

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 99.281, año 1997
Santiago - Chile

Se terminó de reimprimir esta tercera edición
de 500 ejemplares en el mes de septiembre de 2004

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1151-4

DANIEL PEÑAILILLO AREVALO

*Doctor en Derecho, Universidad de Madrid.
Profesor Titular de Derecho Civil,
Universidad de Concepción*

LOS BIENES

LA PROPIEDAD
Y OTROS DERECHOS REALES

TERCERA EDICION



DIVERSAS FORMAS DE PROTECCION

258. *Advertencia.* El dominio y los demás derechos reales necesitan de protección jurídica para cuando un tercero pretende vulnerarlos o efectivamente los vulnera.

El ordenamiento jurídico consulta variados instrumentos de los que el titular dispone para la preservación de su derecho. La variedad de su naturaleza los ubica en diferentes sectores de la legislación. Recogiendo los más importantes, pueden mencionarse en el cuadro siguiente.

259. I. *Medidas generales de protección del dominio.*

a) Quizás la primera forma de protección que el titular del dominio tiene, implantada en la generalidad de las legislaciones, pero que consagra una atribución más bien natural, es la denominada "legítima defensa", que cubre, como se sabe, no sólo a la persona, sino también a los bienes. Esta personal protección queda establecida en forma de eximente de responsabilidad penal, por la que el individuo no responde si obra en defensa de su persona o derechos, ante una agresión injusta y no provocada, cumpliéndose otros requisitos que establece la ley penal (art. 10, N° 4, del CP.).

b) Constituye también protección la garantía constitucional, asimismo contenida generalmente en las cartas fundamentales, de la inviolabilidad de la propiedad privada. Admitido que ciertos bienes son susceptibles de dominio particular, el constituyente declara que esa propiedad es inviolable. Por una parte, se protege así al propietario de una eventual agresión legislativa, y, por otra, obliga al legislador a dictar la

normativa que haga operable esa protección y a la autoridad administrativa, que la mantenga en vigencia práctica. En la propia Constitución se regula además, en sus bases, la gran excepción a esa inviolabilidad, cual es la expropiación por causa de utilidad pública; a esas bases deben someterse las leyes expropiatorias; allí se intentan resguardar tanto el interés general, que justifica la expropiación, como los derechos del particular que ha de ser privado de su dominio (en la C. Pol. de 1980, art. 19, N° 24).

Esa proclamación general de inviolabilidad ha ganado una vía de concreta eficacia —sin perjuicio de otras ya existentes—, en el “recurso de protección”, que significa un acceso expedito a los tribunales, ante ataques al derecho de propiedad (como a otros derechos constitucionales) (art. 20 de la Constitución).

Por cierto, su utilidad ha quedado de manifiesto, en la nutrida jurisprudencia que se ha ido configurando, abonada por un criterio amplio en su aplicación.¹

c) Como una de las medidas que dan precisión a aquella inviolabilidad, y para lograr el orden social elemental, la legislación penal tipifica un conjunto de delitos que, agrupados bajo el rubro de “delitos contra la propiedad”, constituyen otras formas de protección al dominio (delitos de hurto, robo, usurpación, etc.; arts. 432 y sgts. del CP.).

260. II. *En el Derecho privado* propiamente, y dentro de la técnica de los derechos patrimoniales, se han configurado ciertas acciones tendientes a la protección del dominio y demás derechos reales, que se pueden denominar genéricamente “acciones protectoras”.

La doctrina ha clasificado estas acciones:

¹ Como puede observarse, por ej., en R.D.J., t. 77, p. 53; t. 80, secc. 5ª, pp. 47 y 145; F. del M. N° 334, p. 580.

a) Un primer grupo constituido por las acciones del dominio propiamente tales, que lo protegen en forma directa.

A su vez, algunas de ellas están destinadas a eliminar perturbaciones al dominio ya consumadas, de las cuales el ejemplo típico es la acción reivindicatoria. (En doctrina se agregan la acción confesoria, por la que se pretende que se declare a favor del demandante la existencia de un derecho real limitado sobre una cosa de propiedad del demandado; y la acción negatoria, con la que se pretende obtener una declaración de que una cosa no está gravada con un derecho real que el demandado pretende. Nuestro Código, entendiendo que las dos tienen como última finalidad el reconocimiento de una situación, incluye a ambas en la acción reivindicatoria, con lo dispuesto en el art. 891.) Otras de estas acciones están destinadas a prevenir un daño que se teme, evitando que se consume, como las llamadas acciones posesorias (o interdictos) de obra nueva y obra ruinosa, que aunque incluidas como protectoras de la posesión, generalmente se entiende que no tienen en realidad ese alcance. Las acciones de demarcación y cerramiento, tratadas por el Código en las servidumbres, también son protectoras del dominio; evitan conflictos respecto de la determinación del objeto del dominio en los predios colindantes, sin perjuicio de solucionar otras dificultades entre los vecinos, y tienden en definitiva asimismo a la conservación de la cosa.² (Puede mencionarse también la tercería de dominio, arts. 518 y sgts. del CPC.)

b) Un segundo grupo de acciones protegen el dominio en forma sólo indirecta, ya que están normalmente destinadas a otros objetivos; pertenecen a éstas las acciones posesorias y la acción publiciana. En nuestro Derecho estas acciones están destinadas a proteger la posesión, pero cuando el poseedor lo es como consecuencia de ser dueño, lo que ocurre

² V. RDJ., t. 52, p. 36.

generalmente, al protegerse la posesión se está protegiendo el dominio. (Puede mencionarse la tercería de posesión, arts. 518 y sgts. del CPC.; además, V. infra N° 267, final.)

261. III. *Acciones personales.* Por último, debe tenerse presente que si la turbación del dominio resulta ser una derivación de una relación contractual, es posible también que puede protegerse mediante una acción personal emanada del respectivo contrato; así, si al terminar un contrato de comodato el comodatario no restituye la cosa al comodante, como es su obligación (art. 2180), éste puede ejercitar la acción personal correspondiente para lograr judicialmente la restitución (situación similar puede producirse en el contrato de arrendamiento, etc.); sin duda que, prácticamente, así se está también protegiendo el dominio de esos bienes específicos (y tal vez este camino resulte más expedito, pues la prueba del contrato respectivo puede ser menos dificultosa para el perjudicado que la prueba del dominio, que, como veremos, es necesaria para reivindicar; es posible que encuentre también por esta vía un procedimiento más rápido).

Si el contrato es declarado *nulo*, las reglas de la nulidad conceden acción restitutoria (arts. 1687 y 1689); y si *resuelto*, acontece otro tanto (arts. 1487, 1490 y 1491; V., además, infra N° 267, final).³

³ Lete del Río, José: *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975.

ACCION REIVINDICATORIA

262. *Concepto.* Se encuentra reglamentada en el Tít. XII del Libro II (arts. 889 a 915). (Hay algunas normas especiales en la Ley de Quiebras.)

"La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela" (art. 889).

263. *Requisitos.* De la definición se desprende que para reivindicar son necesarios los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de una cosa susceptible de reivindicarse;
- b) Que el reivindicante sea dueño de ella;
- c) Que el reivindicante esté privado de su posesión.

264. a) *Que se trate de una cosa susceptible de reivindicarse.*

– Pueden reivindicarse todas las cosas corporales, sean muebles o inmuebles. Deben tenerse en cuenta, sin embargo, algunas importantes limitaciones:

1° En protección de la buena fe y la seguridad del tráfico jurídico (en este caso a costa del dominio), en ciertas situaciones no es posible reivindicar (art. 2303) y en otras se puede reivindicar sólo reembolsando el valor de la cosa (art. 890, inc. 2°).¹

¹ En los cuerpos legales europeos habitualmente se consagra una regla, de antigua elaboración, según la cual "en materia de bienes muebles, la posesión equivale a título"; con ella, la generalidad de las cosas muebles no

El último precepto de los citados ha originado un conflicto con el art. 115 del CPP., cuando la especie ha sido hurtada, robada o estafada. Se ha sostenido que hay contradicción entre ambas disposiciones por cuanto el CPP. manda devolverla al dueño sin el requisito de reembolsar lo que se gastó en adquirirla, y prima este precepto, por ser especial. En contra, se estima que no hay contradicción y el CPP., sólo señala la oportunidad de restitución de la cosa al dueño, permaneciendo el derecho de reembolso que el art. 890 del CC. otorga al adquirente.²

Por otra parte, se ha aplicado la disposición del art. 890, incs. 2º y 3º, a establecimientos no mencionados precisamente, toda vez que el texto es ejemplificativo y genérico.³

2º La cosa a reivindicar ha de ser singular (como lo precisa el art. 889), por lo que se excluyen las universalidades, sean jurídicas o de hecho; así se ha resuelto también.⁴ El art. 891 anuncia una acción especial para una particular universalidad jurídica, la herencia; tal es la acción de petición de herencia, regulada en los arts. 1264 y sgts.

