agua potable. Puesto que el acceso al referido pasaje era controlado por los demás vecinos, ellos permitían que estacionasen en él las personas que venían de visita a sus casas. Con todo, la demandante explicaba que esta prohibición no había supuesto un impedimento para ingresar al inmueble que le pertenecía, puesto que este tenía también acceso por la calle de la cual tomaba su numeración, pese a que los planos de 1960 indican que todas las viviendas figuraban con sus ingresos principales por el pasaje. Habiendo sido rechazada por la Corte de Apelaciones de Santiago la acción constitucional de protección interpuesta por estos mismos hechos, porque se había estimado que la materia debía ser discutida en un juicio civil contradictorio, la querellante solicitaba al tribunal que se le otorgase acceso libre al pasaje común y se le indemnizasen los perjuicios que le había causado la instalación de la puerta peatonal y el portón de acceso, cuya determinación en cuanto a su especie, monto y prueba se reservaba para la fase de ejecución del fallo, con expresa condena en costas.

En el comparendo de estilo, los demandados solicitaron el rechazo en todas sus partes de la querrela de restitución interpuesta contra ellos. En la contestación se relataba que la puerta peatonal y el portón eléctrico fueron instalados en 2005 por razones de seguridad, para evitar que personas desconocidas pudiesen ingresar al pasaje. Aunque se reconocía el carácter de

bien común que este revestía, se señalaba que la propiedad de la demandante no tiene su acceso principal por ahí y tampoco el medidor de gas natural se encuentra situado por ese lado. Como parte de las obras de remodelación de su propiedad, la querellante abrió una puerta secundaria hacia el pasaje y solicitó copia de las llaves de la puerta peatonal y el portón de acceso. Los demás vecinos no accedieron a su petición, porque asumieron que la finalidad era usar el pasaje como estacionamiento, dificultando la circulación de los tres inmuebles que sí tienen su único acceso a través de él. De esta manera, la negativa de entregar a la demandante copia de las llaves respectivas buscaba precaver un uso arbitrario del pasaje. En la contestación se argüía también que la querellante carecía de legitimación activa para ejercer la acción posesoria deducida, puesto que el bien en cuestión era poseído en comunidad y no cabía reclamar que su posesión fuese restituida en exclusiva. Por estos argumentos, los demandados solicitaban el rechazo de la querrela de restitución en todas sus partes, con costas.

Por sentencia de 23 de junio de 2017, el 12° Juzgado Civil de Santiago acogió la querrela posesoria solo en cuanto ordenó a los vecinos restituir la libre circulación de la demandante sobre el pasaje, por cuanto estimó que la puerta peatonal y el portón eléctrico instalados en su acceso perturbaban la posesión que le correspondía como comunera (cons. 16°). Esto proviene de que todos los comuneros tienen el mismo derecho de dominio respecto del inmueble común y ninguno puede perturbar las facultades del otro, lo cual ocurría al haberse instalado un cierre en el acceso al pasaje con fines de seguridad y sin permitir el ingreso de la actora (cons. 12°). A juicio del tribunal de primera instancia, la querrela posesoria ejercida revestía el carácter de un acto de conservación, que es propio de las facultades de administración, de suerte que la demandante se encontraba facultada en virtud del mandato tácito y recíproco que existe entre los comuneros para presentar la demanda en la forma en que lo hizo (cons. 5°). La pretensión indemnizatoria fue rechazada por no haberse probado el daño sufrido por la actora (cons. 17°). No hubo condena en costas, porque los demandados no fueron totalmente vencidos.

Contra la sentencia de primer grado, los querrellados apelaron para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, donde se controvertía que la actora tuviera la posesión pacífica y tranquila por más de un año respecto del pasaje cuya restitución solicitaba, por cuanto sobre este existía una comunidad compuesta por todos los vecinos. Se precisaba que se trataba de un pasaje privado de libre circulación y respecto del cual se encontraba constituida una servidumbre de tránsito a favor de los vecinos colindantes. Siendo así, no existía legitimación activa para el ejercicio de la querrela de restitución, que exige posesión exclusiva de parte del demandante. La tutela judicial se debía solicitar acudiendo a las acciones que la ley reconoce entre los comuneros, sin desvirtuar el sentido de las querrelas posesorias que tienen una función diversa. La demandante se adhirió a la apelación con el fin de que la Corte acogiese la pretensión indemnizatoria que fue rechazada en primera instancia.

Como medida para mejor resolver, la Corte de Apelaciones de Santiago llamó a las partes a una audiencia de conciliación. En ella no fue posible llegar a una solución colaborativa que resolviera el conflicto existente entre los vecinos a partir de las bases propuestas por la Corte. Habiendo fracasado la conciliación, se dictó sentencia definitiva de segunda instancia con fecha 30 de mayo de 2018, que acogió la apelación interpuesta por los demandados. En ella se revocó el fallo de primer grado y, en su lugar, se rechazó la querrela de restitución, por estimar la Corte que no existía un despojo que afectase a la actora, porque tal “supone la pérdida de la posesión inscrita para radicarse en poder del causante de tal situación” (cons. 6º). De esto se seguía que, pese a la existencia de actos de los demandados que habían impedido el ejercicio de actos posesorios sobre el pasaje común, no se había configurado una pérdida de la posesión que permitiese acudir a la querrela de restitución (cons. 6º). A mayor abundamiento, la Corte estimó que era improcedente siquiera considerar el ejercicio de una acción posesoria ordinaria cuando el hecho denunciado por la demandante era “la pérdida de su derecho de libre circulación sobre el espacio común definido como servidumbre”, puesto que el art. 917 del *CC* excluye las servidumbres discontinuas del campo de dichas acciones y este es el carácter que revestía el destino del inmueble común cuya restitución se solicitaba mediante la querrela ejercida en el juicio (cons. 7º).

250

La sentencia de segunda instancia fue recurrida de casación en el fondo para ante la Corte Suprema por la parte demandante. En su recurso, la actora hizo presente que se había acreditado de manera fehaciente en juicio el derecho de dominio común que tenía sobre el pasaje y que los querrelados la despojaron de su posesión mediante una limitación arbitraria a su derecho de propiedad a través del cierre efectuado por razones de seguridad, de suerte que el tribunal de alzada había infringido los arts. 916 y 917 del *CC* y 549 del *CPC* al rechazar la querrela posesoria. Este yerro influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido, llevando a la Corte de Apelaciones de Santiago a resolver como lo hizo.

Por sentencia de 23 de marzo de 2021, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo, invalidando el fallo de alzada y dictando la consiguiente sentencia de reemplazo. La Corte tuvo como hechos de la causa que los querrelados habían limitado la libre circulación de la actora en un pasaje sobre el cual esta tenía la calidad de comunera, por lo que era poseedora del inmueble y tenía derecho a que su posesión fuese amparada de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 921 y 926 del *CC* (cons. 5º). A su vez, la sentencia señala que la querellante cumplía con los requisitos que establecen los arts. 916, 917, 921 y 926 del *CC* para interponer un interdicto posesorio de restitución, ya que los actos de los querrelados la habían privado de la tenencia material de un bien raíz, menoscabando el pleno ejercicio de los derechos que tenía sobre el pasaje (cons. 8º). Para concluir de esta forma, la Corte acepta la opinión doctrinal que estima que la querrela de restitución procede también a favor del poseedor inscrito cuando ha sido privado de la tenencia material de la cosa (cons. 4º). El hecho de que sobre el bien común existiese una servidumbre de

tránsito o que el pasaje perteneciese a una comunidad no eran impedimento para que la acción de restitución prosperase (cons. 7°).