En general, la jurisprudencia ha insistido siempre en la necesidad de individualizar la cosa de que se trata.⁵

pueden ser reivindicadas contra terceros que las adquieren de buena fe (pero su alcance es motivo de variadas discusiones en la doctrina y la jurisprudencia. Para su falta de recepción en el Derecho chileno, V. Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IV, N° 1724, pp. 388 y sgts.).

² Por la primera alternativa: Gaceta de 1937, 1º sem., p. 420; por la segunda, hay numerosos fallos: RDJ., t. 51, secc. 4ª, p. 172; t. 58, secc. 4ª, p. 259; F. del M. N° 206, p. 319, con voto disidente. V. también RDJ., t. 51, secc. 4ª, p. 145.

³ RDJ., t. 55, secc. 4ª, p. 224; t. 62, p. 132.

⁴ RDJ., t. 26, p. 325.

⁵ V., por ej., R. de Derecho U. de Concepción N° 144, p. 145; Jurisprudencia, R. de la Asoc. de Empl. del P. Judic. N° 32, p. 42; RDJ., t. 80, secc. 2ª, p. 99.

– Pueden reivindicarse también los derechos reales (art. 891); el Código dispone que pueden reivindicarse como el dominio (la expresión “como el dominio” demuestra una vez más que el codificador identifica el derecho de dominio con la cosa sobre la que recae, porque estrictamente no es el dominio lo que se reivindica). Debe entenderse que los demás derechos reales se pueden reivindicar según las mismas reglas aquí tratadas para cuando el que reivindica es dueño de la cosa.⁶

La ley se refiere expresamente, dentro de las cosas incorporales, a los derechos reales, para concederles acción reivindicatoria, mas nada dispone respecto de los derechos personales (sobre todo recordando que ha dicho que sobre las cosas incorporales –genéricamente– hay también una especie de propiedad, art. 583). En realidad, la naturaleza de estos derechos, que no recaen directamente sobre cosas, hace difícil la posibilidad, y se justifica que el legislador ni los mencione. Pero conviene puntualizar, como han tenido ocasión de afirmarlo los tribunales, que el título o instrumento en que consta un derecho personal es perfectamente reivindicable.⁷

– *Reivindicación de cuota*: Por el art. 892, “se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular”. Tratándose de una cuota, como tercio o quinto, de un bien que se tenga en copropiedad, no hay imprecisión alguna que se oponga a la reivindicación. Pero se ha discutido la situación en que el bien cuya cuota se reivindica, pertenece él a una universalidad, como cuando se reivindica el tercio de una cosa que forma parte de una herencia. Aquí tiene incidencia la discusión doctrinaria referente a la naturaleza jurídica de la comunidad y, concretamente, al punto de si los derechos de cada comunero se comunican cuotativamente a cada uno de los objetos que la componen o, por el contra-

⁶ V. Gaceta de 1903, t. I, p. 1553.

⁷ RDJ., t. 6, p. 160.

rio, permanecen como cuota abstracta, sin que ningún comunero pueda pretender derecho sobre cada objeto. De aceptarse la primera postura, sin duda que debe concederse la posibilidad de que pueda reivindicar el comunero su cuota en una cosa singular de la comunidad; de aceptarse la segunda, la conclusión ha de ser negativa. El art. 1268, regulando la acción de petición de herencia, concede también al heredero la acción reivindicatoria para perseguir un objeto de la herencia; no afirma sí que puede reivindicar una cuota del objeto. La jurisprudencia ha emitido fallos en ambos sentidos.⁸

En todo caso, como la cuota debe ser "determinada", el actor tiene que precisar a cuánto asciende.⁹

Se ha planteado la duda de si puede un comunero, él solo, reivindicar toda la cosa, para todos los comuneros. La respuesta afirmativa puede apoyarse en el mandato tácito y recíproco que existiría entre los comuneros, por aplicación de los arts. 2305, 2078 y 2132. Pero no parece aceptable, porque esos textos se refieren más bien a la ejecución de actos de administración, en los que no parece apropiado incluir a esta acción tan trascendental, como es la reivindicatoria, la cual compete sólo al dueño; lo natural es que cualquier comunero con iniciativa incite a todos a actuar, y si no lo logra porque no puede conectarse con todos o porque otros no quieren actuar, puede entonces reivindicar su cuota, como le permite el citado 892 (con todo, el inc. 2º del art. 2078 pudiere fundar una actuación de un comunero por todos sus co-

⁸ RDJ., t. 16, p. 365, cons. 1º a 6º; t. 9, p. 134; t. 13, p. 444; t. 63, secc. 2ª, p. 104. V. también t. 68, secc. 2ª, p. 53, que contiene, en nota al pie, una lista de fallos. V. también un fallo en Gaceta Jurídica, 1989, N° 110, p. 22, que rechaza una reivindicatoria de cuota sobre cosa universal, aunque sin entrar a un análisis profundo; con voto disidente.

⁹ Así, R. de Derecho U. de Concepción N° 119, p. 71; RDJ., t. 68, secc. 2ª, p. 52.

partícipes, como agente oficioso, por ej. si falta escaso tiempo para que el poseedor gane por prescripción).^{9 bis}

265. b) *Que el reivindicante sea dueño de ella.* Puede ser propietario pleno o nudo, absoluto o fiduciario (art. 893), pero debe acreditar su calidad de dueño, pues al reivindicar —por la propia definición de la acción que entabla— reconoce en el demandado la calidad de poseedor, con lo que éste se apoya en la presunción de dominio del art. 700, que el reivindicante queda obligado a destruir. Es distinto cuando se ejercitan otras acciones que tiene el dueño (que luego se mencionarán). Por ej., en la de precario (del art. 2195); esta la tiene el dueño pero como con ella no está reconociendo como poseedor al demandado, no le está confirmando la presunción del art. 700, a la cual puede él (el actor) acudir, afirmando que al menos es poseedor y, como tal, se le ha de tener por dueño; tendrá eso sí que probar esa posesión que afirma tener; entonces, si se trata de un inmueble, le bastará con acreditar que tiene título inscrito a su nombre (y, convenientemente, algunos hechos posesorios para evitar que se le considere como una mera inscripción de papel).

La situación se altera cuando el que reivindica es el Fisco, por el art. 590.¹⁰ Como con este texto por ley el Fisco es dueño de los inmuebles que carecen de otro dueño, si se mantuviere para él la regla de que debe probar su dominio se le estaría imponiendo la carga de la prueba de una negación indeterminada —que el inmueble no tiene otro dueño— y conforme a los principios de Derecho probatorio, las negaciones indeterminadas son de prueba imposible, de modo que quien proponga la afirmación contraria debe probarla (que alguien

^{9 bis} En Gaceta Jurídica de 1989, N° 110, p. 23, un voto disidente rechaza la posibilidad, declarando que la acción reivindicatoria no es una medida conservativa.

¹⁰ RDJ., t. 27, p. 117.

es el dueño); así, aquel a quien el Fisco demanda de reivindicación tendría que probar que él (o un tercero distinto del Fisco) es el dueño.