En la sentencia de reemplazo dictada a continuación, la Corte Suprema confirmó al fallo en alzada compartiendo los razonamientos del tribunal de primer grado. La decisión fue acordada con dos votos en contra, los cuales estuvieron por acoger la adhesión a la apelación y revocar la sentencia en alzada en aquella parte que desestimó la pretensión de indemnización de perjuicios de la demandante, accediendo a ella y dejando la determinación de la naturaleza y monto de los daños para el periodo de ejecución.

II. COMENTARIO

El caso recién descrito resulta de interés porque permite revisar el sentido que tienen las acciones posesorias ordinarias, que el *CC* trata en el título XIII de su libro II. Entre los diversos aspectos que merecen atención hay dos principales:

- i) el concepto de posesión que el subyace en el *Código* y
- ii) la función que desempeñan las querellas de amparo y restitución mencionadas en ese título.

Hay también otros aspectos que merecen algún análisis, pero escapan al ámbito dentro del que se sitúa este comentario. Así sucede, por ejemplo, con la pretensión indemnizatoria ejercida junto con la querella posesoria. La sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema no se pronuncia al respecto, puesto que confirma (aunque con votación dividida) la sentencia de primer grado sin variaciones. En esta última se había rechazado la condena indemnizatoria por no haberse probado el daño ocasionado (cons. 17°). Esto obliga a revisar la regla del art. 173 II del *CPC*, que permite reservar la determinación de la especie y monto de los perjuicios para la fase de ejecución del fallo¹. Por ahora basta con decir que el propósito de dicha norma procesal es postergar la prueba exhaustiva del daño, que puede ser compleja y ardua, para la etapa de cumplimiento del fallo. Es entonces cuando el demandante deberá acreditar los tipos de daños que sufrió y su cuantía. Pero esto no dispensa de la carga de acreditar durante el juicio que hubo (en abstracto) algún daño, puesto que su existencia es el origen de la obligación resarcitoria cuyo reconocimiento se pide al tribunal (arts. 2314 y 2329 del *CC*)². Por lo demás, en el juicio posesorio solo parece ser admisible esta posibilidad³.

¹ CORRAL (2015).

² BARROS (2020), pp. 223-224.

³ El *CPC* no se ocupa del modo de cobrar esos perjuicios, dado que la tutela judicial perseguida a través de la querella posesoria se agota en “conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos” o en “recuperar esta misma posesión” (art. 549, n.º 1º y 2º). En el proceso de elaboración del *CPC* la materia experimentó cambios. TOCORNAL (2020), p. 77, sintetiza así la situación: “En el proyecto de este Código había un artículo que establecía expresamente el derecho de discutir los perjuicios en el interdicto. Esta disposición se modificó después, y se estableció que sólo podía discutirse el derecho a perjuicios, no su monto. En el

Cabe adelantar que la querrela de restitución no resultaba procedente en este caso. Fuera de los aspectos relativos a la legitimación activa y el concepto de despojo, que serán objeto de análisis separado cuando se aborde el esquema que el *CC* propone para las acciones posesorias ordinarias, hay dos elementos que impedían que la querrela pudiese prosperar.

El primero de ellos tiene relación con la cronología del acto de despojo que habría supuesto la privación de la posesión para la parte demandante. El art. 920 II del *CC* señala que el plazo de un año para interponer la querrela de restitución se cuenta desde que el poseedor anterior ha perdido la posesión. Esto significa que el acto que conlleva tal privación debe ser posterior al momento en que el poseedor ha comenzado a poseer. La regla del art. 920 IV del *CC*, que permite la accesión de la posesión anterior (art. 717 del *CC*), está destinada a facilitar el cómputo del año de posesión pacífica y no interrumpida que se exige para que el poseedor pueda instaurar la respectiva querrela posesoria (art. 918 del *CC*), el cual “se cuenta hacia atrás desde la fecha del embarazo o despojo”⁴. En el juicio quedó acreditado que el cierre del pasaje se produjo en 2005, que la querellante inscribió el inmueble a su nombre en 2015 y que la acción posesoria solo fue presentada el 19 de agosto de 2016⁵. De esto se sigue que la tutela posesoria, que está concebida como un mecanismo procesal de urgencia (arts. 563, 564 y 581 del *CPC*), era improcedente por tratarse de un acto ejecutado sobre el bien común que había tenido lugar más de una década antes y con autorización de la municipalidad respectiva, incluso probablemente con el consentimiento del antecesor en el dominio de la demandante⁶.

El segundo obstáculo es el campo material de aplicación de las acciones posesorias. El art. 917 del *CC* señala que no se puede entablar una acción posesoria para conservar o recuperar la posesión de aquellas cosas que no se pueden ganar por prescripción, como sucede con las servidumbres inaparentes y discontinuas⁷. En el caso que se comenta, la querellante pedía la restitución del uso del pasaje que los demás vecinos le impedían por haber

proyecto definitivo se suprimió esa disposición, de donde parece desprenderse que la intención del legislador fue la de no permitir el cobro de los perjuicios en el juicio posesorio”.

⁴ VODANOVIC (2011), pp. 326-327.

⁵ Respecto de las querrelas posesorias, se admite que la presentación de la respectiva demanda es suficiente para detener el cómputo del año exigido por el art. 920 del *CC* (se discute, asimismo, si este plazo es de prescripción o caducidad). Cfr. VODANOVIC (2011), pp. 331-332.

⁶ La modificación de la Ley Orgánica de Municipalidades (DFL 1/2006, del Ministerio del Interior) para permitir el cierre de calles y pasajes por razones de seguridad pública solo ocurrió en 2011, con la Ley n.º 20499.

⁷ La Corte Suprema se hace cargo del art. 917 del *CC* con esta argumentación: “dicha regla de exclusión se justifica atendida la finalidad que tienen las acciones posesorias, esto es, garantizar la posesión y otorgar los medios para adquirir el dominio mediante el instituto de la prescripción adquisitiva” (cons. 7º). Aunque enseguida ese considerando aborda la coposesión, que era la situación del pasaje materia de controversia, la procedencia de la querrela de restitución se encontraba justificada para la Corte, por cuanto “la actora no pretende la exclusividad respecto del bien objeto de juicio, sino solo el ejercicio de su derecho como comunera, habiéndosele privado de su posesión material por parte de los copropietarios” (cons. 7º).

cerrado su acceso mediante una puerta peatonal y un portón para vehículos. Sin embargo, dicho pasaje, junto con ser un bien común que pertenecía a todos los comuneros y con el cual deslindaban sus respectivas propiedades, estaba afecto a una servidumbre de tránsito. Esta clase de servidumbre reviste el carácter de discontinua de acuerdo con el art. 822 del *CC*, por lo que no procedía a su respecto la querrela posesoria, ni de amparo ni de restitución. La razón es que para ese fin existe una acción posesoria especial, como es la denuncia de obra nueva. Entre los supuestos en que ella procede se encuentra la construcción de obras en el predio sirviente que embarazan el goce de una servidumbre constituida en él (art. 931 I del *CC*), y tal era la situación detrás de este conflicto entre vecinos. Sin embargo, dicha querrela no podía prosperar en la especie, porque la obra denunciada tenía ya más de diez años cuando la demandante adquirió el inmueble donde vive y se convirtió en comunera del pasaje. El art. 950 III del *CC* señala que la acción posesoria no puede ser acogida si ha transcurrido más de un año desde el inicio de los trabajos de la obra denunciada, de manera que a la parte afectada solo le queda la posibilidad de perseguir su derecho por la vía ordinaria⁸. Dicha “vía ordinaria” es la acción que el art. 680 n.º 2º del *CPC* menciona como uno de los supuestos de juicio sumario: de esa forma deben ser sustanciadas todas

“las cuestiones que se susciten sobre constitución, ejercicio, modificación o extinción de servidumbres naturales o legales y sobre las prestaciones a que ellas den lugar”⁹.