Aquí aparece una importante dificultad de la acción reivindicatoria, cual es la prueba del dominio (*probatio diabolica*). Para acreditarlo, tiene importancia determinar si el reivindicante adquirió la cosa por un modo originario o derivativo. En el primer caso, le bastará probar los hechos que constituyeron ese modo originario. Pero si adquirió por un modo derivativo, como la tradición (que será lo más frecuente), no basta con probar que ese modo se configuró a favor del que se pretende dueño (por ej., si se trata de un inmueble, que tiene inscripción a su nombre), porque quedará la interrogante de si el antecesor, a su vez, tenía o no el dominio (recordando que "nadie puede transferir más derechos que los que tiene"; *nemo plus iuris dat quam ipse habet*). Si el antecesor también adquirió por modo derivativo, la duda persiste. Para sortear la dificultad se acude a la prescripción adquisitiva, con más seguridad la extraordinaria. Y debe recordarse que puede servirse de la agregación de posesiones (*supra* N° 178).¹¹

Las presunciones judiciales y la prueba de testigos pueden tener también importancia. La última es admisible en la medida en que se refiere a la prueba de hechos que forman parte de la adquisición del dominio y constitutivos de posesión, de modo que no es aplicable la limitación de los arts. 1708 y sgts.^{11 bis}

¹¹ Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IX, p. 394, se extiende sobre el punto. V. también Núñez Lagos, Rafael: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, Madrid, 1953.

^{11 bis} En el empleo de la prescripción adquisitiva por parte del demandante puede presentarse una dificultad práctica. Se ha dicho que puesto en la situación de tener que probar su dominio, si el demandante exhibe título derivativo, acudirá a la prescripción adquisitiva (para mayor seguridad, a la extraordinaria). Pero entonces el demandado (o el juez) podría recordarle

— Pero el art. 894, consagrando lo que el Derecho romano denominó acción *publiciana*, permite reivindicar al que sin ser dueño, poseyendo regularmente, estaba en vías de ganar por prescripción. El precepto plantea un problema que ha sido muy discutido en la doctrina, consistente en determinar si para estar en condiciones de ejercitar esta acción es necesario tener cumplido el plazo para ganar por prescripción ordinaria o basta con tener sólo algún tiempo de posesión. Se ha sostenido que es necesario haber completado el plazo porque al apoderarse otro de la cosa se produce una interrupción natural de la prescripción del primero, que hace perder todo el tiempo anterior, con lo que ya no queda "en vías de ganar por prescripción". Pero lo más adecuado parece ser que no es necesario el cumplimiento del plazo de prescripción; si el plazo ya está cumplido, no es necesaria la acción publiciana, pues bastaría alegar la prescripción con lo que se podría reivindicar como dueño; por lo demás, así lo denotan el texto del precepto y la historia de su establecimiento, según lo cual fue tomado de la legislación romana, que no exigía el cumplimiento del plazo.

Es interesante la decisión de algunos fallos por la cual cuando el reivindicante no ha logrado probar el dominio, pero sí ha demostrado mejor derecho que el demandado, la

que la prescripción debe ser alegada y, más aún, según predomina, como acción, lo que importa tener que hacerlo en una demanda; y ocurre que habitualmente el demandante de reivindicatoria no llega a tanto en su demanda; al demandar simplemente afirma que es dueño, relatando sus títulos y demás antecedentes. La complicación puede aumentar si el demandado por su parte sí la alegó al contestar, mediante una reconvencción.

Esta aprehensión conduce: o a estimar que todo reivindicante al demandar está tácitamente alegando la prescripción, de modo que el juez puede declararla a su favor sin violación de ley ni substantiva ni procesal; o a sugerir que el demandante desde luego alegue formalmente la prescripción adquisitiva en su demanda (sólo que podría estimarse un signo de debilidad).

demanda debe ser acogida sobre el supuesto de que el actor, implícitamente, ha ejercido acción publiciana.¹²⁻¹³

266. c) *Que el reivindicante esté privado de su posesión* de la cosa, fundándose precisamente en que tiene el dominio de la cosa, en que es el dueño.

En relación con los inmuebles surge el problema de si corresponde acción reivindicatoria a un propietario que, teniendo inscrito a su nombre un inmueble, le es arrebatado materialmente. La solución al punto ha de buscarse en el tema de la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, ya tratado, y que plantea a su vez la polémica sobre el valor de la inscripción, con dos grandes posiciones (V. supra N° 195). Considerando que la inscripción conservatoria es única y suficiente prueba de posesión, no procedería hablar en tal situación de pérdida de la posesión, por lo que no competiría al perjudicado la acción reivindicatoria; tal afirmación es consecuencia de la posición que atribuye a la posesión inscrita un valor absoluto y excluyente. (Con este predicamento, al dueño le quedarían posiblemente la acción de precario del art. 2195, inc. 2°, y las acciones criminales.) Pero bien puede sostenerse también que no obstante tener posesión inscrita, al privarse al dueño de la tenencia material, se le ha privado de una parte integrante de la posesión, su fase material, y podría en tal caso el dueño reivindicar, al no ser integralmente poseedor. Hay fallos que así lo han resuelto.¹⁴ (Con este entendimiento tendría también acción posesoria, de amparo o restitución, según se verá más adelante; V. infra N° 282.)

¹² Gaceta de 1885, N° 566, p. 327; RDJ., t. 47, p. 169, cons. 6°; t. 7, p. 248.

¹³ Sobre el tema, Vergara, José: "Notas sobre la naturaleza de la acción publiciana en el Derecho chileno", en RDJ., t. 55, Prim. Parte, p. 22; Vidal, Susana: *La acción publiciana en el Derecho Comparado*, Santiago, 1958.

¹⁴ RDJ., t. 52, p. 296; t. 58, p. 23.

267. *Contra quién se dirige la acción.* Como ha quedado dicho, ha de dirigirse contra el actual poseedor (art. 895), en lo cual debe tenerse especial cuidado por el actor, dado el efecto relativo de las sentencias judiciales. Esto principalmente porque en la práctica pueden presentarse dudas acerca de la identidad de la persona quien realmente está poseyendo; de ahí también la disposición de los arts. 896 y 897.

Para el caso que el poseedor fallezca, el art. 899 establece una norma especial, junto a la cual ha de tenerse en cuenta la del art. 1526, N° 2. Mientras la acción para obtener la entrega de la cosa es indivisible (no es posible cumplirla por partes), la de indemnizar es perfectamente divisible (V. también art. 1354).¹⁵

Lo dicho anteriormente sobre el sujeto pasivo de la acción, sufre, sí, dos importantes excepciones:

a) Se puede dirigir la acción contra el que dejó de poseer, ya de buena fe (art. 898) ya de mala fe (art. 900). Es interesante destacar que en estos casos no se perseguirá con la reivindicación la cosa misma, como es lo natural, sino un valor; el art. 900, que consagra la llamada "reivindicatoria ficta", no lo señala expresamente, pero no puede entenderse en otro sentido. La dificultad de la persecución de la cosa puede presentarse también en los inmuebles, y el precepto es aplicable igualmente a estos bienes, según se ha resuelto.¹⁶

Se ha discutido incluso si cabría en tales casos hablar de acción reivindicatoria; se trataría, se ha dicho, sólo de acciones personales.¹⁷

b) Se puede dirigir también contra el mero tenedor, que retenga la cosa indebidamente (art. 915).

¹⁵ RDJ., t. 67, p. 398.

¹⁶ RDJ., t. 63, p. 340. Este fallo llama "reivindicatoria ficta" a la del art. 898, prim. parte.

¹⁷ V. Altamirano S., E.: *De la subrogación real*, Santiago, 1935, con el informe que le antecede; Vergara, José: "Sujetos pasivos de la acción reivindicatoria", en Gaceta Jurídica N° 83, pp. 3 y sgts.

El alcance de este texto motiva discusión, y la importancia que puede llegar a tener merece un examen detenido.

En primer lugar, ha surgido controversia en su calificación. Por una parte, se le ha estimado simplemente como la acción reivindicatoria que, excepcionalmente, se permite contra el mero tenedor.¹⁸ En contra, se le ha considerado como una acción distinta, como puramente restitutoria contra el mero tenedor, a la que el Código hace aplicables las reglas de la reivindicatoria, sobre todo en la importante materia de las prestaciones mutuas.¹⁹ En la práctica, el debate puede llegar a reducirse a una discusión terminológica, centrada en la redacción de la demanda. Hay fallos que le han restado importancia a los términos, y, en general, parecen inclinarse por llamarla reivindicatoria contra el mero tenedor.²⁰

Particular relevancia ofrece la precisión de su alcance. Podría estimarse que se trata de una acción que corresponde al que entregó la mera tenencia de una cosa a otro, por un contrato que produce ese efecto (comodato, arriendo, etc.) y que, al terminar la vigencia de esa relación, el tenedor se niega a restituir. La tendría además de la acción personal que surge del respectivo contrato, a la que podría acudir cuando la personal no prosperara por cualquier causa, o simplemente puede optar. El resultado, como se ve, es de una interpretación bien restrictiva. Con este alcance, sería dudoso que pudiera intentarla el adquirente del dueño, por cuanto él no

¹⁸ Así, Chacón, Jacinto: *Exposición razonada y estudio comparativo del Código Civil chileno*, Impr. Nacional, Santiago, 1890, t. II, p. 546; Vera, Robustiano: *Comentario del Código Civil*, Impr. Gutenberg, Santiago, 1894, t. III, p. 374.

¹⁹ Así, Claro, Solar, Luis, ob. cit., t. IX, p. 458; Veloso, Alberto: *La reivindicación*, Santiago, 1947, p. 34.

²⁰ Así, RDJ., t. 56, p. 126. Pero aquí un voto disidente estuvo por rechazar la demanda precisamente porque se intentó como reivindicatoria contra un mero tenedor, y, según él, no existe reivindicatoria contra un tenedor.

es contratante del tenedor (salva la posibilidad de cesión de contrato). Y, en todo caso, tampoco podría intentarse contra el que detenta la cosa sin una relación jurídica inicial; es decir, contra el que desde un comienzo detenta sin justificación jurídica.

Una segunda alternativa es la de entenderla precisamente para la situación inversa: aplicable sólo a aquellos tenedores que no tienen, y nunca tuvieron, un título que justifique la detentación. Ellos serían "injustos detentadores" y no aquellos que entraron a detentar la cosa justamente, con un antecedente habilitante, aunque después se nieguen a restituir.

Pero también puede estimarse aplicable a ambas situaciones: sea que el detentador desde un comienzo carezca de antecedente que lo justifique o que haya empezado a detentar con un título justificante, pero mientras detentaba quedó sin justificación (porque ese antecedente fue declarado nulo, resuelto, caduco, etc.); ambos serían, al tiempo de la demanda, "injustos detentadores". (Esta parece ser la opinión, aunque no terminante y claramente expresada, de varios antiguos comentaristas del Código, como los anteriormente citados, mismas obras y páginas.)

La jurisprudencia ha aplicado la regla con bastante amplitud, a ambas categorías de tenedores.²¹

El Código no ha consagrado, al menos formalmente, una acción general restitutoria. En la práctica, resulta muy necesaria para muchas situaciones de detentadores en que no se cumplen las exigencias de las diversas acciones protectoras nominadas, reguladas por la ley (reivindicatoria, posesorias, las emanadas de los distintos contratos que confieren tenencia, como arriendo, comodato, depósito, las derivadas de la nulidad o resolución de ellos, etc.). Y el propietario puede verse impedido de actuar, no obstante su decisión de hacerlo,

²¹ Por ej., RDJ., t. 7, p. 359; t. 52, p. 294; t. 56, p. 126; Gaceta de 1921, 2º sem., p. 1089.

por no poder encuadrarse en una acción tipificada. Así, por ejemplo, acontece en casos de promesas de compraventa, en que se faculta al promitente comprador para entrar en posesión material y posteriormente la promesa caduca; de ocupantes cuyos contratos emanan de un tercero, que no es el propietario actual, etc.

La reivindicatoria no procede, porque no son poseedores; la posesoria tampoco, sea porque está prescrita (y prescribe en el breve plazo de un año, y, aun, de seis meses), sea porque la cosa es mueble; tampoco la de algún contrato, porque fue otro el contratante, o simplemente porque no ha habido contrato alguno.

La necesidad advertida se torna más imperiosa si se recuerda que el que aparece como tenedor, un día puede llegar a aducir la prescripción, apoyado en el art. 2510, regla 3ª, el cual, aunque es sabido que está en contradicción con el art. 730, como posibilidad es suficiente para inquietar al dueño actual; por último, pudiera acontecer que el tribunal llamado a conocer del caso prefiriera el art. 2510 en lugar del 730.

Se ha venido acudiendo, con frecuencia, a la contemplada en el art. 2195, llamada acción de precario, que ha llegado a desempeñar esa función (de restitutoria general), aun cuando, por su ubicación y parquedad, no parece haberse creado con tan trascendental destino. El éxito que ha tenido, en cuanto a su generalizado empleo, se ha visto incrementado por su tramitación en el juicio sumario (por el art. 680 del CPC.). Con todo, su aplicación ha ido enfrentando duros obstáculos, por el cumplimiento de los requisitos que exige, ante ciertas situaciones. Así, supone ausencia de contrato, lo que la deja en dudosa aplicación en todos los casos de contratos nulos, resueltos, emanados de persona distinta del dueño, etc., que han merecido encontradas decisiones de los tribunales.

Sin perjuicio de mantener el reclamo para que se consagre formalmente una acción destinada a esas situaciones, parece

apropiado desenvolver ésta, la del art. 915, como la que puede desempeñar esa función. Desde este punto de vista, aparte de argumentaciones de texto, es conveniente conferir a ese precepto un sentido extensivo, como el de la tercera alternativa antes descrita; es decir, que sea aplicable a todo tenedor que, a la época de la demanda, no pueda justificar aceptablemente su insistencia en mantener la cosa en su poder.

Pero hay más. Puede sostenerse que el ordenamiento jurídico no exige encuadrar toda pretensión en una determinada acción, nominada, regulada por la ley. Basta que tenga arraigo en un derecho del reclamante que merezca ser tutelado. De este modo, un dueño que injustamente está privado del objeto de su dominio, bien puede reclamarla de quien la tiene sin fundamento legítimo, y el juez tendría que ordenar restituirla, si se demuestran esos supuestos.²²

267 bis. Con lo dicho, las siguientes son algunas de las actitudes que podría adoptar el demandado de reivindicación, y que dejarían la situación en reñido debate:

a) Podría sostener que el demandante no es el dueño (simplemente lo niega, o agrega que el dueño es cierto tercero);

b) Que él (el demandado) no es el poseedor de la cosa (en este caso, el actor tendría que intentar probar que sí lo es. Aquí debe recordarse el art. 915, con el cual el actor puede ejercer esa acción en contra del injusto detentador, en subsidio de la reivindicatoria. Sin perjuicio de que puede ser usada como única);²³

c) Que él (el demandado), es el dueño. En este caso, el litigio pasa a constituir un "juicio de dominio", en el que ambas partes se disputan la propiedad del objeto.

²² V., en este sentido, De Buen, Demófilo: *Derecho civil común*, Edit. Reus, 3ª edic., Madrid, 1936, vol. I, p. 238.

²³ V., a este respecto, R. de Derecho U. de Concepción N° 121, p. 109; N° 114, p. 131.

268. *Extinción por prescripción.* La acción reivindicatoria, protectora del dominio, lo acompaña mientras éste se mantiene; así, extinguido el dominio se extingue la protección. De esta manera, la acción reivindicatoria no se extingue por su no uso, por prescripción extintiva, lo que es lógico, porque mientras no se pierde por el dueño la posesión, no hay justificación para usarla. Si el dominio llega a extinguirse porque un poseedor adquiere por prescripción adquisitiva, como consecuencia, entonces se extingue para el antiguo dueño su acción, que la pierde simultáneamente con la pérdida de su dominio. Y los plazos para que se extinga la acción por prescripción serán, pues, los plazos necesarios para ganar por prescripción el dominio. Es clara la expresión "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho" (art. 2517).

Es por ello, que, si un propietario ve que un tercero empieza a poseer el bien de su dominio, puede reivindicarlo, pero debe hacerlo antes que aquel poseedor se lo gane por prescripción adquisitiva.

269. *Algunas normas procesales.* Como quedó dicho al comienzo, por tratarse precisamente de una acción, su funcionamiento implica una aplicación simultánea de normas sustantivas, propias de ella y del dominio al que protege (ya mencionadas) junto con disposiciones procedimentales. Respecto de estas últimas deben tenerse en cuenta algunas, como las que señalan los arts. 901, 902 y 903 (en relación con los arts. 290 y sgts. del CPC.).

Desde otro punto de vista, por la naturaleza del asunto debatido, se trata de un litigio de detenido conocimiento, sometido al denominado juicio ordinario, que en la práctica inhibe en cierta medida su utilización. De ahí que en muchas ocasiones pueda resultar más expedita la vía de la acción personal, si se dan los requisitos necesarios; principalmente tal acción se puede encauzar en un procedimiento menos lato, como es el caso del comodato precario, al cual el art. 680

del CPC. le asigna la tramitación de juicio sumario. (Es claro que si, como lo ha señalado la jurisprudencia, se discute el dominio del bien de que se trata, el procedimiento indicado será ineludiblemente el ordinario.)