Por lo demás, la Ley Orgánica de Municipalidades regula tanto la solicitud a la respectiva municipalidad para cerrar una calle o pasaje por razones de seguridad como la revocación de esa autorización, que se concede por cinco años prorrogables automáticamente: la primera debe contar con el apoyo del 90% de los vecinos y la segunda solo requiere la concurrencia de un 50% de ellos (arts. 5º letra c y 65 letra r).

1. *El concepto de posesión en el Código Civil*¹⁰

El estudio de la posesión por parte de la doctrina chilena ha seguido un método puramente conceptual, donde el acento está en las definiciones, clasificaciones

⁸ Esto proviene de que la tutela pedida al tribunal es “impedir una obra nueva” (art. 549, n.º 4º del *CPC*), lo cual implica la suspensión de los trabajos emprendidos (art. 565 del *CPC*) y la eventual demolición de lo ya ejecutado (art. 569 del *CPC*).

⁹ La figura puede ser ejercida como una “acción negatoria”. Cfr. PENAILILLO (2019), pp. 1386-1387.

¹⁰ Una versión preliminar de las ideas de este apartado fue expuesta como parte de los trabajos recogidos en el boletín intitulado *Desde Bello hasta nuestro hasta días* preparado por el Centro de Estudios *Iusta Causa* para celebrar el 165º aniversario del *Código Civil* chileno, que fue editado en formato digital por la Editorial Tirant lo Blanch.

y derivaciones silogísticas, que siguen la disposición de materias presente en el título VII del libro II del *CC*. El riesgo de esta aproximación es que “el cielo de los conceptos jurídicos”¹¹ hace olvidar que el derecho es una ciencia práctica que está destinada a solucionar problemas reales, con incidencia sobre controversias que afectan a personas concretas. Las definiciones son útiles porque ayudan a aproximarse a las figuras, pero muchas veces son insuficientes para describir todos sus aspectos debido a la necesaria abstracción que reclama su formulación. Contra una ciencia jurídica de corte conceptualista, ya desde Rudolph von Ihering se ha propuesto un acercamiento pragmático al fenómeno jurídico que atiende a los intereses en juego. Como decía este último autor, no existe ninguna norma jurídica que no responda a un motivo práctico, lo que reclama atender a las necesidades sociales o económicas que las explican. Llevada a la materia que aquí interesa, esta aproximación exige indagar en la función que desempeña la posesión dentro del ordenamiento.

Para el *CC* chileno, la función social y la función jurídica de la posesión parecen ser diversas. La primera designa el ejercicio por parte de un sujeto del poder físico sobre una cosa, para usar y gozar de ella con exclusión de otros, sin que importe demasiado el fundamento que se esgrime para ese comportamiento. Sobre la segunda cabe decir que se trata de un concepto normativo que, como también sucede en el derecho comparado, muestra ser polisémico¹². La posesión designa diversas situaciones no demasiado homogéneas, que permiten demandar una cierta protección y que se benefician de unos determinados efectos jurídicos¹³. De esto se sigue que sus tres principales efectos sean la tutela judicial, la función legitimadora y el hecho de servir como presupuesto a la prescripción adquisitiva. Sin embargo, ellos no se encuentran en un plano de igualdad, sino que hay un efecto primario y dos que son consecuencias o derivaciones de este. Ese efecto primario es el que configura la posesión desde el punto de vista jurídico, asignándole su función característica dentro del régimen de las cosas.

Para el sistema diseñado por Andrés Bello, la función primordial de la posesión es la legitimación. Esto significa que la regulación que se hace de ella está destinada a fijar las condiciones necesarias para que un sujeto pueda presentarse frente a otros como titular de un derecho y ejercitarlo, invirtiendo la prueba sobre su efectiva existencia (art. 702 II del *CC*). De esta manera, la tutela judicial, que en el derecho chileno no queda limitada solo a los bienes raíces (art. 916 del *CC*) por haberse conservado la acción publiciana (art. 894 del *CC*), y la posibilidad de adquirir el respectivo derecho por prescripción (arts. 2493 y 2498 del *CC*), son efectos asociados a esa posición ostensible que

¹¹ La expresión proviene de Rudolph von Ihering (1818-1892), quien la utiliza en su obra *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* (Bromas y veras en la ciencia jurídica), publicada por primera vez en 1884.

¹² VON BAR (2019), p. 715.

¹³ DIEZ-PICAZO (2008), p. 624.

concede a una persona el control económico sobre una cosa y que le permite ejercer respecto de ella ciertas actividades materiales características (arts. 702 IV y 925 del *CC*)¹⁴. Detrás subyace la necesidad de garantizar la conservación de la autoridad del ordenamiento jurídico, rebajando el estándar probatorio y permitiendo la consolidación de situaciones aparentes¹⁵.

La codificación impuso un cambio significativo respecto de la comprensión de la legitimidad de ese poder físico sobre una cosa¹⁶. La razón provino de la nueva ordenación del sistema jurídico, ya no basado en la idea de posiciones justas, sino en la titularidad de derechos subjetivos (arts. 565, 576, 577 y 578 del *CC*). De ahí que la posesión haya dejado de ser una situación meramente material sobre una cosa, para reflejar la dimensión sensible de las prerrogativas o facultades que el ordenamiento reconoce a una persona. Esta contraposición queda reflejada en las teorías de Friedrich Karl von Savigny y Rudolf von Ihering, que no se explican solo por la preponderancia que confieren al elemento subjetivo u objetivo de la posesión: ellas son consecuencia de dos modos distintos de concebir el derecho, en un caso con énfasis en la realidad y en otro en una construcción dogmática, abstracta y conceptual¹⁷.

La codificación prestó un servicio crucial a las ideas del naciente capitalismo, que confiere a la propiedad un sentido puramente economicista y desligado de sus fundamentos antropológicos¹⁸. De igual manera, la posesión dejó de reflejar la tenencia física sobre una cosa para usarla y excluir a otros, que resulta posible, incluso, fuera del ámbito humano (como sucede con un perro y su hueso), para designar en adelante la proyección hacia el mundo de una titularidad que se tiene o se cree tener respecto de una de aquellas realidades que el derecho concibe como cosas (art. 565 del *CC*). De esto se sigue que ella no es “una realidad directamente aprehensible”¹⁹, dado que no puede ser explicada mediante un juicio fenomenológico, sino que requiere de ciertos parámetros normativos al igual que sucede con la propiedad o con el resto de las titularidades configuradas por detracción a su imagen y semejanza. Por consiguiente, la posesión adquiere sentido a partir de las reglas que el *CC* le dispensa, sin que se pueda concebir una “posesión en sí”, basada en el solo hecho de poseer, puesto que ella queda indisolublemente ligada al diseño de la propiedad²⁰ y esta expresa “una cierta relación normativa entre un individuo y los restantes”²¹. Esto significa que no cabe reconocer una posesión que sea

¹⁴ D'ORS (1998), p. 25.

¹⁵ VON BAR (2019), p. 715.

¹⁶ MARTÍNEZ-PÉREZ (2020) hace una interesante demostración de la manera en que se plasmó este propósito.

¹⁷ HERNÁNDEZ (1969), pp. 14-33 ofrece una síntesis de ambas teorías.

¹⁸ ALVEAR (2020), p. 122.

¹⁹ HERNÁNDEZ (1969), p. 12.

²⁰ ANSCOMBE (2015) enseña que los hechos solo son tales dentro de un determinado contexto institucional.