También conviene recordar, con el art. 1689, que la acción reivindicatoria puede resultar necesaria como consecuencia del ejercicio de una acción de nulidad de un acto o contrato por el que se ha operado la transferencia de un bien, que el cocontratante lo ha traspasado, a su vez, a un tercero, al tener que volver las cosas al estado anterior al acto o contrato declarado judicialmente nulo. Y no hay inconveniente (con los beneficios de la economía procesal) para ejercitarla contra el tercero, conjuntamente con la acción de nulidad dirigida en contra del cocontratante; es obvio que el éxito de la reivindicación dependerá de la suerte de la acción de nulidad.²⁴ (Se ha fallado que cuando se demanda al otro contratante de nulidad y se solicita, en consecuencia, que restituya la cosa con sus frutos, se está intentando, a más de la nulidad, una verdadera acción reivindicatoria.)²⁵ Otro tanto ocurre con la acción resolutoria (teniendo presentes en este caso las limitaciones respecto de terceros de buena fe, según los arts. 1490 y 1491).

Por último, como lo ha resuelto la jurisprudencia, la reivindicatoria es compatible con la acción posesoria de restitución, que tiene análogo fin jurídico.²⁶

270. *Prestaciones mutuas.* Consisten en las devoluciones e indemnizaciones que recíprocamente se deben el reivindi-

²⁴ Así, RDJ., t. 20, secc. 2ª, p. 20. V. también art. 18 del CPC.

²⁵ RDJ., t. 13, p. 218, cons. de p. 220.

²⁶ RDJ., t. 30, p. 436; t. 52, p. 294. Sobre el punto de cómo debe cumplirse la sentencia que acoge una demanda reivindicatoria, V. Larenas, Alfredo: "Juicios reivindicatorios", en R. de Derecho U. de Concepción N°s 16-17, pp. 1103 y sgts.

cante y el poseedor cuando éste es vencido en la reivindicación.

El Código reglamenta estas prestaciones con cierto detalle. Tienen aplicación también en otras situaciones en que deben efectuarse restituciones, como son las de la acción de petición de herencia (art. 1266) y de la acción de nulidad (art. 1687). Este precepto se remite a las reglas generales, entendiéndose que son estas del art. 904 y sgts.²⁷

Los arts. 904 y siguientes detallan estas reglas y pueden agruparse así:

a) Prestaciones del poseedor vencido al reivindicante:

1° Restitución de la cosa (arts. 904 y 905);

2° Indemnización de los deterioros sufridos por la cosa (art. 906);

3° Restitución de los frutos (arts. 907 y 913);

4° Indemnización de gastos de custodia y conservación de la cosa durante el juicio reivindicatorio (art. 904).

b) Prestaciones del reivindicante al poseedor vencido:

1° Indemnización de los gastos ordinarios por la producción de los frutos (art. 907);

2° Indemnización por las mejoras introducidas en la cosa.

Se entiende por mejora toda obra ejecutada para la conservación de una cosa, para aumentar su valor o para fines de ornato o recreo. Con este concepto, y siguiendo al Código, se distinguen tres clases de mejoras: necesarias, útiles y voluptuarias, de las que la ley da también una noción. En base a esta distinción, a la buena o mala fe del poseedor y teniendo en cuenta algunos otros factores, se regulan las indemnizaciones por estas mejoras:

-Mejoras necesarias (art. 908);

-Mejoras útiles (arts. 909, 910, 912 y 913);

-Mejoras voluptuarias (art. 911).

²⁷ V. RDJ., t. 57, p. 367.

Debe tenerse presente que para asegurar el pago de estas indemnizaciones, se confiere al poseedor vencido un derecho de retención (art. 914).

Se ha formulado también una sistematización distinta de estos conceptos, en base a las reglas del párrafo de las prestaciones mutuas y a los arts. 756, 759, 797:²⁸⁻²⁹

Gasto	obras inmateriales (ej.: defensa de una finca)	necesarias	útiles
		no necesarias	voluptuarias
	obras materiales o mejoras	necesarias	ordinarias
		no necesarias	útiles
			voluptuarias

²⁸ Así, Castelblanco, Mauricio, ob. cit., pp. 162 y sgts.

²⁹ Bibliografía. Además de las obras ya citadas:

Butera: *La reivindicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano, 1911.

Carmona, Ester: *Las prestaciones mutuas ante la jurisprudencia*, Edit. Universitaria, Santiago, 1960.

González, Ernesto: *Acción reivindicatoria*, Concepción, 1929.

Lagarmilla, Eugenio: *De las acciones en materia civil*, 2ª edic., Edit. Claudio García, Montevideo, 1930.

San Martín Puente, Manuel: *Estudio jurídico-doctrinal sobre la reivindicación*, Edit. Reus, Madrid, 1924.

Yaver, Sergio: *Excepciones y especialidades de la reivindicación en el Derecho chileno*, Edit. Universitaria, Santiago, 1961.

Zúñiga, Enrique: *De la reivindicación*, Santiago, 1927.

Para la actualización del valor de las prestaciones mutuas, V. Castelblanco, Mauricio, ob. cit.

ACCIONES POSESORIAS

271. Ya se ha advertido que el fundamento de la protección posesoria (por qué se protege la posesión) constituye una de las discusiones doctrinarias básicas sobre esta materia (V. supra N° 155). La conservación de la paz social y las apariencias de propiedad que reviste, figuran entre las razones que generalmente se señalan para justificar la protección, que por lo demás se le ha prestado desde muy antiguo.¹

El Código regula estas acciones de los Tít. XIII y XIV del Libro II (arts. 916 a 950); deben tenerse presentes también las correspondientes normas procesales (arts. 549 y sgts. del CPC. Aquí se tratarán sólo aspectos substantivos). (Como otra protección posesoria debe mencionarse la tercera de posesión, contemplada en el CPC., arts. 518 y sgts.)

“Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos” (art. 916).

En Chile se ha postulado la conveniencia de extender estas acciones (reformando el Código) a los bienes muebles.²

272. *Algunas características.*

a) Son acciones inmuebles (arts. 916 y 580).

b) Son acciones reales. Se ha convertido este carácter, sobre todo como consecuencia de la discusión relativa a la

¹ V. las obras clásicas mencionadas en el capítulo de la posesión. V. también RDJ., t. 62, p. 459; t. 64, p. 109.

² V. Díaz, Absalón: *La protección posesoria de los bienes muebles*, Santiago, 1939.

calificación de la posesión como hecho o como derecho. Se ha sostenido que siendo la posesión un hecho, no podrían tener la calificación ni de reales ni de personales. Generalmente se les califica de acciones reales por tratarse de acciones que se ejercen contra cualquier persona, si turba o arrebatada la posesión, sin que importe la existencia de un vínculo preestablecido con ella (V. art. 927).

c) En el ámbito procesal, puede mencionarse la circunstancia de que su ejercicio generalmente deja a salvo el derecho a discutir posteriormente el dominio entre las mismas partes (arts. 563 del CPC.; V. también art. 576 del mismo Código).

En el caso de la querrela de restablecimiento, cuyo carácter de acción posesoria se discute, como luego se dirá, quedan a salvo incluso las acciones posesorias comunes (arts. 928 del CC. y 564 del CPC.).

273. *Requisitos.* 1) *Ser poseedor.* La exigencia deriva de la naturaleza y fines de estas acciones. No se exige ser poseedor regular; la protección alcanza tanto a la posesión regular como a la irregular. Debe sí reunir ciertas condiciones (art. 918): ha de ser tranquila, no interrumpida y por un año a lo menos, contado en la forma que indica el art. 920 (pero es posible también la agregación de posesiones; arts. 717, 2500 y 920). Al exigirse posesión tranquila se niega protección a la posesión violenta. No se hace expresa referencia a que deba ser pública —con la que se privaría de protección a la clandestina y con ello a toda posesión viciosa—, pero la jurisprudencia lo ha impuesto.³

Se ha dictaminado también que la disposición del art. 918 no se aplica a las acciones posesorias especiales (que luego se mencionarán).⁴

³ RDJ., t. 1, p. 446.