²¹ NINO (1980), p. 210.

autónoma de un derecho o se encuentre desligada de un título que la justifique: ella siempre refleja una titularidad y reclama un fundamento jurídico que la explique²². La indiferencia sobre el fundamento a la que antes se ha aludido solo se refiere al hecho de que para el *Código* no resulta relevante que la posesión corresponda al dueño o al que se da por tal (art. 700 del *CC*), porque esa es una discusión jurídica que requiere examinar los títulos que han permitido acceder a ella.

Si esto es verdad, el concepto genérico de posesión no puede ser el que proporciona el art. 700 del *CC*, porque este remite a una situación fáctica de configuración paralela al ámbito de la normatividad²³. Ahí lo que importa es la relación física con una cosa (su tenencia) de acuerdo con el modo en que una persona se comporta a su respecto (el ánimo de señor o dueño). La búsqueda de un concepto genérico de posesión no resulta estéril gracias al Mensaje que precede al *CC*, donde ella viene caracterizada como la investidura real o aparente de un derecho (§ 24)²⁴. Esta formulación quiere expresar que tal es el signo, imagen o visibilidad puramente exterior de un derecho, con el cual se hace ostensible a otros una apariencia de poder sobre las cosas del mundo exterior²⁵. Esto explica que la posesión pueda corresponder por igual al titular efectivo o al que se da por tal, y que ella pueda ser ejercida por este o por un tercero que se aprovecha de la cosa en lugar y a nombre de aquel, pues el elemento central es el aprovechamiento económico, sin importar quién se apropie de manera inmediata de esos beneficios. Si la clave de la propiedad es el poder de excluir²⁶, también debe serlo de la posesión que viene configurada como el reflejo material (investidura) de un derecho, de suerte que ella reclama para sí un fundamento jurídico que la justifique y permita la exclusión de otros.

Por eso, todo el que reconoce dominio ajeno sobre una cosa no es poseedor de ella, sino mero tenedor (art. 714 del *CC*). La razón es que carece de la posibilidad de excluir, porque admite que la titularidad plena corresponde a otro²⁷. El adjetivo ‘mera’ con que se califica esta situación jurídica respecto de una cosa refleja que en ella no importa más que la dimensión puramente física, pues el grado de aprovechamiento de la cosa puede ser muy diverso, como se desprende de los ejemplos que brinda el art. 714 del *CC*, donde se mencionan por igual situaciones que suponen la existencia de un derecho real (prenda, usufructo, uso, habitación) o de un derecho personal (secuestro). Este carácter hace que el título no sea un elemento relevante, porque la nota jurídica está dada por el reconocimiento de la titularidad ajena. De ahí que pueda existir un supuesto de tenencia que se reputa “precaria”, porque ella no

²² ALCALDE (2019b), pp. 890-907.

²³ ATRIA (2019), pp. 55-140.

²⁴ GUZMÁN (1995), p. 157 reconoce que el art. 700 del *CC* no contiene un concepto comprensivo de posesión, pero señala que “una definición genérica tampoco se encuentra en otro lugar”.

²⁵ JORDANO (1986), p. 1038.

²⁶ BULLARD (2018), pp. 70-72.

²⁷ MERY (1956), p. 106.

procede de un título (“sin contrato previo”) y solo depende de la ignorancia o mera tolerancia del dueño respecto de la situación de la cosa que le pertenece (art. 2195 II del *CC*)²⁸.

Pero más importante todavía, el concepto genérico de posesión que da el Mensaje permite articular de una manera coherente los distintos tipos de posesión que regula el *Código*, y también aquellos de los que tratan otras leyes especiales, los cuales aportan sus diferencias específicas.

El *CC* particulariza el concepto de posesión para tres situaciones diversas. La primera se refiere a las cosas corporales muebles, donde ella representa la tenencia acompañada del ánimo de señor y dueño (art. 700 del *CC*). La segunda aplicación es aquella relativa a los inmuebles, donde el concepto normativo se funde de manera inexorable con la existencia de la inscripción conservatoria (arts. 696, 724 y 728 del *CC*)²⁹. El tercer y último caso atañe a las cosas incorporales (art. 715 del *CC*), que resulta menos amplio que la formulación que se emplea para establecerlo porque solo alcanza a los derechos reales.

De la posesión sobre las cosas corporales muebles no hay mucho que agregar: ella consiste en tener una cosa y conducirse respecto de ella como señor y dueño (art. 700 del *CC*). El único aspecto relevante, y quizá no suficientemente considerado, es la aplicación que a su respecto tiene la regla según la cual “la posesión equivale a título”, que resulta implícita en el sistema del *CC*³⁰.

Respecto de los bienes raíces, el concepto de posesión del art. 700 del *CC* no resulta aplicable. La razón es de índole histórica y proviene de los cambios introducidos por la Comisión Revisora al sistema posesorio del Proyecto de 1853, el cual no hacía obligatoria la inscripción conservatoria como mecanismo para transferir el dominio de un inmueble (art. 826) y preveía dos clases de tradición, una dominical (art. 806) y otra puramente posesoria (art. 841). Desde el Proyecto Inédito, dicha Comisión hizo obligatoria la inscripción en el Conservador respectivo como medio de efectuar la tradición de un bien raíz (art. 686 del *CC*), la cual tiene un carácter constitutivo, vale decir, la titularidad se radica en el adquirente por efecto del respectivo asiento registral, el cual confiere, además, la posesión efectiva sobre ese inmueble (arts. 696, 724 y 728 del *CC*)³¹. Por su parte, la tradición quedó configurada como un modo de adquirir el dominio (art. 670 del *CC*), de suerte que es un requisito esencial que el transferente sea dueño (art. 682 del *CC*); cuando no lo es, solo se transfieren por ella los derechos que tenía el transferente (art. 682 del *CC*), pudiendo el adquirente ganar el dominio de la cosa por prescripción, en los casos y del modo que las leyes señalan (art. 683 del *CC*)³². El régimen diseña-

²⁸ ALCALDE (2015), pp. 247-250 y ALCALDE (2016b), pp. 290-296.

²⁹ GONZÁLEZ (2009), pp. 121-122, explica al respecto: “La técnica moderna concede a la inscripción, respecto de los inmuebles, las mismas funciones legitimadores que a la posesión corresponde en orden a los muebles”.

³⁰ ALCALDE (2019b), pp. 908-910.

³¹ ALCALDE (2019a), pp. 37-51.

³² SCHIELE (2019), pp. 95-97.

do por el *Código* tuvo como consecuencia que la inscripción conservatoria no comporta solo la prueba de la posesión, sino, también, del dominio sobre el respectivo bien, aunque el sistema sigue siendo causado³³. Esto significa que la inscripción no se independiza o aísla del título de la que procede, de suerte que la nulidad o ineficacia del título afecta dicha inscripción.

Las explicaciones usuales distinguen entre inmuebles no inscritos e inscritos cuando tratan sobre la adquisición, conservación y pérdida de la posesión³⁴. La verdad es que esta división alude a una situación de difícil ocurrencia. El *CC* no obligó a inmatricular de inmediato todos los bienes raíces existentes en el país, pero asumió que era cuestión de tiempo para que eso ocurriese porque tanto la transferencia como la transmisión de dichos bienes quedaron vinculadas a una inscripción conservatoria (arts. 686 y 688)³⁵. Aunque de manera facultativa, el RRCBR permitió que los títulos de fecha anterior a su vigencia pudiesen ser igualmente inscritos mediante la presentación del título respectivo, si lo hubiere o, bien, conforme al procedimiento general de primera inscripción (art. 101). Para que un inmueble haya quedado desde 1859 fuera del Registro³⁶, es necesario que nunca hubiese sido adquirido por alguien, sea por acto entre vivos o por causa de muerte, lo que es casi imposible de concebir. Porque si el bien no pertenecía a nadie, el art. 590 del *CC* dispuso de manera residual que su propiedad correspondía al fisco, y estos bienes deben también ser inscritos en el Conservador de Bienes Raíces que corresponda (art. 11 del DL 1939/1977). De ahí que el procedimiento de inmatriculación (arts. 693 del *CC* y 58 RRCBR) requiera previo informe favorable del Ministerio de Bienes Nacionales (art. 10 del DL 1939/1977), dado que el inmueble que se quiere registrar es presumiblemente estatal. Esto significa que, en materia inmobiliaria, la posesión es necesariamente registral (arts. 696 y 724 del *CC*), y que las reglas sobre inmuebles inscritos eran una suerte de derecho transitorio mientras esos bienes iban ingresando de manera paulatina al Registro.

La posesión de las cosas incorporales refiere un aprovechamiento de hecho coincidente con el ejercicio del contenido típico de los derechos reales distinto del dominio, que cobra importancia cuando proviene de una titularidad aparente (por ejemplo, cuando el arrendatario de una cosa mueble la da en usufructo a un tercero o el de un predio constituye sobre él una servidumbre)³⁷. Este supuesto no resulta aplicable a los derechos personales, porque ellos no se ejercen directamente sobre una cosa (art. 578 del *CC*) y requieren el concurso

³³ ALCALDE (2020a), pp. 260-261.

³⁴ Véase, por ejemplo, PEÑAILILLO (2019), pp. 1002-1024.

³⁵ Mensaje del *Código Civil*, § 21.

³⁶ El art. 102 RRCBR señala que, una vez preparados los respectivos oficios conservatorios y hechos los nombramientos de rigor, se determinaría la fecha en que dicho Reglamento comenzaría a regir. Por DS de 28 de agosto de 1858, se dispuso que la vigencia del sistema registral inmobiliario comenzaría el 1 de enero de 1859. Cfr. ZÁRATE (2019), pp. 470-471. Entre el 1º de enero de 1857 y esa fecha, la tradición se hizo de acuerdo con el procedimiento señalado en el art. 697 del *CC*.

³⁷ GUZMÁN (1995), pp. 158 y 161.

de una persona (arts. 1567 y 1572 del *CC*). Entre las referencias que parecen admitir un concepto amplio de posesión sobre las cosas incorporales (arts. 715, 1907, 1576 II y 2546 III del *CC*), la regla más categórica es el art. 1576 del *CC*. Sin embargo, ella se refiere a una situación que se explica por el mecanismo de cesión de créditos previsto en el *Código*, que distingue entre los efectos internos (entre cedente y cesionario) y externos (entre el cesionario y el deudor cedido y terceros). Mientras la tradición del crédito se consuma por la entrega del título (arts. 699 y 1901 del *CC*), la oponibilidad respecto de terceros requiere que la cesión haya sido notificada o aceptada por el deudor (art. 1902 del *CC*), puesto que este no es parte del negocio traslativo y permanece obligado hacia el cedente, incluso por intermedio del embargo de sus acreedores (art. 1905 del *CC*). Sin embargo, para el *Código* hay aceptación cuando interviene cualquier “hecho que la suponga”, entre los que se encuentra el pago (art. 1904 del *CC*). De esto se sigue que el deudor paga (y lo hace válidamente) cuando cumple con la obligación respecto de quien tiene el título de la deuda en su poder, con la sola condición de que lo haga con la creencia de que la cesión ha estado exenta de vicio o fraude. En rigor, entonces, los únicos casos donde resulta posible una posesión de derechos personales son el referido a los títulos de créditos y en la herencia, pero en ambos se trata de una cuestión que refleja porque se posee el documento físico o la universidad jurídica³⁸.

Fuera del *CC* hay dos supuestos que resultan de interés: el concepto de posesión material y aquella que se predica de los valores desmaterializados.

La posesión material se refiere a aquellos casos donde una persona se conduce respecto de un bien raíz como señor o dueño, pero sin que exista la correspondiente inscripción conservatoria que justifique la titularidad que dice tener. Esta posesión admite la clasificación de útil o inútil, vale decir, puede o no conducir a la adquisición efectiva de la cosa por prescripción (por ejemplo, arts. 7° del DL 1939/1977 y 13 de la Ley n.º 19253)³⁹. El caso más conocido donde se recoge esta categoría se encuentra en el sistema de saneamiento de la pequeña propiedad raíz (DL 2695/1979), aunque el ordenamiento contempla también otros regímenes de regularización territorial⁴⁰. Como fuere, el régimen de saneamiento no contradice el modelo posesorio del *CC*, sino que lo confirma: el objetivo es que el poseedor cuente con un título que le permita ingresar al Registro y adquirir por prescripción adquisitiva (art. 15 del DL 2695/1979)⁴¹.

Queda considerar la posesión sobre los valores desmaterializados. Está aceptado que no cabe la restitución de los derechos personales, porque ellos no admiten posesión⁴². En el caso de los títulos de crédito, y con independencia de su causa, el extravío da lugar a un procedimiento especial destinado a que

³⁸ GUZMÁN (1995), pp. 165-166.

³⁹ ALCALDE (2020b).

⁴⁰ Véase GÓMEZ (2019), pp. 295-330.

⁴¹ ALCALDE (2016a), pp. 257-259.

⁴² PEÑAILILLO (2019), pp. 1394-1395.

se declare ese hecho y se autorice al portador para ejercer los derechos que le correspondan en su calidad de tal (arts. 88 y 121 de la Ley n.º 18092 y 27 del DFL 707/1982, del Ministerio de Justicia). Para los valores anotados en cuenta, y dado el reconocimiento de la titularidad contable (art. 5º de la Ley n.º 18876), Guillermo Caballero admite la existencia de una acción rectificatoria, “sólo lejanamente emparentada con la acción reivindicatoria clásica”, cuyo objetivo es que el tribunal reconozca a favor del demandante esa titularidad (sea plena o limitada) sobre unos valores, ordenando a la entidad privada de depósito y custodia de valores que efectúe el abono, adeudo, bloqueo o desbloqueo en una cuenta de valores del demandado⁴³. Sin embargo, esta acción tiene un campo de aplicación harto limitado, correspondiendo por regla general al ex-titular contable solo una acción de enriquecimiento injustificado destinada a conseguir, hasta donde sea posible, una restitución en especie⁴⁴. En realidad, el titular de los valores anotados obtiene protección como titular de un crédito, y no a través de la posesión⁴⁵: ella solo puede darse de modo reflejo respecto de los créditos documentados, por la existencia de un soporte físico donde consta la deuda y que justifica la legitimación del portador⁴⁶.

2. La función que desempeñan las acciones posesorias ordinarias

260

El concepto de posesión inmobiliaria que se ha desarrollado en el apartado anterior incide sobre el modo en que esa posesión se protege. El título XIII del libro II del *CC* regula tres acciones posesorias generales u ordinarias, en oposición a aquellas especiales de las que trata el título siguiente. Se trata de las querellas de amparo, de restitución y de restablecimiento (arts. 916, 921 y 928 del *CC*). La última de ellas no resulta relevante para el caso que aquí se comenta, porque implica un despojo violento (arts. 928 del *CC* y 549, n.º 3º del *CPC*). Los aspectos procesales de estas acciones vienen regulados en el *CPC* (libro III, título IV, 1 y 2).

En el caso relatado, la querella posesoria ejercida fue la de restitución y tanto el tribunal de primera instancia como la Corte Suprema accedieron a ella, siguiendo así la que ha sido la tendencia jurisprudencial⁴⁷. Dicha acción tiene por objetivo la restitución de la posesión de la que una persona ha sido injustamente privada (arts. 916, 920 II y 926 del *CC* y 549, n.º 1º del *CPC*). Su procedencia requiere que el poseedor haya sido despojado total o parcialmente de la cosa en que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida por un año completo, pudiendo sumar la posesión de sus antecesores (arts. 918 y 921

⁴³ CABALLERO (2016), pp. 143-144.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 144-145.