⁴ RDJ., t. 14, p. 142.

Tocante al lapso de un año, se tiene como tiempo suficiente de estabilidad posesoria.

Las acciones posesorias en la coposesión: Si dos o más personas poseen en común, es claro que concurriendo todas, pueden entablar acción posesoria en contra de un tercero. Es discutido si uno solo, o algunos, podrían entablar la acción para proteger la cosa coposeída; se ha resuelto la afirmativa.⁵ El punto está relacionado con la administración de la comunidad.⁶ (Para la coposesión, V. supra N° 71.)

El problema de que un comunero (coposeedor) entable acción en contra de otro, es bastante discutido. Como pudo observarse al tratar la cuestión de la prescripción entre comuneros (V. supra N° 204), la discordia de fondo consiste en determinar si un comunero puede, mediante ciertas actitudes y circunstancias, llegar a erigirse en poseedor exclusivo; si se admite la posibilidad, se han de aceptar la prescripción entre comuneros y la interposición de acciones posesorias. (Así, los argumentos planteados al tratar el punto de la prescripción entre comuneros, son aplicables al presente problema, debidamente adaptados; aquí debe tenerse presente, además, el art. 917. La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por negar acción posesoria entre comuneros, como lo ha hecho en materia de prescripción.⁷ Pero un fallo parece entender que es posible;⁸ y otro, negándola en general, deja a salvo la de restablecimiento, aunque ésta no era la discutida en la causa.)⁹

⁵ RDJ., t. 4, secc. 2ª, p. 85; t. 5, secc. 2ª, p. 149; t. 27, p. 1. En contra, t. 1, secc. 2ª, p. 582.

⁶ V. Somarriva, Manuel, ob. cit., t. I, pp. 230 y 252.

⁷ RDJ., t. 2, secc. 2ª, p. 156; t. 4, secc. 2ª, p. 85; t. 5, secc. 2ª, p. 149; t. 11, p. 243, t. 49, secc. 2ª, p. 139.

⁸ RDJ., t. 26, p. 178.

⁹ R. de Derecho U. de Concepción N° 89, p. 381. V. también Somarriva, Manuel, ob. cit., t. I, p. 237.

Para los herederos del poseedor (y del sujeto pasivo de la acción) hay también un precepto especial (art. 919; se recuerda que esta disposición parece dar la idea de que la posesión se transmite, acompañando al art. 2500, inc. 2°; V. supra N° 176).

274. 2) *Objeto susceptible de acción posesoria*. Lo son los bienes raíces y los derechos reales constituidos en ellos (art. 916).

La protección a los inmuebles, observada en tantas otras materias, se refleja también aquí. Como una especial justificación de la limitación de estas acciones a los inmuebles se suele mencionar la facilidad de la prueba del dominio respecto de los muebles, que deja expedita la vía de la reivindicación; la explicación no parece muy convincente.

No presentándose duda respecto de los inmuebles por naturaleza y por adherencia, se ha resuelto que la protección alcanza también a los inmuebles por destinación.¹⁰

La protección se establece además para los derechos reales constituidos en inmuebles (art. 916), en lo que deben tenerse en cuenta la regla del art. 922 y la exclusión de las servidumbres discontinuas y continuas inaparentes (arts. 917 y 882).¹¹

Se ha dicho recién que no corresponde acción posesoria a las cosas que no pueden ganarse por prescripción (art. 917). En otra ocasión se ha puntualizado que la circunstancia de que un precepto impida ganar por prescripción un objeto no implica automáticamente que no pueda poseerse (V. supra N° 203, final). Ahora, la síntesis sería: es posible que se dé el caso de un objeto que se puede poseer (porque ningún precepto lo excluye), pero que en virtud de un texto expreso no puede ganarse por prescripción; y por esto último, aplicando el art. 917, no tendría protección posesoria.

¹⁰ RDJ., t. 9, p. 97; t. 42, p. 372.

¹¹ V. una aplicación, en Jurisprudencia, R. de la Asoc. de Empl. del P. Judic. N° 12, p. 73.

Respecto de los bienes nacionales de uso público, como no pueden ganarse por prescripción, ni siquiera pueden poseerse, se ha concluido que no procede acción posesoria.¹² Pero a su vez, si un particular adquiere un derecho de uso y goce sobre ellos, se parte de la autoridad, puede proteger ese derecho (real) con la correspondiente acción posesoria.¹³ (El punto está relacionado con la teoría de los derechos reales administrativos.)

La doctrina estima que al no tener el derecho real de herencia el carácter de inmueble (no es mueble ni inmueble), no proceden a su respecto las acciones posesorias; esto no obsta a que el heredero entable acción posesoria en contra de un tercero que efectúa atentados contra un inmueble determinado de la herencia, y que estaba poseyendo como heredero.

275. 3) *Debe interponerse en tiempo oportuno*. Tras exigirse un año de posesión para tener acción posesoria, se concede el mismo plazo para ejercitarla. Así, en el caso de privación de la posesión, el primer poseedor tiene un año para interponer acción y el nuevo aún no tiene protección porque no ha cumplido por su parte ese plazo; al cumplirse el año, pierde la protección el primitivo poseedor y la adquiere el nuevo.

El plazo se cuenta en la forma prescrita en el art. 920; por ser plazo especial de prescripción extintiva, no se suspende (art. 2524). En caso de actos de turbación reiterados, si cada uno configura una molestia de naturaleza distinta, el plazo se contará individualmente para cada caso. Si se trata de actos reiterados de una misma turbación, se ha discutido si se ha de contar desde el último o desde el primero de tales actos.

¹² RDJ., t. 26, p. 313; t. 36, p. 348; t. 40, secc. 2ª, p. 56. En contra, Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IX, p. 494.

¹³ RDJ., t. 28, p. 506; t. 35, secc. 2ª, p. 51.

276. *Normas procesales.* En su aspecto procesal, estos juicios, "querellas" o "interdictos" posesorios, tienen señalada en los textos una tramitación rápida, a fin de no frustrar su objetivo. A este propósito, merece al menos una mención el conflicto acerca de si en nuestro Derecho se contempla o no la "acción ordinaria de posesión", consagrada en la antigua legislación española, por la cual se discutiría el "derecho a la posesión", en un juicio de lato conocimiento. Tal acción, de admitirse, sería útil sobre todo para quien ha visto prescrita la acción posesoria correspondiente (sumaria). La doctrina y la jurisprudencia, en general, parecen no reconocerla.¹⁴ Una sentencia ha entendido que la acción ordinaria de posesión, entre nosotros, es la denominada publiciana, del art. 894.¹⁵ Todavía más, se ha dudado sobre la posibilidad de que las acciones posesorias reguladas en el Código, pudieren tramitarse en el procedimiento del juicio ordinario (el punto corresponde al Derecho procesal).

277. *Prueba.* Quien entabla una acción posesoria fundamentalmente debe probar: 1) que es poseedor tranquilo y no interrumpido, por un año a lo menos; 2) que se le ha arrebatado o turbado la posesión.

278. 1) *Prueba de la posesión.* Este punto bien puede tratarse en el capítulo de la posesión; varios preceptos, principalmente relativos a la adquisición, conservación y pérdida de la posesión, inciden directamente en el tema de la prueba y, por lo mismo, deben tenerse presentes en esta ocasión (V. supra N^{os} 184 y sgts.). Ha sido la ubicación de dos textos

¹⁴ Gaceta de 1940, 2^o sem., p. 547; la publicación de este fallo por la R. de Derecho de la U. de Concepción cuenta con una ilustrativa nota favorable, de León y Stutchkin, N^{os} 33-34, pp. 2820 y sgts. Pero se ha aceptado: RDJ., t. 9, p. 524.

¹⁵ Gaceta de 1874, p. 1356.

básicos, implantados en el título de las acciones posesorias, lo que induce frecuentemente a tratar aquí la prueba de la posesión de inmuebles: los arts. 924 y 925 (respecto de los muebles, V. supra N^o 196).