⁴⁵ GUZMÁN y GUERRERO (2019), p. 87.

⁴⁶ PUGA (2018), pp. 161-162.

⁴⁷ AEDO (2020), pp. 41-46.

del *CC* y 551, n.º. 1º del *CPC*), siempre que la acción se ejerza dentro del año siguiente contado desde que ha ocurrido dicha pérdida (art. 920 del *CC*). El demandante debe indicar clara y precisamente los actos mediante los cuales se materializó el despojo (art. 551 VI del *CPC*). El problema estriba en que la pérdida de la posesión de un inmueble inscrito es un concepto técnico (art. 20 del *CC*) y solo se produce cuando se ha cancelado el respectivo asiento registral (art. 728 del *CC*). De esto se sigue que, en una situación como la que aquí se considera, no existió pérdida de la posesión, porque la demandante no vio afectada su inscripción⁴⁸.

La clave para comprender el modo en que el *CC* regula las querellas posesorias de amparo y restitución se encuentra en el sugerente trabajo de Mónica Jara, donde analiza cuál es el sentido del art. 925 del *CC*⁴⁹. A su juicio, dicha norma se conecta con la querrela de amparo, de suerte que los actos de molestia o embarazo que se deben remover para conservar la posesión sobre un inmueble (arts. 916 y 920 del *CC* y 549, n.º 1º del *CPC*) son aquellos que implican aprovecharse de las ventajas materiales del suelo, sin el consentimiento del que reclama la tutela posesoria⁵⁰. Esto proviene del particular conflicto que se busca solucionar mediante esa acción, detrás de la cual hay una controversia relacionada con quién es el verdadero poseedor: el que de manera real o aparente lo es o quien se conduce como si lo fuera. Este conflicto tiene un carácter fáctico, porque es posesorio y no dominical (art. 923 del *CC*)⁵¹. Eso significa que la controversia se produce entre un poseedor inscrito y otro que se comporta como tal sin serlo, y que la manera de resolverla sea dar preferencia al poseedor inscrito (art. 924 del *CC*), siempre que se haya constatado la existencia de la molestia o embarazo material que alega haber sufrido (arts. 925 del *CC* y 551, n.º 2º del *CPC*)⁵². En otras palabras, los arts. 924 y 925 del *CC*

⁴⁸ VODANOVIC (2011), p. 330, por el contrario, señala: “el despojo consiste en privar al poseedor de la posesión de la cosa o en impedirle el ejercicio del derecho que posee”.

⁴⁹ JARA (2016).

⁵⁰ Algo parecido ocurre con la acción de amparo judicial, que corresponde al titular de un derecho que estima está siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas por obras o hechos recientes (art. 181 del *Código de Aguas*). El afectado debe señalar en su solicitud cuáles son los entorpecimientos que le impiden el ejercicio de su derecho y qué medidas solicita para poner fin inmediato a ese entorpecimiento (art. 182, n.º 2º y 5º del *Código de Aguas*).

⁵¹ Esto no impide que se puedan presentar títulos de dominio para comprobar la posesión, siempre que su existencia se pueda probar sumariamente y no se discutan sus eventuales vicios (art. 923 II del *CC*). ZÁRATE (2019), p. 266, señala que esta regla es obvia: “la posesión es una consecuencia del dominio, de suerte que, acreditado éste, queda demostrada en principio aquella”.

⁵² La duración de la inscripción conservatoria que exige el art. 924 del *CC* no permite concluir que sea posible que haya habido previamente una posesión material por parte de la misma persona que sea relevante para el conflicto interdictal. La razón estriba en que si hubo inscripción es desde ese momento que se cuenta la posesión efectiva del bien respecto del titular (arts. 696 y 724 del *CC*), lo que significa que el tiempo anterior se vuelve irrelevante. La agregación de posesiones que permite el art. 717 del *CC* solo opera cuando hay un antecesor y un sucesor, queriéndose este último beneficiarse del tiempo del primero. Pero ella no procede cuando se trata de la misma persona, que ha poseído bajo regímenes diversos (el de posesión material y el de posesión inscrita); en ese caso solo cuenta el tiempo de la posesión inscrita, que sepulta la

contienen estándares probatorios que se aplican conjuntamente, porque aluden a situaciones diversas: una atañe a la situación legitimante del poseedor que reclama amparo (art. 924 del *CC*) y otra a la perturbación cuya remoción se solicita al tribunal (art. 925 del *CC*)⁵³. No existe antinomia entre ambas normas, porque ellas no suponen una aplicación excluyente.

Así pues, el art. 924 del *CC* solo procede respecto de los inmuebles inscritos: ellos se prueban por la respectiva inscripción conservatoria, porque no existe posesión efectiva mientras aquella no se ha practicado (arts. 696 y 724 del *CC*). El hecho de que la inscripción que ha durado un año completo no admite prueba en contrario proviene de la exigencia del art. 918 del *CC*, que requiere una posesión tranquila y no interrumpida por al menos ese lapso para instaurar la respectiva acción posesoria. En otras palabras, el mentado art. 924 del *CC* señala que, cuando la inscripción ha durado por todo el tiempo que el poseedor debe reunir para demandar, no se requiere más prueba que la copia de la correspondiente inscripción conservatoria (art. 1700 del *CC*). Por su parte, los inmuebles no inscritos no parecen estar protegidos por esta acción posesoria, puesto que su apoderamiento (arts. 726 y 729 del *CC*) supone que el adquirente se convierte en poseedor violento (arts. 710 y 711 del *CC*), y tal calidad es incompatible con la exigencia de una posesión pacífica requerida por el art. 918 del *CC* para instaurar una querrela posesoria. De ahí que el *Código* no haya juzgado oportuno dedicar una regla sobre el modo de probar esa posesión.

El art. 925 del *CC* señala el modo en que se debe acreditar la turbación o embarazo sufrido por el poseedor: tal existe cuando se ejecutan actos positivos de aquellos a los que solo da derecho el dominio, que han sido ejecutados sin el consentimiento del verdadero poseedor. La razón de esta segunda exigencia probatoria proviene de que la carga de la prueba sobre este punto recae también sobre el querellante, el cual debe acreditar la situación que afecta la conservación de su posesión (arts. 1698 del *CC* y 551, n.º 2º del *CPC*).

Distinto es lo que sucede con la querrela de restitución (art. 926 del *CC*), dado que ella se dirige contra cualquiera que tenga la cosa y cuya posesión se derive del usurpador (art. 927 del *CC*). Ahí la afectación incide sobre la propia investidura del derecho sobre el inmueble, puesto que se busca que este sea restituido al poseedor que ha perdido la posesión por un acto de despojo (arts. 921 y 926 del *CC* y 551 v del *CPC*). La querrela de restitución sí puede ser ejercida por el poseedor de un bien raíz no inscrito que ha perdido la posesión sobre dicho inmueble (arts. 729 y 731 del *CC*). Es más, cabe concluir que esa es la forma de recuperar legalmente la posesión a la que se refiere el

precedente. De esto se sigue que la frase final del art. 924 del *CC* parece ser un colorario o una manera de refrendar lo dicho en la primera parte de la norma: la posesión de los bienes raíces se prueba mediante la inscripción, sin que se admita prueba en contrario porque ella garantiza la subsistencia de la posesión (art. 728 del *CC*).