El contenido contrapuesto, a lo menos aparentemente, de esos dos preceptos, traduce la materia en el planteamiento de un problema: cómo se prueba la posesión. Mientras el art. 924 dispone que la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción, el art. 925 establece que la posesión del suelo se prueba por hechos posesorios positivos. Tales normas, unidas a los conflictivos preceptos de la denominada posesión inscrita, han provocado otra de las controversias en la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Para algunos autores, el art. 924 es aplicable a la prueba de la posesión de todos los derechos reales, a excepción del dominio; este último, más fácil de ejercitarse mediante actos materiales —por ello es que en el lenguaje del Código se confunde el derecho con la cosa misma—, debe probarse en la forma indicada en el art. 925 (arts. como el 700, 715, 916, mostrarían esa diferencia entre el dominio y los demás derechos reales). Con esta posición demuestran también no asignar a la inscripción conservatoria un valor tan absoluto.

Para otros, que rechazan aquella confusión entre el derecho y la cosa (con preceptos como los arts. 686 y 687, en que quedaría claro que siempre lo que se inscribe son derechos, sea el dominio u otro derecho real, nunca los bienes mismos) y que asignan un valor categórico a la inscripción como símbolo de posesión, el art. 924 se refiere a la prueba de los derechos inscritos y el art. 925 a los no inscritos, es decir, que aún no se han incorporado al régimen registral (los arts. 686, 724, 728, 729 apoyarían la solución). Esta posición, más bien por la fuerza de las circunstancias, admite también la prueba de hechos posesorios en presencia de inscripción, en caso de inscripciones paralelas, cuando los deslindes del inmueble no están claros en la inscripción, cuando la posesión tiene me-

nos de un año de duración, etc., para decidir el caso en definitiva.

La jurisprudencia se ha inclinado mayoritariamente por esta segunda alternativa. (La doctrina y la nutrida jurisprudencia pueden consultarse en las obras citadas al tratar la posesión y en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, arts. correspondientes.)¹⁶ (Recuérdese, además, el rechazo de las inscripciones "de papel"; V. supra N° 195, final.)

Se ha propuesto todavía otra solución, en que se estima que el art. 924 se aplica a la prueba de la posesión de los derechos reales inscritos distintos del dominio, el 925 a la prueba de la posesión de inmuebles no inscritos y ambos preceptos establecerían la prueba de la posesión de inmuebles inscritos (por inscripción más actos posesorios positivos). Pero, como puede apreciarse, con este entendido quedarían sin decisión aquellos casos en que un litigante exhibe inscripción y el otro actos posesorios.

También ha motivado discusión el punto concreto de la prueba de la posesión de inmuebles inscritos que se han adquirido por un título no traslativo de dominio (como sucesión por causa de muerte, accesión). Se ha afirmado que en estos casos, como es posible sostener que se puede adquirir posesión sin necesidad de inscripción, la prueba de ello se regiría por el art. 925.¹⁷

Por último, se ha resuelto que la aplicación del art. 924, en cuanto ordena que es la inscripción el medio para probar la posesión de derechos inscritos, se limita a los casos en que la inscripción es exigida como manera de efectuar la tradición de esos derechos, ya que en tales casos la posesión se adquiere a través de la inscripción (arts. 724, 728). No se aplica, por tanto, a situaciones en que la inscripción se practica voluntariamente (como ocurre con las servidumbres, en

¹⁶ V. también F. del M. N° 202, p. 176; RDJ., t. 78, secc. 2ª, p. 136; Jurisprudencia, R. de la Asoc. de Empl. del P. Judic. N° 32, p. 33.

¹⁷ V. Claro Vial, José, ob. cit., p. 246; Herrera Silva, Jorge, ob. cit., p. 83.

que la tradición se efectúa por escritura pública, pero puede inscribirse el título respectivo). La conclusión es acertada, ya que de otro modo se estaría valorando una prueba preconstituida por el mismo sujeto a quien posteriormente beneficiaría.¹⁸

Conviene aquí recordar lo dicho en otra ocasión en orden a que tratándose de bienes del Fisco, se ha resuelto que si bien está amparado en cuanto al dominio, al atribuírsele los inmuebles que carecen de otro dueño (art. 590), no hay disposición que le confiera de pleno derecho la posesión de tales bienes, por lo que, en situación de entablar acción posesoria, debe, como cualquier particular, probarla.¹⁹

En fin, deben tenerse presentes, para este tema, los arts. 719 y 731, en relación con el 2502.

279. 2) *Prueba de la turbación o privación de la posesión.* Evidentemente, si se interpone acción posesoria deberá probarse también la molestia o privación de la posesión, según el caso. Más precisamente, se deberán probar los hechos en que consisten (art. 551 del CPC.) y su fecha,²⁰ para dejar claro así que se interpone en tiempo oportuno. Los medios de prueba son los comunes. (Algunas precisiones sobre la turbación se verán luego, en las referencias a la querella de amparo, y sobre la privación de la posesión, en la de restitución.)

280. *Diversas acciones posesorias.* Como ha podido observarse, ya el CC. distingue varias de estas acciones; el CPC. asigna denominación al procedimiento de cada una, bajo la expresión de "querellas" o "interdictos" (art. 549):

Querella de amparo;
Querella de restitución;

¹⁸ RDJ., t. 16, p. 320. V. también, t. 52, p. 120.

¹⁹ RDJ., t. 26, p. 302; Jurisprudencia, R. de la Asoc. de Empl. del P. Judic. N° 32, p. 33. En contra: RDJ., t. 4, p. 301. V. supra N°s 49, final y 190.

²⁰ Gaceta de 1898, t. I, p. 220.

Querella de restablecimiento;
Denuncia de obra nueva;
Denuncia de obra ruinoso;
Interdictos especiales.

El CC. trata las tres primeras en el Tít. XIII como "acciones posesorias" y las siguientes en el Tít. XIV, bajo la denominación genérica de "acciones posesorias especiales".

281. *La querella de amparo* es la que tiene por objeto conservar la posesión de los bienes raíces y derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 921 del CC. y 549 del CPC.). De tal concepto se desprende que el querellante aún no ha perdido la posesión y, precisamente, se querella de amparo para impedir o poner término a la turbación o embarazo, que en ciertos casos, de continuar, pudieren concluir en una privación o despojo de la posesión; puede pedir conjuntamente que se le indemnice del daño causado y se le den seguridades contra el que fundadamente teme (art. 921; la aplicación de este precepto ha dado lugar a dudas procesales).²¹

Turbación, embarazo o molestia causada a la posesión es todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mala fe, que sin despojar a otro de su posesión entraña o supone disputar o cuestionar el derecho que pretende tener el poseedor, de ejercerla.²²

La acción puede intentarse tanto cuando se ha tratado de turbar la posesión como cuando en el hecho ya se ha turbado (art. 551, N° 2, del CPC.).²³

Se ha resuelto también que la turbación puede ser de hecho o de derecho.²⁴

²¹ V., al respecto, RDJ., t. 81, secc. 2ª, p. 132.

²² En RDJ., t. 78, secc. 2ª, p. 136.

²³ RDJ., t. 40, secc. 2ª, p. 56.

²⁴ RDJ., t. 39, p. 120; con voto disidente que limita la posibilidad de turbación de derecho sólo a los casos en que hay posesión inscrita.

Ha dado lugar a numerosos litigios la situación del poseedor inscrito que se opone a que otro inscriba un título sobre el mismo inmueble; se ha concluido reiteradamente que esa oposición configura una acción posesoria de amparo; el que pretende inscribir, perturba la posesión.²⁵ Si logra inscribir, también se ha aceptado querella de amparo.²⁶ Se ha estimado irrelevante el lugar desde donde procede la turbación;²⁷ asimismo lo es la existencia de daño efectivo. Tratándose de turbaciones debidas a actos emanados de la autoridad pública, según se desprende de algunos fallos, es necesario examinar la naturaleza del acto de autoridad, el ámbito en que se desarrollan y las atribuciones que se están aduciendo; no está, pues, excluida categóricamente la posibilidad de entablar acción posesoria.²⁸

Luego se hará referencia al carácter de turbación o despojo que tiene el acto por el que se priva de posesión material al poseedor inscrito.

282. *La querella de restitución* es la que tiene por objeto recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos (arts. 916 y 926 del CC. y 549 del CPC.). El querellante ha sido ahora despojado de su posesión y por la querella pide que le sea restituida; puede pedir además indemnización por los daños causados (art. 926, también con problemas procesales, como se dijo respecto de la querella de amparo, supra N° 281). Previéndose la posibilidad de traspasar

²⁵ En Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, art. 921, se citan 40 fallos en este sentido. En contra: Gaceta de 1901, t. II, p. 1610; también se discrepa en RDJ., t. 10, secc. 2ª, pp. 1 y 63, y Gaceta de 1914, 2º sem., p. 1275.