⁵³ El art. 924 del *CC* solo aparece en el Proyecto Inédito (art. 1076), donde se modifica la redacción del texto proveniente del Proyecto de 1853 (art. 1075) que acabó recogido en el art. 925 del *CC* (art. 1077 del Proyecto Inédito).

art. 731 del *CC*⁵⁴. Por el contrario, con el sistema inmobiliario del *CC*, cuesta concebir que esta querrela posesoria se pueda intentar tratándose de inmuebles inscritos, puesto que la posesión no se pierde mientras subsista la inscripción conservatoria a nombre del poseedor (art. 728 del *CC*): solo puede afectarse la dimensión material de dicha posesión, pero eso requiere de una tutela judicial destinada a su conservación y ella también existe (art. 549, n.º 1º del *CPC*).

La lectura que aquí se hace viene confrontada por la Corte Suprema en la sentencia que se comenta. En su cons. 6º, y con referencia a una sentencia anterior⁵⁵, la Corte señala:

“una concepción tan estricta de esta norma –instituida a propósito de la adquisición de la posesión de los bienes raíces– contraría la intención de la protección posesoria consagrada por el legislador, en cuanto importa privar al poseedor inscrito que pierde la tenencia material del bien raíz del derecho que le otorga el artículo 921 [*CC*], para defender su posesión y pedir, sea que no se turbe o embarace su ejercicio, sea que no se le despoje de ella”.

En verdad, la desprotección que arguye la Corte no ocurre porque en paralelo el *CC* ha reconocido al poseedor la querrela de amparo (art. 916), la cual busca que cese la turbación o embarazo en su posesión que sufre el querellante (art. 917) con el fin de que dicha posesión sea conservada (art. 549, n.º 1º del *CPC*). Todos los actos que afectan la dimensión material de la posesión de un inmueble inscrito son susceptibles de ser reconducidos a estas dos categorías de perturbaciones⁵⁶, a menos que suponga labores de construcción que afecten el inmueble (arts. 930 y 931 del *CC*). En este último caso, el poseedor afectado goza de una querrela posesoria especial para impedir esa obra nueva (art. 549, n.º 4º del *CPC*).

En suma, en el caso que aquí se ha comentado no era procedente la querrela de restitución porque la demandante nunca perdió la posesión sobre el pasaje poseído en común con sus vecinos. Solo se vio afectada la dimensión material de esa posesión, que supone la posibilidad de transitar por el referido pasaje. En teoría, la acción posesoria que correspondía era la querrela de amparo, aunque en la especie ella no podría haber prosperado, por tratarse de una turbación o embarazo ocurrida diez años antes de que la demandante se convirtiera en poseedora y por existir una acción especial con ese fin: la denuncia de obra nueva. Sin embargo, ella tampoco era procedente en la especie por la antigüedad que tenía el cierre efectuado en el ingreso del pasaje. De esto se sigue que la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago contenida en el fallo de segunda instancia, anulado por la sentencia de casación, era correcta y ajustada al régimen de la propiedad inmobiliaria que contiene el *CC*.

⁵⁴ Esta regla aparece por primera vez en el Proyecto Inédito (art. 875a).

⁵⁵ SCS, 25 de junio de 2013, rol n.º 7116-2012.

⁵⁶ VODANOVIC (2011), pp. 327-330.

Pero había una razón adicional para el rechazo de la querrela de restitución y que sí fue sostenida por los demandados. Se trata de la falta de legitimación activa por parte de la querellante, dado que el bien cuya posesión pedía le fuese restituida era común entre todos los vecinos que tenían sus propiedades colindantes con el pasaje. La doctrina y la jurisprudencia niegan que sea posible el ejercicio de una acción posesoria entre comuneros⁵⁷. En la sentencia de 23 de marzo de 2021 aquí comentada, la Corte Suprema admite que una pretensión semejante puede prosperar (cons. 7º)⁵⁸. Dicha conclusión solo parece posible tratándose de una querrela de amparo, cuando la tutela judicial proviene de la existencia de una turbación o embarazo de la posesión que sufre uno de los comuneros por parte de otro, pero no en el caso de la querrela de restitución que implica devolver en exclusiva la posesión de la cual ha sido despojado el demandante. Aun así, resulta discutible la aceptación del supuesto. De cualquier forma, esto no significa que el comunero quede en la indefensión cuando ha sido privado total o parcialmente del uso y goce de la cosa en común por los otros, puesto que puede entablar en contra de ellos la acción personal proveniente del cuasicontrato de comunidad para hacer respetar su derecho (art. 2305 del *CC*)⁵⁹. Aquí, además, la demandante contaba con la acción emanada de la servidumbre de tránsito existente sobre el pasaje (art. 680, n.º 2º del *CPC*), que los demás vecinos le estaban impidiendo ejercer.

CONCLUSIONES

El caso que se ha comentado sigue la tendencia jurisprudencial que se ha ido consolidando y que acepta que la querrela de restitución procede también cuando el demandante ha sido privado de la tenencia material del bien raíz que posee. Aunque el sentido de esta dilatación se explica por un deseo de conceder una efectiva protección al poseedor afectado, esto no quita que el sistema inmobiliario se resienta con una interpretación que rebaja la función legitimadora que se asigna a la inscripción conservatoria. La razón proviene de que no es necesario acudir a un expediente semejante cuando la acción de amparo está destinada a conservar la posesión frente a las turbaciones o

⁵⁷ Véase, por ejemplo, PEÑAILILLO (2019), pp. 1493-1494 y VODANOVIC (2011), pp. 334-335.

⁵⁸ En dicho considerando se cita la opinión de Daniel Peñailillo, que señala que, en el caso de las acciones posesorias entre comuneros, “la discordia de fondo consiste en determinar si un comunero puede, mediante ciertas actitudes y circunstancias, llegar a erigirse en poseedor exclusivo”, PEÑAILILLO (2019), p. 1493. La Corte Suprema niega que esto hubiese ocurrido en la especie, lo cual es cierto. Pero esto no significa que la procedencia de la acción posesoria debe ser aceptada, y el argumento doctrinal esgrimido no apunta en ese sentido. Daniel Peñailillo solo menciona el problema medular para concluir que, si se permitiese instaurar tales acciones, también habría que permitir la prescripción entre comuneros porque hay posesión y ella sirve de causa legitimadora. Casi enseguida, este autor refiere que la opinión mayoritaria de la jurisprudencia es negar la procedencia de las querrelas posesorias en este ámbito, PEÑAILILLO (2019), p. 1494.

⁵⁹ VODANOVIC (2011), p. 334.

embarazos que la afecten. Todo aquello que incide sobre la dimensión material de la posesión cabe dentro de esta clase de perturbaciones, sin contar con las acciones posesorias especiales que tienen un campo propio de aplicación (por ejemplo, la denuncia de obra nueva).

Como fuere, en la especie la querrela posesoria ejercida no podía prosperar porque el bien raíz afectado era poseído en comunidad y sobre él existía una servidumbre de tránsito. De este modo, la acción posesoria no resultaba procedente porque ambas situaciones excluyen esa vía judicial. Además, el hecho que se denunciaba como la causa del despojo posesorio había ocurrido una década antes de que la demandante adquiriese la posesión efectiva del inmueble a cuyo beneficio cedía la servidumbre de tránsito existente sobre el pasaje cuyo acceso había sido cerrado mediante una puerta peatonal y un portón para el ingreso de vehículos. El mismo obstáculo temporal impedía acoger una querrela de obra nueva, de suerte que la parte afectada debía buscar protección a través de aquello que el art. 950 del *CC* llama la “vía ordinaria”. Ella es la acción que menciona el art. 680 n.º 2º del *CPC* y que se ejerce en juicio sumario. Quedan a salvo también las acciones personales derivadas del cuasicontrato de comunidad existente entre los vecinos colindantes sobre el pasaje.

El caso analizado permite reflexionar sobre el concepto de posesión que subyace en el *CC*, cuyo concepto genérico parece encontrarse en el Mensaje que lo precede. La reconstrucción del régimen de la propiedad inmobiliaria debe considerar el cambio de criterio que adoptó la Comisión Revisora respecto del Proyecto de 1853 y que se evidencia desde el Proyecto Inédito. En él se introdujo una serie de normas que deben encajarse de manera correcta para dar unidad y coherencia al referido régimen. Entre ellas se cuentan los ajustes hechos a las reglas probatorias dispuestas a propósito de las acciones posesorias. La lectura que aquí se ha hecho pretende servir de insumo a la discusión sobre la materia, que ya ha comenzado a ser abordada por algunos autores (en especial, Fernando Atria, Arturo Ibáñez y Esteban Pereira).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEDO BARRENA, Cristián (2020). “Las querellas de amparo y restitución y el problema de la posesión en el sistema registral chileno”, en Rodrigo FUENTES GUÍNEZ y Valeska OPAZO DE LA FUENTE (eds.). *El derecho de propiedad: estudios públicos y privados*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2015). “Las diversas acciones de restitución a favor del propietario de un bien raíz. La improcedencia de solicitar el lanzamiento a través de un juicio arbitral cuando han prescrito las acciones emanadas de la sentencia que condenó a la restitución del inmueble arrendado. La denuncia del litigio como medida protectora de los subarrendatarios. La aplicación de los artículos 915 y 2195 II CC como supuestos diferenciados de restitución. Tribunal arbitral (árbitro arbitrador Claudio Illanes Ríos), sentencia de 18 de junio de 2013, rol

- CAM núm. 1572-2012, cumplida mediante exhorto ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, rol núm. E-42-2014”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016a). “El saneamiento de la pequeña propiedad raíz. El sistema posesorio del Código Civil y el especial previsto por el DL 2695/1979. La interrupción civil de la prescripción. Momento a partir del cual se debe considerar que se ha producido el efecto interruptor de ‘todo recurso judicial’. La notificación de la demanda como exigencia histórica y sistemática para que el dueño puede beneficiarse de dicha interrupción. Corte Suprema, sentencia de 31 de mayo de 2016 (rol núm. 6900-2015)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 27. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2016b). “Los supuestos de tenencia reconocidos por el derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslativo de dominio. La sociedad conyugal como título de tenencia suficiente para enervar una acción de precario ejercida por un tercero. La oponibilidad de la sociedad conyugal a terceros por parte de la mujer. El precario entre cónyuges. La legitimación activa de la acción de precario, especialmente cuando es ejercida por un usufructuario. La tutela del usufructuario. Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2015 (rol núm. 31.925-2014)”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 26. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2019a). “Notas para una relectura del sistema de propiedad raíz en el Derecho chileno”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO (ed.). *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2019b). “Notas sobre la prescripción adquisitiva extraordinaria”, en Manuel BARRÍA PAREDES, José Luis DIEZ SCHWERTER, Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, Rodrigo MOMBORG URIBE, Gonzalo MONTORY BARRIGA y Álvaro VIDAL OLIVARES (dirs. y coords.). *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2020a). “La individualización del bien raíz que se reivindica y el señalamiento registral de sus linderos. Corte Suprema, sentencia de 13 de agosto de 2020, rol núm. 5837-2019, Westlaw CL/UR/76099/2020”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 35. Santiago.
- ALCALDE SILVA, Jaime (2020b). “La situación de los bienes raíces fronterizos según el Decreto Ley 1939/1977”. *Revista Fojas*. Disponible en http://fojas.conservadores.cl/novedades_conservadores/la-situacion-los-bienes-raices-fronterizos-segun-decreto-ley-19391977 [fecha de consulta: 15 de abril de 2021].
- ANSCOMBE, Elizabeth (2015): “Sobre hechos brutos”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. 28, n.º 2. Valdivia.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2020). *Drama del hombre, silencio de Dios y crisis de la historia. La filosofía antimoderna de Rafael Gambra*. Madrid: Editorial Dykinson.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2019). “La posesión y la emergencia de la normatividad”, en Esteban PEREIRA FREDES (ed.). *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno*. Santiago: Rubicón Editores.
- BARROS BOURIE, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2018). “¿Y si eliminamos la propiedad?”, en Diego PAPAYANNIS y Esteban PEREIRA FREDERES (eds.). *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2016). *La custodia en el mercado de valores. De los títulos de crédito a los valores anotados en cuenta*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2015). “Ni tanto ni tan poco: reserva para discutir especie y monto de los perjuicios extracontractuales”. *El Mercurio Legal*. Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904367&Path=/OD/CC/ [fecha de consulta: 15 de abril de 2021].
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (2008). *Fundamentales del derecho civil patrimonial*. 5ª ed. Madrid: Editorial Civitas-Thomson Reuters, tomo III.
- D’ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro (1998). *La posesión del espacio*. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2019). “Sistemas de regularización de inmuebles en Chile”, en Eduardo CORDERO QUINZACARA y Luciano PAREJO ALFONSO (eds.). *Estudios sobre la regularización urbana y registral en Iberoamérica*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo (2009): “El principio de publicidad”, en Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. *Don Jerónimo González*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1995). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro y José Luis GUERRERO BÉCAR (2019). *Estudio sobre los valores, en especial de los de oferta pública*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1969). *La función social de la posesión*. Madrid: Editorial Alianza.
- JORDANO BAREA, Juan (1986). “Una relectura sobre la posesión”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIX, fascículo 4. Madrid.
- JARA PÉREZ, Mónica (2016). “El artículo 925 del Código Civil. La verdadera que-rella de amparo”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXIX, n.º 2. Valdivia.
- MARTÍNEZ-PÉREZ, Fernando (2020). *Posesión, dominio y registro. Constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)*. Madrid: Editorial Dykinson.
- MERY BERISSO, Rafael (1956). “El Código Civil de la República de Chile y los Tribunales de Justicia”. *Anales de la Universidad de Chile*, año 114, n.º 103, serie 4, julio-septiembre. Santiago.
- NINO, Carlos Santiago (1980). *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. 2ª ed. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2018). *Documentos negociables en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- SCHIELE MANZOR, Carolina (2019). “Artículo 894 del Código Civil chileno: ¿prueba de mejor derecho?”, en Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO (ed.). *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- TOCORNAL GANDARILLAS, Tomás (2020). *Interdictos posesorios*. Edición actualizada por Patricia ARÉVALO ARAYA. Santiago: El Jurista.
- VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2011). *Tratado de los derechos reales*. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II.
- VON BAR, Christian (2019). “Cuestiones fundamentales europeas del Derecho de posesión y del régimen jurídico negocial de la transmisión en el Derecho de cosas”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fascículo III. Madrid.
- ZÁRATE GONZÁLEZ, Santiago (2019). *Tratado de derecho inmobiliario registral*. Santiago: Editorial Metropolitana.

Jurisprudencia citada

SCS, 25 de junio de 2013, rol n.º 7116-2012, sentencia de reemplazo, VLEX 472422934.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

268

art.	artículo
arts.	artículos
CC	<i>Código Civil</i>
cfr.	confróntese
coords.	coordinadores
cons.	considerando
CPC	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
DFL	decreto con fuerza de ley
dirs.	directores
DL	decreto ley
DS	decreto supremo
ed.	edición <i>a veces</i> editor, editora
eds.	editores
http	HyperText Transfer Protocol
m	metros
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (obra citada)
p.	página
pp.	páginas
RRCBR	Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces
SCS	Sentencia de la Corte Suprema
www	World Wide Web