²⁶ RDJ., t. 39, p. 89; en el caso se inscribió por minuta.

²⁷ RDJ., t. 33, p. 28.

²⁸ V., por ej., RDJ., t. 33, p. 12; t. 39, p. 163; t. 70, p. 66; F. del M. N°s 178-179, p. 172.

sos, se permite dirigir la acción contra todo el que derive su posesión del que efectuó el despojo (art. 927). El despojo puede ser total o parcial; y no importa si el autor no tiene ánimo de entrar él en posesión.²⁹ La doctrina ha entendido que si privado de la posesión, luego el poseedor puede entrar en ella libremente, se está en presencia más bien de una turbación.

La situación del poseedor inscrito que es despojado materialmente de su finca, examinada respecto de la procedencia de la acción reivindicatoria (V. supra N° 266), debe también aquí ser recordada. Como quedó dicho en aquella ocasión, la dificultad consiste en determinar si se ha perdido o no la posesión. La respuesta dependerá, en última instancia, de la concepción que se tenga de la inscripción conservatoria (por lo que la doctrina y jurisprudencia mencionadas al tratar ese punto, han de tenerse presentes aquí). Si se concibe la inscripción como símbolo de posesión, en términos absolutos y excluyentes, se puede concluir que no hay privación, y ni siquiera turbación (entonces, el afectado habría de recurrir a la querella de restablecimiento, si el despojo fue violento y actúa dentro de seis meses, como se verá pronto; a una acción de precario, por el art. 2195; a alguna innominada ordinaria en que se discutirían dominio y posesión; y a la criminal de usurpación). En este extremo sólo habría turbación si alguien pretende inscribir el mismo inmueble a su nombre, y privación de posesión, si efectivamente inscribe. Si se le tiene sólo como garantía de posesión, que siempre es tenencia con ánimo de dueño, en el caso propuesto habría sin duda turbación de la posesión, lo que daría fundamento a acción posesoria de amparo.³⁰ Por último, bien puede entenderse que

²⁹ Así, Claro Solar, Luis, ob. cit., t. IX, p. 508. En contra, RDJ., t. 30, p. 23.

³⁰ Así, por ej., Gaceta de 1924, 2° sem., p. 496; Gaceta de 1946, 2° sem., p. 198; RDJ., t. 35, secc. 2ª, p. 70; F. del M. N° 202, p. 176.

aun en los bienes inscritos la posesión material es un elemento fundamental, y al privarse de ella, se estaría privando del aspecto o fase material de la posesión, y por lo menos habría un despojo parcial.³¹

Como unos mismos hechos pueden constituir turbación de posesión en un sector del inmueble y despojo en otro sector de él, pueden plantearse simultáneamente amparo y restitución (art. 17 del CPC.).³² Y en caso que no esté claro si los hechos constituyen turbación o privación de posesión, bien pueden plantearse una en subsidio de otra (art. 17 del CPC.). Tal podría ser la actitud que puede adoptarse cuando al poseedor inscrito se le priva de la posesión material, en que podría intentarse acción posesoria de restitución y, en subsidio, de amparo.

Por otra parte, se ha resuelto que, persiguiendo análogo fin jurídico, son compatibles las acciones reivindicatoria y posesoria de restitución, teniendo presente que mientras para reivindicar no es necesario haber entrado en posesión, para tener la posesoria de restitución es preciso haber tenido la posesión que se intenta recuperar.³³

283. *La querella de restablecimiento* es la que se concede al que ha sido despojado violentamente de la posesión o mera tenencia de un inmueble, a fin de que le sea restituido, en el estado existente antes del acto de violencia (arts. 928 del CC. y 549 del CPC.).

Esta acción, denominada también "querella de despojo violento", tiende a evitar que los particulares se hagan justicia por sí mismos.

³¹ Así, por ej., RDJ., t. 52, p. 294; t. 27, p. 183; F. del M. N° 202, sept. 1975, p. 176: procede amparo; también, Nueva Gaceta, vol. I, N° 4, sept.-oct. 1978.

³² Así, RDJ., t. 21, p. 6; R. de Derecho U. de Concepción N° 137, p. 87.

³³ RDJ., t. 4, p. 147; t. 23, p. 642; t. 30, p. 436; t. 52, p. 294.

La doctrina, tanto nacional como extranjera, discute la naturaleza de esta acción, como posesoria propiamente, o como acción personal de carácter delictual (la circunstancia de concederse también al mero tenedor, y los textos de los arts. 928 del CC. y 564 del CPC., inducen a esta segunda calificación).

No es necesario, como quedó dicho, probar posesión; basta acreditar el despojo. Tampoco es necesario que el actor carezca de acción posesoria de amparo o restitución; puede recurrir a aquélla no obstante disponer también de éstas (art. 564 del CPC.; la redacción del art. 928 pudiere sugerir esa exigencia, pero no es así).³⁴

Prescribe esta acción en seis meses, contados desde el acto de despojo, plazo que no se suspende (conforme al art. 2524). Cumplida su función, es decir, restablecida la situación al estado anterior al acto de violencia, pueden ejercitarse las acciones posesorias que correspondan.

Con el solo art. 928 del CC., se discutió la procedencia de la querella de restablecimiento respecto de bienes muebles, duda que disipó el CPC., en el art. 549, con cuyo tenor queda claro que no es posible. Pero se ha aceptado respecto de muebles que son inmuebles por destinación.³⁵

En cuanto a los caracteres, inminencia y origen del acto de violencia, los tribunales han debido resolver numerosas situaciones particulares (sobre todo en el punto de la fuerza emanada de la autoridad administrativa).

Se ha resuelto que, por su fundamento de evitar la justicia por mano propia, procede incluso contra el dueño del inmueble.³⁶ Pero como los hechos de violencia son

³⁴ RDJ., t. 9, p. 191; t. 17, secc. 2ª, p. 17.

³⁵ RDJ., t. 3, p. 182; F. del M. N° 249, p. 222.

³⁶ Gaceta de 1913, 1ª sem., p. 998; F. del M. N° 249, p. 222.

personales, no puede intentarse contra el sucesor del autor del acto de despojo violento. Entre comuneros es igualmente aceptada.³⁷

284. *Otras.* Las restantes acciones posesorias se encuentran reguladas en los arts. 930 a 950 del CC. y 565 a 583 del CPC.³⁸ Esquemáticamente, estos textos regulan las que se denominan "denuncia de obra nueva", "denuncia de obra ruinoso" y otras acciones posesorias especiales. Tratan de su consistencia, sus requisitos, el tiempo en el cual prescriben y la concesión de acción popular en ciertas situaciones.

³⁷ RDJ., t. 1, p. 582; R. de Derecho U. de Concepción N° 89, p. 381; en este fallo, como se dijo al ser mencionado el tema de las acciones posesorias entre comuneros, supra N° 273, la querella de restablecimiento no era el punto discutido.

³⁸ *Bibliografía.* Además de las obras ya citadas:

Aguirre Flores, Francisco: *Requisitos generales de las acciones posesorias.* Doctrina y Jurisprudencia, Edit. Universitaria, Santiago, 1959.

De Diego, Carmelo: *La posesión y los procesos posesorios*, Edit. Rialp, Madrid, 1962.

De la Maza, Roberto: *Los interdictos*, Santiago, s/f.

De los Mozos, José Luis: *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962.

Huerta Díaz, Pablo: *Algunas acciones posesorias especiales*, Santiago, 1942.

Jiménez Larraín, Fernando: *Comentarios de jurisprudencia: Los interdictos posesorios*, Concepción, 1962.

Letelier Bobadilla, Carlos: *De los interdictos o juicios posesorios sumarios*, Santiago, 1936.

Mendoza, Sergio: *Los interdictos posesorios ante la jurisprudencia*, Santiago, 1947.

Parra, Ramiro: *Acciones posesorias*, Edit. U. Central de Venezuela, F. de D., Caracas, 1956.

Raviart et Raviart: *Traité théorique et pratique des actions possessoires et du bornage*, París, 1929.

Villablanca, Santiago: *La acción popular ante el Derecho privado*, Santiago, 1942.

V., además, las obras sobre posesión y de Derecho procesal.